

PARTE II  
GIURISPRUDENZA



# IL CASO

---

*Massimo Pallini* (\*)

## LAW SHOPPING E AUTOTUTELA SINDACALE NELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. La legittimazione del *law shopping* alla ricerca di condizioni normative e contrattuali di lavoro più favorevoli per le imprese — 2. Il diritto di sciopero quale diritto comunitario fondamentale pari-ordinato alle libertà economiche del Trattato Ce — 3. Le condizioni e i limiti del ricorso a forme di autotutela collettiva avverso le pratiche di *dumping* sociale.

1. — *La legittimazione del law shopping alla ricerca di condizioni normative e contrattuali di lavoro più favorevoli per le imprese* — Le sentenze Laval e Viking lines della Corte di Giustizia (1) sono emblematiche della condizione di aperta concorrenza (2) in cui si sono venuti a trovare gli ordinamenti nazionali con riguardo alla regolazione delle condizioni economiche e gestionali dei rapporti di lavoro dopo l'allargamento dell'Unione europea ai nuovi Stati membri dell'est (3). Quasi per uno scherzo del destino quest'ultimi sono in gran parte direttamente confinanti con i vecchi paesi membri con i più elevati *standard* di protezione sociale e di retribuzione garantiti o dalla legislazione nazionale o dai sistemi di relazioni industriali nazionali. In modo del tutto comprensibile (e facilmente prevedibile) i *newcomers* stanno

---

(\*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Milano.

(1) Le due sentenze che vengono qui commentate sono di seguito pubblicate.

(2) Cfr. circa le condizioni di concorrenza in cui vengono a trovarsi gli ordinamenti nazionali in sistemi internazionali che si fondano sull'abbattimento delle barriere nazionali alla circolazione delle imprese e dei capitali: A. Somma, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in A. Zoppini (a cura), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004, p. 65; ma già prima Cfr. S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 116; N. Reich, *Competition between legal orders: a new paradigm of EC law?*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 861; N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, pp. 93 ss.

(3) Cfr. V. Kvist J., *Does EU enlargement start a race to the bottom? Strategic interaction among EU member states in social policy*, in *Journal of European Social Policy*, 2004, 14, p. 301; A. Lo Faro, «*Turisti e vagabondi*»: *riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lav. dir.*, 2005, 3, p. 437; T. Boeri, F. Coricelli, *Europa: più grande o più unita?*, Bari, 2003, pp. 12 ss.

tentando di utilizzare strategicamente la minore onerosità (gestionale e retributiva) della loro forza lavoro per competere con le economie più avanzate dei vecchi Stati membri od offrendo nei territori di questi servizi a un prezzo più basso di quello che possono praticare le imprese nazionali che vi sono stabilite o allettando queste stesse a trasferire i propri impianti di produzione di beni e servizi o a delocalizzarli solo in parte presso gli stessi paesi neoentrati nell'Unione (4).

A ben vedere l'attacco cui sono potenzialmente esposti i più elevati *standard* nazionali di trattamento dei rapporti di lavoro non è mosso solo dall'esterno, da parte della concorrenza delle imprese dei nuovi paesi comunitari, ma anche strumentalmente dall'interno, da parte, cioè, delle stesse imprese nazionali che, per non soccombere nel confronto con tale agguerrita concorrenza o semplicemente per incrementare i propri margini di profitto, tentano di avvalersi della intensa tutela giuridica che il diritto comunitario offre alle libertà di circolazione e di stabilimento quale grimaldello per scardinare i propri onerosi sistemi nazionali di protezione sociale e di relazioni industriali (5).

I casi Laval e Viking fotografano proprio le due facce di questa medaglia.

Nel primo caso la Laval è una impresa lettone, con sede a Riga (Lettonia), ma stabilmente presente sul mercato svedese attraverso una società di diritto svedese integralmente controllata, la Baltic. La Baltic partecipa alle gare di appalti edili banditi dalle amministrazioni pubbliche svedesi e, quando risulta vincitrice, esegue i lavori utilizzando – in regime di distacco (6) presso i propri cantieri in Svezia – lavoratori lettoni alle di-

---

(4) S. Simitis, *Fine o rinascita del diritto del lavoro. Il caso della C. Giust. europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, 68, p. 530, il quale già da tempo aveva posto – in relazione alla portata dell'art. 49 TCE – la domanda se «... gli Stati membri che presentano condizioni lavorative di più basso livello possono sfruttare i vantaggi che ne derivano per migliorare gradualmente la loro situazione economica e sociale? Detto in termini più crudi, così come non sussiste dubbio alcuno sulla possibilità che le imprese con livelli più elevati, decentrando la produzione, sfruttino i vantaggi offerti dai sempre maggiori dislivelli dei costi all'interno dell'Unione, allo stesso modo alle imprese degli Stati membri con minori costi salariali dovrebbe essere consentito offrire le proprie prestazioni alle condizioni per loro abituali nei paesi dove il livello dei costi è decisamente più elevato».

(5) V. per tutti S. Sciarra, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia europea*, in *Dir. mer. lav.*, 2000, 3, p. 587; M. Roccella, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 33.

(6) La nozione di «distacco» dettata dalla Direttiva n. 96/71 è diversa da quella più ristretta che conosciamo nel nostro ordinamento, secondo cui il lavoratore in distacco opera sotto la direzione di un altro imprenditore ma sempre soggetto al potere direttivo e disciplinare del proprio datore di lavoro e presta attività che soddi-

pendenze della Laval. La controversia che ha comportato la rimessione ai giudici di Lussemburgo è sorta quando la società Baltic si è aggiudicato l'appalto per la costruzione di un edificio scolastico nel Comune di Vaxholm, cittadina nei pressi di Stoccolma. Il sindacato degli edili svedesi ha richiesto alla Laval di aderire alla contrattazione collettiva del settore, vincolandosi così ad applicare ai propri lavoratori lettoni distaccati nel cantiere svedese, i minimi retributivi ivi previsti (7), potendo però al contempo godere del patto di pace sociale. Poiché la contrattazione collettiva svedese ha valenza soltanto negoziale ed è priva di efficacia *erga omnes*, esattamente come quella italiana, e non sussiste una retribuzione minima stabilita per legge, la Laval ha legittimamente opposto il proprio rifiuto a tale richiesta. Per indurre la Laval ad aderire alla contrattazione collettiva di settore il sindacato degli edili svedesi ha quindi organizzato uno sciopero di solidarietà con il sindacato dei lavoratori elettrici, che si sono rifiutati di prestare la loro attività di lavoro, dapprima, nel cantiere di Vaxholm e, poi, in tutti i cantieri della Laval in Svezia. La società Baltic, dopo oltre due mesi di sciopero a oltranza, si è venuta a trovare nell'impossibilità di assolvere alle sue obbligazioni nei confronti del Comune di Vaxholm, che le ha risolto il contratto, cui a breve è conseguito il falli-

---

sfa un interesse diretto di quest'ultimo (v. M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, in *Commentario al Cod. Civ. Schlesinger*, Milano, 1997, pp. 465 ss.; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano, 1995, pp. 420 ss.; G. Genghini, *Il distacco o comando del lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 1992, pp. 420 ss.). La Direttiva invece qualifica indifferentemente come «distacco»: a) l'ipotesi di lavoratori inviati, per conto e sotto la direzione del loro datore di lavoro, nel territorio di uno Stato membro nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia; b) l'ipotesi in cui un lavoratore sia inviato nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia, ma senza la necessità che presti la sua attività nell'interesse diretto e sotto la direzione di quest'ultima; c) l'ipotesi in cui imprese di lavoro temporaneo o che effettuano la cessione temporanea di lavoratori inviino lavoratori presso un'impresa utilizzatrice avente sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente (cfr. art. 1, par. 3, della Direttiva).

(7) In Svezia l'adesione della singola impresa alla contrattazione collettiva non la obbliga in via diretta ad applicare il contratto collettivo del settore, ma a contrattare azialmente la regolazione delle condizioni salariali e normative dei lavoratori; solo qualora non si raggiunga l'accordo aziendale, trovano applicazione i minimi retributivi previsti dalla cd. «clausola di ripiego».

mento della stessa società e l'interruzione forzata del distacco dei lavoratori lettoni da parte della società controllante Laval. Quest'ultima, rivendicando il proprio diritto a non osservare i minimi retributivi dei contratti svedesi (appunto perché non stabiliti né dalla legge né da fonti negoziali con efficacia *erga omnes* come richiesto dall'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71), ha richiesto ai giudici svedesi la condanna dei sindacati al risarcimento del danno cagionato in quanto l'azione di protesta posta in essere, volta a indurla ad applicare integralmente proprio tali contratti collettivi ed esercitata con modalità assolutamente sproporzionate, realizzasse una illegittima restrizione della sua libertà di prestazione di servizi nel territorio di un altro Stato membro a norma dell'art. 49 TCE.

Nel caso Viking, invece, l'attacco ai trattamenti nazionali normativi e retributivi del lavoro è mosso «dall'interno» di uno dei vecchi paesi aderenti all'Ue. La Viking Line è una società finlandese, che rivendica a norma dell'art. 43 TCE il diritto di stabilire una propria impresa in Estonia al fine di applicare il diritto e la contrattazione collettiva estone, ritenuti più favorevoli ai propri interessi. Si tratta, però, di uno stabilimento d'impresa del tutto peculiare perché l'attività che esercita la Viking è quella di trasporto marittimo dalla Finlandia all'Estonia: la Viking rivendica il diritto di trasferire a una sua società controllata di diritto estone, la Viking Line Eesti, la proprietà di un proprio traghetto, il Rosella, così da legittimare la nuova registrazione del traghetto con la bandiera estone per essere in grado di fronteggiare la concorrenza delle compagnie marittime estoni, che possono permettersi di offrire i medesimi servizi a prezzi più bassi in virtù del minore costo del lavoro. Si dà conto sia nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Pöiäres Maduro sia nella motivazione della sentenza della Corte di Giustizia che il traghetto e il suo equipaggio avrebbero continuato a prestare il medesimo servizio di trasporto marittimo tra Helsinki e Tallin e il centro degli interessi e dell'organizzazione imprenditoriale della Viking line (e della sua società estone integralmente controllata) sarebbe rimasta la Finlandia. Il sindacato dei marittimi finlandesi ha così intrapreso alcune iniziative di sciopero per indurre la Viking a impegnarsi negozialmente a conservare ai marittimi imbarcati sul Rosella – anche nel caso di registrazione con la bandiera estone – l'applicazione del diritto del lavoro e della contrattazione collettiva finlandese. Il sindacato finlandese ha poi richiesto il supporto della federazione sindacale internazionale dei lavoratori (Itf), che storicamente persegue una politica di lotta contro le «bandiere di convenienza». Quest'ultima ha diramato una circolare, vincolante per tutti i suoi associati, con cui ordinava loro di astenersi dall'avviare qualsiasi trattativa sia con la società Viking Line sia con la sua società controllata di diritto estone. La società Viking ha così la-

mentato dinanzi alle Corti britanniche (8) che le rivendicazioni e le azioni di protesta del sindacato finlandese nonché il boicottaggio della Itf comportassero una indebita restrizione del suo diritto di stabilire una sua impresa in un altro paese membro a norma dell'art. 43 TCe.

Orbene, rilevando il disegno organizzativo complessivo posto in essere dalla Laval e dalla Viking Line, la difesa delle organizzazioni sindacali costituite nei giudizi ha preliminarmente lamentato che in questi casi non si possa riscontrare un genuino e legittimo esercizio rispettivamente della libertà di circolazione dei servizi di cui all'art. 49 TCe e del diritto di stabilimento di cui all'art. 43 TCe. E invero, ben si comprende, come la Laval – attraverso il collegamento operativo con la società Baltic di diritto svedese – non intendesse offrire soltanto temporaneamente dei servizi in Svezia, ma divenire un operatore stabilmente presente nel mercato edile svedese. Specularmente la società finlandese Viking Line non aveva alcun interesse o intenzione di stabilire in modo definitivo la propria attività e la propria organizzazione produttiva in Estonia, ma perseguiva soltanto il risultato – attraverso il collegamento operativo con la società Viking Line Eesti di diritto estone – di poter applicare ai marittimi imbarcati sul proprio traghetto il diritto del lavoro e la contrattazione collettiva estone, pur continuando a prestare il medesimo servizio di trasporto marittimo da Helsinki a Tallin.

Le organizzazioni sindacali hanno, dunque, sollecitato i giudici di Lussemburgo a interpretare il portato delle libertà economiche fondamentali del Trattato attribuendo rilevanza al soggetto imprenditoriale complessivo nella sua realtà fattuale e non già alla distinzione formale tra soggetti giuridici in virtù dello «schermo societario» utilizzato nei gruppi di imprese. La Corte di Londra, nel formulare i propri quesiti interpretativi alla Corte di Giustizia nel caso Viking, le aveva espressamente sottoposto la questione della distinzione tra libertà di circolazione dei servizi e libertà di stabilimento in presenza di controlli societari, richiedendo specificamente di chiarire se «Qualora una società madre sia stabilita nello Stato membro A e intenda porre in essere un atto di stabilimento facendo battere a una sua nave la bandiera dello Stato membro B per farla gestire in tale Stato da una società controllata al 100%, società che è soggetta alla direzione e al controllo della società madre [...] l'azione collettiva minacciata o attuale da parte di un sindacato o di un'associazione di sindacati, intesa a rendere inutile l'atto di cui sopra, possa costituire una restrizione al diritto di stabilimento della società madre ai sensi dell'art. 43 Ce» (quesito 6, lett. *a*).

---

(8) Il giudice inglese ha ritenuto di avere giurisdizione sulla controversia in ragione delle domande risarcitorie formulate dalla società Viking anche nei confronti della Itf, che ha sede a Londra.

Anche in quest'ultimo caso, come nella sentenza Laval, la Corte ha sbrigativamente liquidato la questione «derubricandola» a una pregiudiziale di ammissibilità della rimessione della controversia a norma dell'art. 234 TCe. Si è così limitata ad affermare il principio ormai consolidato nella sua giurisprudenza, secondo cui la valutazione della rilevanza delle questioni sollevate dai giudici nazionali rimettenti e delle norme del trattato investite al fine della concreta decisione della causa del merito è rimessa esclusivamente e insindacabilmente a questi ultimi.

In realtà, quanto meno in relazione ai quesiti interpretativi posti nel caso Viking, non si trattava affatto di una questione di ammissibilità del giudizio dinanzi alla Corte, ma di una questione propriamente interpretativa delle norme del Trattato investite, per giunta di enorme importanza. Si trattava, cioè, di chiarire espressamente se le libertà di cui agli artt. 43 e 49 TCe trovino applicazione e possano essere debitamente invocate dai soggetti imprenditoriali anche quando, attraverso gli strumenti societari, si operino frazionamenti transnazionali «artificiosi» dello stesso soggetto imprenditoriale al solo fine di avvalersi dall'interno o dall'esterno del mercato dello Stato ospitante della più favorevole (per l'impresa) regolazione dei rapporti di lavoro dettata in un diverso Stato membro. Più esplicitamente, si trattava di legittimare o di delegittimare le pratiche di *law shopping* in relazione alla regolazione dei rapporti di lavoro e della relazioni industriali in seno all'Unione europea, di chiarire se si fosse o meno in presenza di ipotesi di «abuso di diritto comunitario» (9).

La soluzione adottata dalla Corte non può essere qualificata una mera omissione di pronuncia; decidendo di non decidere sulla questione – in particolare per come esplicitamente posta dai giudici britannici – la Corte ha in concreto espresso egualmente un suo giudizio, seppur in via implicita, nel senso della rispondenza di queste pratiche organizzative e di queste finalità delle imprese a un corretto esercizio delle libertà imprenditoriali di circolazione e di stabilimento dettate dal Trattato. La Corte ha così finito per legittimare la concorrenza tra ordinamenti giuridici nazionali anche in relazione al diritto del lavoro, trasponendo a tale settore l'orientamento ormai maturato con riguardo al diritto.

Dalla fine degli anni novanta la Corte è andata maturando in materia di diritto di stabilimento delle persone giuridiche un *favor* per l'instaurazione di un rapporto competitivo tra gli ordinamenti degli Stati membri. La Corte ha, infatti, affermato – mutando il suo tradizionale orienta-

---

(9) Cfr. riguardo alla nozione e alle fattispecie di abuso nel diritto e nella giurisprudenza comunitari: M. Gestri, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003.

mento (10) – che le società sono soggette alla regolazione delle condizioni costitutive, statutarie, di limitazione e ripartizione della responsabilità anche nei confronti dei terzi dettata dall'ordinamento dello Stato membro in cui sono state costituite, e non già dell'ordinamento in cui operano stabilmente (11). Ciò che più rileva nelle argomentazioni della Corte è il *placet* (in questi casi esplicito) che viene espresso per una sorta di *shopping* della regolazione che più aggrada (12), del tutto legittimo anche nei casi in cui la costituzione della società sia stata effettuata in uno Stato membro diverso da quello in cui i soci intendono operare, proprio strumentalmente al fine di sottrarsi all'applicazione della regolazione giuridica di quest'ultimo e di avvalersi di quella di un altro Stato ritenuta meno onerosa.

Il *leading case* di questa svolta della Corte è comunemente ritenuto il caso *Centros*, in cui la Corte ha affermato senza riserve il principio secondo cui «... il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirlo nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrino meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento...» (13).

---

(10) Cfr. S. Lombardo, *La concorrenza tra ordinamenti nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in A. Zoppini, *op. cit.*, p. 210, secondo cui nella precedente giurisprudenza la Corte di Lussemburgo riteneva che l'art. 48 TCe lasciasse alla legislazione nazionale la possibilità di scegliere se aderire alla teoria della sede reale (che condiziona il riconoscimento di una società alla coincidenza tra sede reale e sede statutaria) o quella dell'incorporazione (secondo cui il regime giuridico applicabile è individuato soltanto dalla sede sociale, seppur soltanto formale).

(11) Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros ltd.*, in *Racc.*, 1999, I-1459; Corte di Giustizia, sentenza 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseeering BV*, in *Racc.*, 2002, I-9919; Corte di Giustizia, sentenza 30 settembre 2003, C-167/01, *Inspire Art ltd.*, in *Racc.*, 2003, I-10155; v. per dei commenti A. Zoppini, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in A. Zoppini (a cura), *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, Bari, 2004, pp. 13 ss.; S. Cassese, *Mercatizzazione dello Stato o arena pubblica?*, *ibidem*, 219 ss.; Idem, *La crisi dello Stato*, *op. cit.*, pp. 112 ss.; G. Ferrarini, K. J. Hopt, E. Wymeersch (a cura di), *Capital markets in the age of the Euro: cross border transactions, listed companies and regulation*, New York, 2002; A. Perrone, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros*, in *Riv. soc.*, 2001, pp. 1293 ss.; M. Gestri, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norma di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 71; F. M. Mucciarelli, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, 2, pp. 559 ss.

(12) Cfr. A. Somma, *Mercificare il diritto...*, *op. cit.*, p. 67, secondo cui con queste pronunce «... la Corte comunitaria ha formulato il principio secondo cui "in assenza di armonizzazione è la concorrenza tra sistemi normativi a dover avere libero gioco..."».

(13) Nel caso *Centros* due coniugi danesi avevano costituito in Gran Bretagna una *private limited company* di diritto inglese, la società non aveva una sede operativa né aveva mai operato nel Regno Unito e, non appena costituita, aveva chiesto l'autorizza-

Egual conforto è stato offerto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel senso della insussistenza di un abuso dell'esercizio della libertà di circolazione dei servizi a norma dell'art. 49 TCE anche nei casi in cui l'impresa si avvalga di succursali stabilmente operanti nel territorio di un diverso Stato membro, nel quale si intendano offrire i propri servizi (14). Inoltre, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali della Corte, occorre ritenere che l'impresa si avvalga debitamente della libertà di circolazione ogni volta che presti in un diverso Stato membro ospitante dei servizi «in via temporanea», dei servizi, cioè, di cui che sia certa il loro termine, determinato o determinabile che sia, prescindendo però dalla loro durata temporale, giacché né il diritto comunitario primario né quello derivato dettano alcun tetto massimo temporale. Così che, ad esempio, anche l'esecuzione di un appalto di una grande opera pubblica, che richieda la presenza dell'impresa straniera aggiudicataria e dei suoi dipendenti nel territorio dello stato ospitante per più anni (o anche decenni), deve ricondursi a una forma di esercizio della libertà di circolazione e non già della libertà di stabilimento (15).

Applicando tali criteri è divenuto veramente difficile distinguere in concreto le ipotesi in cui le imprese si avvalgono della libertà di circolazione da quelle in cui si avvalgono della libertà di stabilimento, lasciando ampi margini entro cui le imprese ricorrendo a una articolazione societa-

---

zione all'apertura di una succursale in Danimarca. L'amministrazione danese ne aveva condizionato la concessione al versamento del capitale sociale nella misura – assai più elevata rispetto a quella imposta dal diritto inglese – prevista dall'ordinamento danese. Sebbene fosse del tutto palese (e in realtà neppure negato in giudizio dagli interessati) che la scelta di costituire una società di diritto inglese rispondeva soltanto all'intento di sottrarsi all'obbligo del versamento di un più elevato capitale sociale e il governo danese avesse dedotto in giudizio che la determinazione dell'entità del capitale sociale versato sia una misura a garanzia dei terzi creditori, la Corte ha ritenuto la pratica pienamente legittima.

(14) Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 30 novembre 1995, C-55/94, *Gebhar v. Consiglio dell'ordine degli avvocati di Milano*, in *Racc.*, 1995, I-4165.

(15) Ancor oggi la giurisprudenza della Corte di Giustizia non ha elaborato delle indicazioni che permettano di individuare con un apprezzabile grado di certezza la soglia temporale oltre la quale la prestazione di servizi da parte di un'impresa comunitaria in uno Stato membro non possa più esser legittimata dalla libera circolazione dei servizi, ma dalla libertà di stabilimento nei paesi dell'Unione; cfr., da ultimo, Corte di Giustizia, sentenza 11 dicembre 2003, C-215/01, *Schmitzer*, in *Racc.*, 2003; la Corte ha affermato che la natura temporanea della prestazione del servizio deve essere determinata «... non soltanto alla luce della durata della prestazione del servizio ma anche della sua regolarità, naturale temporaneità o continuità» (par. 28); inoltre «Nessuna previsione del trattato permette di determinare, in astratto, la durata o la frequenza oltre la quale l'offerta di un servizio o di un certo tipo di servizio in un altro Stato membro non possa più essere considerata come una prestazione di servizio nel senso adottato dal Trattato» (punto 31).

ria transnazionale, sono sostanzialmente libere di scegliere a quale regime giuridico intendano assoggettarsi.

La Corte ha deciso di non cogliere l'occasione, che i casi Laval e Viking, le offrivano di tracciare in modo chiaro gli elementi distintivi tra esercizio della libertà di circolazione dei servizi e libertà di stabilimento delle imprese di servizi, alimentando una equivocità che rende sempre più incerto il confine tra le due e tanto più l'individuazione delle fattispecie in cui le imprese invocano «abusivamente» l'esercizio dell'una o dell'altra. Questi interrogativi, come detto, hanno molto a che vedere con l'interpretazione del disposto effettivo degli artt. 43 e 49 TCE, di sicura competenza della Corte di Giustizia a norma dell'art. 234 TCE, piuttosto che con la mera rilevanza dell'applicabilità di queste norme del Trattato nei casi di merito, di competenza del giudice nazionale. Sembra allora che la Corte abbia avuto un qualche pudore a riaffermare espressamente e nettamente con riferimento a una materia di tale sensibilità sociale, quale il diritto del lavoro e delle relazioni industriali, i medesimi principi apertamente affermati in merito alla concorrenza tra ordinamenti giuridici nazionali riguardo ad altri ambiti di regolazione giuridica. L'aver ritenuto di non rispondere esplicitamente all'interrogativo circa la genuinità dell'esercizio delle libertà di circolazione e di stabilimento avvalendosi di articolazioni societarie edificate al solo fine di rivendicare l'applicazione del diritto del lavoro di uno Stato membro, però, finisce per tradursi in casi come quelli Laval e Viking, in cui tali elementi emergono con tutta evidenza e d'altronde rilevati dagli stessi giudici rimettenti, in una implicita valutazione di legittimità di tali pratiche da parte della Corte di Giustizia.

Dopo il lungo e conflittuale dibattito svoltosi fuori e dentro l'aula del Parlamento europeo nel corso del complesso *iter* di approvazione della cd. Direttiva Bolkestein riguardo ai rischi di *dumping* sociale e di concorrenza «sleale» cui la Direttiva n. 96/71 esponeva (16), i giudici di Lussemburgo non potevano ignorare che solo una diretta pronuncia su questo problema sarebbe stata realmente in grado di disinnescare il pericolo di una rincorsa delle imprese alla edificazione di architetture societarie volte a «scegliere» il sistema nazionale di diritto del lavoro e di contrattazione collettiva più favorevole, con il solo effettivo limite dell'osservanza delle formalità che le discipline nazionali del diritto societario impongono per garantire la assoluta distinzione soggettiva sul piano giuridico tra società controllata e controllante. Non può realisticamente crederci, d'altronde, che la Corte abbia effettiva-

---

(16) Mi permetto di rinviare al riguardo a M. Pallini, *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri e presunti) di dumping sociale nell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, I, p. 410.

mente potuto ritenere ammissibile sul piano sistematico (oltre che sostenibile sul piano politico) che un nodo di tale rilevanza possa essere autonomamente sciolto dai giudici nazionali secondo i canoni del proprio ordinamento, consentendo così il formarsi di una giurisprudenza «a pelle di leopardo» circa il se e il come attribuire rilevanza giuridica all'identità sostanziale di un soggetto imprenditoriale internazionale, seppur articolato in distinti soggetti societari governati da diversi diritti nazionali in seno a un unico gruppo di controllo, ai fini dell'applicazione degli artt. 43 e 49 TCe.

2. — *Il diritto di sciopero quale diritto comunitario fondamentale pari-ordinato alle libertà economiche del Trattato Ce* — In entrambe le pronunce la Corte ha ricercato con determinazione di elaborare una soluzione sistematica in grado di depotenziare la capacità delle organizzazioni sindacali di «compartimentare» i mercati nazionali, limitando – attraverso le pressioni esercitabili con lo sciopero e le altre forme di protesta – le effettive possibilità delle imprese, per un verso, di offrire servizi negli Stati membri diversi da quello in cui sono stabilite e, per altro verso, di mutare in via definitiva lo Stato di stabilimento alla ricerca dei contesti nazionali più favorevoli, anche sul piano della disciplina normativa e contrattuale applicata ai rapporti di lavoro. Non pochi, infatti, erano gli ostacoli che le disposizioni del Trattato frapponavano al cammino della Corte per giungere alle conclusioni adottate nelle sentenze Laval e Viking.

In primo luogo l'art. 137, punto 5, TCe esclude qualsiasi competenza normativa della Comunità in materia di diritto sciopero e di associazione, affidando queste materie alla competenza esclusiva degli Stati membri. Tradizionalmente tale esclusione è stata letta come un indiretto riconoscimento di una sovranità degli Stati membri al riguardo, protetta in modo assoluto e incompressibile da interferenze dell'ordinamento comunitario. Il Considerando 22 della Direttiva n. 96/71 sembrava ribadire la validità di questa lettura precisando che la stessa «... lascia impregiudicato il diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria» (17).

---

(17) Si era cercato di rafforzare questa lettura anche inserendo all'art. 1, par. 7, della Direttiva servizi n. 123/2006 la precisazione che «la Direttiva non può recare pregiudizio [...] all'esercizio dei diritti fondamentali quali riconosciuti dagli Stati membri e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, incluso il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere un'azione sindacale». Significativamente però nel testo finale approvato è stato cancellato ogni riferimento al rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza; il «diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali» (incondizionatamente riconosciuto nel testo adottato dal Parlamento Europeo in prima

Quando questa convinzione ha iniziato a vacillare alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia che è andata attribuendo al Trattato una valenza materialmente costituzionale, ponendolo in posizione gerarchicamente sovraordinata anche ai diritti costituzionali nazionali (18), si è ritenuto che potesse escludere l'erosione del diritto di sciopero da parte delle libertà economiche il suo riconoscimento quale diritto sociale fondamentale nell'ordinamento comunitario. Riconoscimento formalmente operato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, seppur ancor oggi privo di diretta precettività giuridica, la Corte di Giustizia in entrambe le sentenze ha valorizzato quale conferma della rispondenza del diritto di sciopero alle tradizioni costituzionali comuni dei paesi membri (19) e – in quanto tale – ha elevato al rango di diritto fondamentale dello stesso ordinamento comunitario. Proprio tale riconoscimento attribuito al diritto di sciopero ha portato la Confederazione europea dei sindacati se non proprio ad accogliere con favore le due sentenze, quanto meno a tirare un respiro di sollievo rispetto al timore, originariamente paventato, che la Corte potesse giungere ad attribuire al diritto di sciopero una valenza ordinamentale solo nazionale e quindi, per questo, persino sott'ordinata alle libertà economiche del Trattato comunitario.

Tale soluzione sistemica, però, sebbene abbia tributato tale indubbio riconoscimento al diritto di sciopero, al contempo, incorporandolo direttamente nel diritto comunitario, lo ha posto in condizione di pari-ordinazione con gli altri diritti fondamentali riconosciuti dal Trattato, prime tra tutte le libertà economiche; di conseguenza ne ha imposto un bilanciamento con quest'ultime. In tal modo l'esclusione di competenza comunitaria prevista dall'art. 137, punto 5, è sostanzialmente venuta meno, perché, pur soltanto attraverso una armonizzazione «in negativo» (20), l'ordinamento comunitario

---

lettura) è stato invece riconosciuto solo nei limiti in cui esercitato «... in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario»; sul punto mi sia consentito rinviare a M. Pallini, *La Direttiva Bolkestein non ha peccati se non... l'ignavia*, in *Biblioteca della Libertà*, 2007, n. 186, p. 113.

(18) Cfr. per tutte Corte di Giustizia, sentenza 2 luglio 1996, C-473/93, *Commissione v. Granducato di Lussemburgo*, in *Racc.*, 1996, 3207, punto 28.

(19) Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 gennaio 1969, C-29/1969, *Stauder c. Città di Ulm*, in *Racc. Uff.*, 1969, 419, e sentenza 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internazionale Handelsgesellschaft*, in *Racc. Uff.*, 1970, 1125.

(20) Cfr. G. Tesauo, *Diritto Comunitario*, Padova, 2001, p. 328; S. Deakin, *Labour law as market regulation*, in P. Davies, A. Lyon Caen, S. Sciarra, S. Simitis (a cura di), *European Community labour law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 71 s.; C. D. Ehlermann, *The contribution of the EC competition policy to single market*, CMLR, 1992, pp. 258 ss.

rio risulta in grado di modificare strutturalmente le condizioni di esercizio del diritto di sciopero negli ordinamenti nazionali.

Al riguardo non appare pienamente conferente il rinvio che la Corte opera alla propria precedente giurisprudenza (21), e in particolare alle sentenze *Schmidberger* e *Omega* (22), in cui ha attribuito la valenza di diritti fondamentali rispettivamente alle libertà di espressione e al diritto al rispetto della dignità umana, per giustificare che non solo gli Stati membri nell'esercizio della loro potestà normativa nelle materie in cui non sussiste competenza comunitaria sono comunque tenuti a rispettare il diritto comunitario, anche ove i diritti nazionali abbiano i connotati dei diritti fondamentali. Per tutte le materie cui si riferiscono queste sentenze, infatti, non si rinviene nel Trattato l'attribuzione di competenza all'ordinamento comunitario, ma non vi è neppure una esplicita esclusione, come invece in materia di sciopero e di diritto di associazione. Questa esclusione espressa nel contesto ordinamentale originario intendeva precludere ogni potestà regolativa comunitaria in via non solo diretta, ma anche indiretta, per dirla altrimenti, in senso non solo positivo ma anche negativo (23). L'assunzione di qualsiasi competenza della Comunità in tale materia, infatti, imponeva una modifica del Trattato essendo insufficiente a tal fine una previsione di una fonte del diritto comunitario derivato e tanto più l'elaborazione di un orientamento giurisprudenziale in tal senso.

Non si può non prendere atto che, seppur il testo dell'art. 137, punto 5, sia rimasto immutato, è radicalmente variato, per opera della giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia, il sistema ordinamentale complessivo in cui lo stesso si colloca. Le Corti costituzionali nazionali continuano a rifiutare di prestare una adesione formale alla concezione monistica della Comunità propugnata e coltivata dalla Corte di Giustizia (24), ma non vi è dubbio che

---

(21) V. Corte di Giustizia, sentenza 28 aprile 1998, C-120/95, *Decker*, in *Racc.*, I-1831, punti 22 e 23, e C-158/96, *Kohll*, in *Racc.*, I-1931, punti 18 e 19; sentenza 4 marzo 2004, C-334/02, *Commissione/Francia*, in *Racc.*, I-2229, punto 21, e 13 dicembre 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, in *Racc.*, I-10837, punto 29.

(22) Corte di Giustizia, sentenza 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger*, in *Racc.*, I-5659; Corte di Giustizia, sentenza 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*, in *Racc.*, I-9609.

(23) In questo senso U. Carabelli, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella Ce*, in *WP M. D'Antona*, n. 49/2006, p. 76.

(24) Cfr. Corte Cost. sentenza 8 giugno 1984, n. 170, cd. *Granital*; Corte Cost. tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) sentenza 29 maggio 1974, cd. *Solange I*, traduzione inglese in *Comm. Mark. Law. Rep.*, 1974, 2, p. 540; sentenza 22 ottobre 1986, cd. *Solange II*, *ivi*, 1987, 3, p. 225; sentenza 12 ottobre 1993, traduzione italiana in *Giur. Cost.*, 1994, p. 677.

questa si stia imponendo nei fatti. Può ancora parlarsi di un costituzionalismo pluri-ordinamentale e/o multilivello, ma l'ordinamento nazionale e quello comunitario si atteggiano in un rapporto di gerarchia, in cui quest'ultimo è sostanzialmente sovraordinato al primo e i diritti costituzionali nazionali sono destinati a non soccombere solo se incorporati dalla Corte di Giustizia nell'ordinamento comunitario, come appunto ora accaduto per il diritto di sciopero. In questo contesto era pertanto inevitabile e coerente che i principi del Trattato finissero per esplicitare la loro efficacia regolativa anche nelle materie, quale appunto il diritto di sciopero e di associazione, che gli Stati membri in origine si erano gelosamente riservati.

Parimenti incapace di contenere il moto alluvionale della giurisprudenza comunitaria si è rilevata la strenua difesa, ineccepibile in relazione al solo dato positivo, sollevata da molti Stati membri e dalle organizzazioni sindacali, secondo cui sia l'art. 43 sia l'art. 49 TCE sarebbero in grado di esplicare una efficacia diretta solo in senso verticale e non anche orizzontale, poiché dettano degli imperativi soltanto nei confronti degli Stati nell'esercizio della loro potestà regolativa e non anche nei confronti dei privati nell'esercizio della loro autonomia negoziale (25). Nella tecnica di giudizio della Corte di Giustizia, molto più simile a quella del giudice di *common law* che a quella del giudice di *civil law*, non ha più molto rilievo la formulazione testuale della norma, ma piuttosto la sua finalità e le soluzioni ermeneutiche in grado di garantirne il perseguimento. In questo approccio «funzionalista» è agevole ricostruire l'effetto orizzontale delle libertà di circolazione e di stabilimento nei confronti dei soggetti privati quale conseguenza indiretta dell'effetto verticale esplicito nei confronti degli Stati. Se la norma comunitaria è in grado di comportare la diretta caducazione o la parziale compressione della legge che nell'ordinamento nazionale legittimerebbe una condotta dei privati incompatibile con le finalità del diritto comunitario, tanto più la stessa norma comunitaria comporterà l'illegittimità di quella condotta. Come rileva l'Avvocato Generale Poiares Maduro nelle sue conclusioni nella causa Viking, in fondo «il governo è terzo interveniente in ogni causa tra soggetti privati, e ciò attraverso la legge e il giudice che la applica» (punto 39) (26).

---

(25) Nel senso della inapplicabilità in senso orizzontale dell'art. 49 si era espresso G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in WP M. D'Antona, n. 45/2006, pp. 13 ss.; dubitativamente U. Carabelli, *op. ult. cit.*, pp. 71 ss.

(26) La citazione è tratta da M. Shapiro, E. A. Stone Sweet, *On Law, Politics & Judicialization*, Oxford, 2002, p. 35; negli stessi termini per quanto attiene l'effetto orizzontale del diritto internazionale v. anche C. Sunstein, *State Action is Always Present*, in *Chicago Journal of International Law*, 2002, p. 465.

La Corte era già giunta in precedenza alle medesime conclusioni con riguardo agli effetti restrittivi della libertà di circolazione prodotti o potenzialmente producibili da regolamenti o da pratiche concordate di enti e di associazioni professionali di diritto privato (27). Anche in questo caso era largamente preannunciato che quest'orientamento giurisprudenziale presto o tardi avrebbe finito per attrarre anche le organizzazioni sindacali tra i destinatari degli imperativi di cui agli artt. 43 e 49 TCE. Il rapporto di continuità con questa giurisprudenza, però, nei casi Laval e Viking segna una ulteriore espansione della portata di queste norme del Trattato. La Corte ricomprende le organizzazioni sindacali nell'ambito di applicazione degli artt. 43 e 49 Tce non già in quanto soggetti associativi capaci di adottare con la contrattazione collettiva atti regolativi (seppur di natura privatistica) delle condotte degli associati in qualche modo assimilabili sul piano degli effetti pratici ad atti normativi, ma in quanto soggetti in grado sul piano fattuale di comprimere l'esercizio, da parte della controparte imprenditoriale, delle libertà di circolazione e di stabilimento attraverso il ricorso a forme di autotutela collettiva. Come dire non è rilevante chi, come e perché produca effetti restrittivi di queste libertà, la mera produzione di questi effetti concretizza *di per sé* una violazione degli artt. 43 e 49 TCE.

3. — *Le condizioni e i limiti del ricorso a forme di autotutela collettiva avverso le pratiche di dumping sociale* — Dopo aver legittimato la concorrenza tra ordinamenti degli Stati membri circa la regolazione del rapporto di lavoro, da un lato, e il ricorso allo sciopero quale strumento di tutela degli interessi dei lavoratori, dall'altro lato la Corte di Giustizia non ha potuto non chiarire come e in che termini possa realizzarsi un equilibrio tra queste due «forze» che si muovono in direzione contrapposta.

Importanza centrale nel regolare tale concorrenza inter-ordinamentale sul mercato del lavoro comunitario deve attribuirsi alla Direttiva n. 96/71 (28),

---

(27) Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 1974, C-36/74, *Wahrave e Koch*, in *Racc.*, 1405, punti 17 e 18; sentenza 15 dicembre 1995, C-415/93, *Bosman*, in *Racc.*, I-4921, punti 83 e 84, e 19 febbraio 2002, C-309/99, *Wouters*, in *Racc.*, I-1577, punto 120.

(28) Vedi I. Viarengo, *La legge applicabile al lavoratore distaccato in un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi*, in B. Nascimbene (a cura), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, 1998, pp. 175 ss.; M. Biagi, *La fortuna ha arriso alla Presidenza italiana dell'Unione europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, 3, pp. 3 ss.; S. Sciarra, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia europea*, in *Dir. mer. lav.*, 2000, 3, p. 587; G. Orlandini, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavorato-*

che disciplina le condizioni di distacco di lavoratori alle dipendenze di una impresa stabilita in uno Stato membro (*home country*) presso un diverso Stato membro (*host country*) per il tempo necessario per la prestazione di un servizio «temporaneo», secondo l'accezione di temporaneità affermata dalla Corte di Giustizia che ho sopra ricordato.

Sin dalla data della sua adozione, si sono contrapposte nel dibattito europeo due diverse letture di questa Direttiva. Una più rassicurante per la sovranità regolativa degli Stati membri in materia giuslavoristica, cui si sono affrettati ad aderire i paesi continentali membri di più vecchia data e con i livelli di protezione del lavoro più elevati (Germania, Francia, Belgio, Italia) (29), secondo cui la Direttiva detterebbe un «nocciolo duro di norme protettive» (30) disciplinate dall'ordinamento dello Stato ospitante e/o dalla contrattazione collettiva con efficacia *erga omnes* che debbono essere inderogabilmente applicate anche ai lavoratori distaccati da imprese stabilite in altri Stati membri (31), ma le norme (legali e contrattuali) nazionali vincolanti anche per le imprese straniere potrebbero essere sempre ampliate, pressoché discrezionalmente (32), dallo Stato o-

---

*ri tra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni della Direttiva n. 71 del 1996*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 465; M. Roccella, *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo*, in *q. Riv.*, 1997, I, p. 287; G. Balandi, *La Direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, n. 20, pp. 115 ss.

(29) Vedi P. Davies, *Posted workers: single market or protection of national Labour Law Systems?*, in *Common Market Law Review*, 1997, 34, p. 590; G. Orlandini, *op. ult. cit.*, pp. 465 ss.

(30) Così recita il quattordicesimo Considerando della Direttiva.

(31) L'art. 3, par. 1, della Direttiva precisa che dette disposizioni dello Stato ospitante applicabili ai lavoratori distaccati nel suo territorio debbono essere disciplinate dalla legge o da contratti collettivi con efficacia *erga omnes* e relative a: «a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) durata minima delle ferie annuali retribuite; c) tariffe minime salariali comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria; d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro; f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione».

(32) Cfr. M. Biagi, *op. ult. cit.*, pp. 6 s., il quale ritiene che la non tassatività delle materie per cui è legittimata l'applicazione del diritto del lavoro dello Stato ospitante e la possibilità concessa a questo di estenderle invocando la clausola delle disposizioni di ordine pubblico abbia comportato l'attribuzione alla Direttiva dello spregiativo epiteto di *swiss cheese directive* (Direttiva gruviera).

spitante sino a prevedere l'applicazione ai *posted workers* di tutto il suo diritto del lavoro e della contrattazione collettiva nazionale del settore (33). Una diversa interpretazione, in origine propugnata dalla Gran Bretagna e ora fatta propria da tutti i paesi neo-entrati, invece, sottolinea come tale estensione della disciplina nazionale applicabile possa essere disposta dagli Stati ospitanti solo se sussistono due condizioni dettate dall'art. 3, par. 10, della stessa Direttiva: a) che si tratti di disposizioni di «ordine pubblico» (34); b) che sia garantita la parità di trattamento tra imprese nazionali e imprese straniere (35). A sostegno di quest'ultimo orientamento è sta-

---

(33) Inoltre, mentre il par. 1 dell'art. 3 della Direttiva prevede che le previsioni della contrattazione collettiva relative alle materie specificamente elencate trovino applicazione esclusivamente ai lavoratori distaccati per la prestazione di servizi nel settore edilizio, il par. 10 consente, poi, agli Stati membri di estendere del tutto discrezionalmente l'obbligatorietà dell'applicazione ai lavoratori distaccati non solo di tutte «le condizioni di lavoro e di occupazione» stabilite dai contratti collettivi nazionali, prescindendo quindi dall'indicazione delle materie di cui al par. 1, ma oltretutto per la prestazione di servizi in qualsiasi settore. Tra l'altro il par. 8 dello stesso art. 3 precisa che la Direttiva non intende riferirsi esclusivamente alle disposizioni dei contratti collettivi con efficacia *erga omnes*; qualora l'ordinamento nazionale non preveda un sistema di dichiarazione dell'applicazione generalizzata della contrattazione collettiva, gli Stati membri possono decidere di imporre ai lavoratori distaccati nel loro territorio anche l'applicazione dei contratti collettivi che sono «... in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale», a condizione però che la loro applicazione alle imprese «transfrontaliere» assicuri loro la parità di trattamento rispetto alle imprese nazionali che operano nel medesimo settore.

(34) P. Davies, *op. ult. cit.*, pp. 597 s.; G. Orlandini, *op. ult. cit.*, p. 478; questi ultimi due autori correttamente rilevano che in ogni caso non sarebbe corretto ricorrere alle diverse nozioni di «ordine pubblico» adottate negli ordinamenti negli Stati membri, ma alla giurisprudenza della Corte di Giustizia elaborata in merito agli artt. 49 e 50 TCE. Si pensi alla giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana secondo cui il principio del *favor laboris*, quale principio di ordine pubblico, impone l'applicazione della legge italiana qualora risulti più favorevole al lavoratore rispetto alla legge straniera applicabile secondo i criteri di collegamento dettati dalle Convenzioni internazionali cfr. Cass. 27 marzo 1996, n. 2756, in *Foro it.*, 1996, I, 2427; Cass. 9 novembre 1993, n. 9435, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1315; Cass. 22 febbraio 1992, n. 2193, in *Foro it.*, 1992, I, 2368.

(35) L'art. 3, par. 8, ultimo capoverso, della Direttiva precisa ulteriormente al riguardo che «Vi è parità di trattamento, a norma del presente articolo, quando le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga:

- sono soggette, nel luogo o nel settore in cui svolgono la loro attività, ai medesimi obblighi delle imprese che effettuano il distacco, per quanto attiene alle materie menzionate al paragrafo 1, comma 1 del presente articolo, e
- sono soggette ai medesimi obblighi, aventi i medesimi effetti».

to rilevato (36) che, ove la Direttiva n. 96/71 fosse interpretata nel senso di una legittimazione incondizionata degli Stati membri a comprimere discrezionalmente la libertà di circolazione dei servizi per tutelare i propri livelli e condizioni occupazionali proteggendo le imprese nazionali dalla concorrenza delle imprese degli altri Stati membri con regolazioni dei contratti di lavoro «più leggere», si porrebbe in insanabile contrasto con la libertà di circolazione garantita dal Trattato, che costituisce la base giuridica della Direttiva, cui quest'ultima, quale fonte di diritto comunitario derivato, non avrebbe potuto neppure parzialmente derogare.

La pronuncia Laval mi sembra fugare ogni dubbio che la Corte abbia aderito a quest'ultima interpretazione della Direttiva n. 96/71, considerandola l'unica compatibile con il disposto dell'art. 49 TCe. La Corte non ha riconosciuto un mandato «in bianco» agli Stati membri circa la determinazione delle disposizioni del diritto del lavoro nazionale e della contrattazione collettiva nazionale applicabili ai lavoratori distaccati nel loro territorio (37), ma è andata invece elaborando una nozione comunitaria di «ordine pubblico» che debba rigorosamente giustificare l'esercizio di tale facoltà normativa da parte degli Stati membri ospitanti. La Corte ha chiarito al riguardo – con evidenti riflessi sulla condizione di cui all'art. 3, par. 10, legittimante l'estensione della disciplina legale giustavoristica alle imprese straniere – che la mera qualificazione da parte del legislatore nazionale di una norma come rispondente a finalità di ordine pubblico non la sottrae al sindacato di effettiva rispondenza ai caratteri propri delle disposizioni di «ordine pubblico» elaborati dalla giurisprudenza comunitaria (38).

---

(36) Cfr. P. Davies, *op. ult. cit.*, pp. 593 ss., il quale sottolinea come d'altronde sia lo stesso art. 3, par. 10, della Direttiva n. 96/71 a prevedere espressamente che la facoltà degli Stati membri di estensione delle materie e dei settori di applicazione delle previsioni della legge e della contrattazione collettiva ai lavoratori distaccati nei rispettivi territori non possa comunque che esser esercitata «... nel rispetto del Trattato»; Idem, *The posted workers directive and the Ec Treaty*, in *Industrial Law Journal*, 2002, vol. 31, p. 301; nel medesimo senso M. A. Moreau, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de service dans l'Unione européenne*, in *Jour. Dir. Int.*, 1996, p. 891; in senso dubitativo R. Giesen, *Posting: social protection of workers vs. fundamental freedoms?*, CMLR, 2003, 40, p. 153.

(37) Cfr. P. Davies, *The posted workers directive...*, p. 301.

(38) Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 novembre 1999, C-369/96, C-366/96, *Arblade*, in *Racc.*, 1999, I-8453, punti 30 e 31; Corte di Giustizia, sentenza 25 ottobre 2001, C-493/99, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 2001, I-8163; Corte di Giustizia, sentenza 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*, in *Racc.*, 2001, I-2189; Corte di Giustizia, sentenza 25 ottobre 2001, C-49/98, 50/98, 52/98, 54/98, 68/98, *Finalarte*, in *Racc.*, 2001, I-7831, punto 33; Corte di Giustizia, sentenza 24 gennaio 2002, C-164/99, *Portugaia Construcoes Lda*, in *Foro it.*, 2002, IV, 216,

La Corte ha già più volte ribadito che in via generale il diritto europeo non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione della legge e della contrattazione collettiva nazionali ai lavoratori distaccati nel loro territorio anche qualora i livelli di tutela previsti siano più elevati (e conseguentemente più onerosi) di quelli previsti dagli *standard* minimi dettati dal diritto derivato dell'Unione europea, ma, poiché tale estensione comporta necessariamente una restrizione della libertà di circolazione delle imprese, deve rispondere a «ragioni imperative d'interesse generale» (39). Quasi ossessivamente la Corte di Giustizia ripete che senza dubbio rispondono a questa natura le norme a «tutela dei lavoratori» e dunque – come tali – possono operare legittimamente la compressione delle libertà di circolazione di beni e servizi (40). I giudici di Lussemburgo, però, intendono chiaramente riferirsi non già ai lavoratori appartenenti al mercato del lavoro nazionale, bensì ai lavoratori stranieri temporaneamente distaccati da imprese stabilite in altri Stati membri (41). Ben si comprende che debbono essere i lavoratori distaccati i veri destinatari della tutela offerta dalla norma nazionale di favore dello Stato ospitante dal fatto che la legittimità della restrizione della concorrenza interstatale viene in ogni caso condizionata dai giudici di Lussemburgo alla valutazione della genuinità ed effettività della protezione migliorativa assicurata proprio a quest'ultimi rispetto a quella loro offerta dall'ordinamento dello Stato da cui provengono; non viene, invece, attribuita nessuna rilevanza agli effetti positivi eventualmente prodotti nell'incremento o nel mantenimento dei livelli di occupazione e delle condizioni di lavoro della manodopera nazionale (42).

---

punto 20; Corte di Giustizia, sentenza 12 ottobre 2004, C-60/03, *Wolff & Muller GmbH & Co. Kg v. José Filipe Pereira Felix*; Corte di Giustizia, sentenza 31 maggio 2001, C-283/99, *Commissione v. Repubblica italiana*, in *Foro it.*, 2001, IV, 535.

(39) Cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Arblade*, cit., punto 34; Corte di Giustizia, sentenza *Commissione v. Repubblica federale di Germania*, cit., punto 20; Corte di Giustizia, sentenza *Finalarte*, cit., punto 31; Corte di Giustizia, sentenza *Portugaia Construcoes Lda*, cit., punto 19.

(40) Cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Arblade*, cit., punto 36; Corte di Giustizia, sentenza *Commissione v. Repubblica federale di Germania*, cit., punto 20.

(41) Cfr. P. Davies, *The posted workers directive...*, p. 302; il quale giudica «bizzarro» questo ragionamento della Corte che finisce per gravare lo Stato ospitante della tutela dei lavoratori distaccati temporaneamente da un altro Stato, che – come più volte affermato dalla Corte – non possono essere ritenuti parti del mercato del lavoro dello Stato ospitante, mentre non valuta minimamente sugli effetti prodotti a tutela dei lavoratori effettivamente appartenenti a quel mercato del lavoro.

(42) Cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Commissione v. Repubblica federale di Germania*, cit., punti 11-13 e 20-21, il governo tedesco ha giustificato le limitazioni di fatto poste alle imprese straniere al distacco di lavoratori nel settore edile con l'intento della normativa nazionale di «... impedire gli abusi in materia di lavoro precario nel-

Sono state quindi ritenute inapplicabili tutte le norme del diritto del lavoro nazionale che si traducono in una mera duplicazione di tutele «sostanzialmente equiparabili» (43) già assicurate ai lavoratori distaccati dall'ordinamento di provenienza. Inoltre, la tutela offerta al lavoratore distaccato deve risultare effettiva, cioè, non solo astrattamente ma autenticamente e concretamente vantaggiosa per questo (44). Ad esempio, la garanzia di diritti difficilmente azionabili da parte del lavoratore distaccato una volta che sia ritornato nello Stato di provenienza o che soddisfino «bisogni» insussistenti si traduce per la Corte in una barriera all'ingresso nel mercato nazionale delle imprese provenienti da altri Stati membri e, conseguentemente, in una misura di protezione del mercato nazionale in violazione dell'art. 49 TCE.

L'estensione della applicabilità della norma nazionale o della contrattazione collettiva anche ai lavoratori distaccati è condizionata dalla Corte di Giustizia anche a un *test* di «proporzionalità» della tutela migliorativa offerta ai lavoratori distaccati in rapporto all'entità degli effetti restrittivi della libera circolazione prodotti (45). Ogni minima tutela aggiuntiva a vantaggio dei lavoratori distaccati non può giustificare una rilevante e radicale compressione della concorrenza intra-statuale nell'offerta di servizi; così come al contrario un beneficio sostanziale per i lavoratori distaccati può ben giustifi-

l'industria edile e di garantire la tutela previdenziale dei lavoratori occupati in questo settore», la Corte però nella sua motivazione non si è minimamente interessata degli effetti concretamente prodotti dalla normativa a tutela dei lavoratori tedeschi, ma ha valutato solo quelli ravvisabili a tutela dei lavoratori distaccati; Corte di Giustizia, sentenza *Arblade*, cit., punti 51, 52 e 54.

(43) Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 28 febbraio 1996, C-272/94, *Guiot*, in *Racc.*, 1996, I-1905; Corte di Giustizia, sentenza *Arblade*, cit., punti 48, 51, 79; Corte di Giustizia, sentenza *Finalarte*, cit., punto 44; Corte di Giustizia, sentenza 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*, in *Racc.*, 2001, I-2189, in *Foro it.*, 2001, IV, 515 ss., e in *Or. giur. lav.*, 2001, III, pp. 10 ss., con commento di F. Bano, *La retribuzione minima garantita ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi*.

(44) Cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Arblade*, cit., punti 52-54; Corte di Giustizia, sentenza *Mazzoleni*, cit., punti 34-37; Corte di Giustizia, sentenza *Portugaia Construcoes Lda*, cit., punto 29; Corte di Giustizia, sentenza *Finalarte*, cit., punto 48, in cui la Corte al fine di valutare l'effettività della tutela aggiuntiva offerta dalla legge dello Stato ospitante ai lavoratori distaccati ritiene necessario che «... il giudice del rinvio verifichi che, al ritorno sul territorio dello Stato membro di stabilimento del loro datore di lavoro, i lavoratori interessati siano davvero in condizione di far valere i loro diritti di ottenere il versamento delle indennità di ferie presso la cassa, tenuto conto, in special modo delle formalità che essi devono adempiere, della lingua che devono utilizzare e delle modalità di pagamento».

(45) Cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Arblade*, cit., punto 75; Corte di Giustizia, sentenza *Mazzoleni*, cit., punti 30 e 41; Corte di Giustizia, sentenza *Finalarte*, cit., punti 49-52.

care una significativa restrizione della concorrenza sul mercato nazionale delle imprese di servizi provenienti da altri Stati membri.

Nel caso *Laval* la Corte ha riaffermato questo orientamento, segnando con certezza il punto di equilibrio nella concorrenza tra ordinamenti nazionali giuslavoristici appunto nell'applicazione al rapporto dei lavoratori distaccati del diritto del lavoro e della contrattazione collettiva (con efficacia *erga omnes*) dello Stato ospitante esclusivamente per le materie espressamente indicate dall'art. 3, par. 1, della Direttiva, salvo che eventuali estensioni ad altre materie siano rigorosamente giustificate da finalità di «ordine pubblico». La Corte ha però aggiunto una rilevantissima precisazione per i sistemi di relazioni industriali degli Stati membri: questo equilibrio non può essere alterato, modificato o condizionato in alcun modo dalle organizzazioni sindacali, neppure ricorrendo a forme di autotutela e di conflitto del tutto legittime secondo l'ordinamento dello Stato ospitante. L'eventuale estensione dell'applicazione di materie di regolazione dei rapporti di lavoro dettate dal diritto o dalla contrattazione collettiva dello Stato ospitante può essere esercitata solo direttamente da quest'ultimo avvalendosi della facoltà attribuitagli dall'art. 3, n. 10, della Direttiva nei limiti e nelle forme dalla stessa previste. Nessun ruolo possono avere le organizzazioni sindacali che tentino di strappare all'impresa distaccante un impegno negoziale al rispetto di tale normativa o, ancor peggio, delle previsioni di un contratto collettivo privo di quell'efficacia *erga omnes* richiesta dall'art. 3, n. 1 e n. 8, della stessa Direttiva (cfr. punti 84 e 85 della sentenza).

Nel caso *Laval*, pertanto, poiché i contratti collettivi di lavoro nel settore edile non esplicano efficacia *erga omnes* neppure per la determinazione dei minimi retributivi e il legislatore svedese si è astenuto dall'adottare una legge di estensione soggettiva della loro efficacia alle imprese straniere (d'altronde una tale estensione sarebbe risultata discriminatoria a danni di queste e, quindi, si sarebbe posta in conflitto con la Direttiva n. 96/71 e l'art. 46 TCe), secondo il ragionare della Corte di Giustizia lo sciopero proclamato dai sindacati si porrebbe in violazione della libertà di circolazione di cui all'art. 49 TCe perché intenderebbe costringere una impresa straniera a dare applicazione a previsioni contrattuali che neppure la legge svedese le avrebbe potuto imporre.

Sebbene la logica appaia stringente sul punto, in realtà si instaura un cortocircuito nell'equilibrio complessivo che la sentenza intende realizzare. Dapprima la Corte riconosce, in astratto, al diritto di sciopero lo *status* di diritto sociale fondamentale e alla tutela delle condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati la rispondenza a ragioni imperative di interesse generale, ancorché tali iniziative sindacali siano indirettamente e strumentalmente volte a contrastare pratiche di *dumping* sociale che insidiano il mantenimento delle condizioni (normative ed economiche) di lavoro dei lavoratori stabilmente impiegati nello Stato ospitante (cfr. punto 103 della sentenza). Il giu-

dice comunitario, però, finisce in concreto contraddittoriamente per negare qualsiasi ambito di esercizio del diritto di sciopero per finalità *antidumping*; esclude, infatti, che le organizzazioni sindacali possano fare ricorso a tali mezzi di autotutela nelle forme garantite dai propri ordinamenti nazionali per tentare di raggiungere nella disciplina contrattuale collettiva con i datori di lavoro transnazionali un equilibrio tra libertà di circolazione e tutela del lavoro più favorevole a quest'ultimo rispetto al sistema disegnato dalla Direttiva n. 96/71. Ebbene, per un verso, la Corte ammette che la libertà di circolazione e il diritto di sciopero possano e anzi debbano conoscere una reciproca compressione che consenta di operare un bilanciamento nella loro fruizione in quanto trattasi di diritti di egual rango nell'ordinamento comunitario (punto 105), per altro verso, poi, afferma che le azioni di protesta in qualsiasi forma esercitate debbono ritenersi forme di restrizione della libera circolazione non rispettose delle condizioni di adeguatezza e proporzionalità se finalizzate a imporre a una impresa straniera di applicare ai propri lavoratori distaccati il diritto del lavoro o la contrattazione collettiva dello Stato ospitante membro in misura più ampia di quanto la obblighi a fare la Direttiva n. 96/71 come (correttamente) recepita dallo stesso Stato (cfr., punto 111).

Il riconoscimento della natura di diritto fondamentale dello sciopero risulta così una ben magra consolazione per le organizzazioni sindacali, in quanto il bilanciamento con la libertà di circolazione ne preclude in radice l'esercizio se è volto a modificare le condizioni di equilibrio dettate dalla Direttiva n. 96/71 tra interessi dell'impresa distaccante e interessi dei lavoratori che appartengono stabilmente al mercato del lavoro dello Stato ospitante. I giudici di Lussemburgo, così rispettosi delle competenze del giudice nazionale al fine di valutare la rilevanza delle questioni interpretative del diritto comunitario nel caso concreto, non hanno ritenuto di dover tributare il medesimo riguardo al giudice nazionale nell'operare il bilanciamento dei diritti fondamentali e – conseguentemente – valutare proporzionalità e adeguatezza delle proteste sindacali nel caso pendente dinanzi la Corte di Stoccolma. Il giudice comunitario, infatti, si è integralmente sostituito a quest'ultima in tale valutazione, statuendo in modo assoluto e non ulteriormente ponderabile l'incompatibilità della protesta dei sindacati degli edili e degli elettrici svedesi con l'art. 49 TCE.

Esattamente come già operato nella sentenza Albany (46) nel ricercare una modalità di «contemperamento» tra contrattazione collettiva e diritto del-

---

(46) Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 1999, C-67/96, in *Racc.*, I-5751, e in *Riv. it. dir. lav.*, II, p. 220, con mio commento, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale.*

la concorrenza tra imprese, la Corte di Giustizia si avventura in modo poco avveduto a rinvenire dei parametri di valutazione non già nelle forme in cui viene esercitata l'autotutela sindacale, come facevano invece presagire delle precedenti pronunce in materia di diritto di protesta e di libertà di espressione (47), ma nella congruità degli obiettivi e delle rivendicazioni rispetto alla instaurazione di un mercato interno privo di barriere nazionali e libero concorrenziale.

Nella sentenza Viking la Corte giunge a conclusioni che sono solo apparentemente dissimili da quelle della sentenza Laval, mentre in realtà si pongono in rapporto di assoluta coerenza con quest'ultime se trasposte dal contesto della libera circolazione dei servizi a quello della libertà di stabilimento. In materia di libertà di stabilimento, infatti, la Corte non ha potuto far riferimento a una fonte di diritto comunitario derivato, quale appunto la Direttiva n. 96/71 rispetto all'art. 49 TCe, che abbia «positivizzato» le condizioni sostanziali di bilanciamento tra il diritto delle imprese di stabilire le proprie sedi e i propri stabilimenti liberamente in qualsiasi Stato membro e il diritto dei lavoratori a difendere con forme di conflitto la stabilità del loro rapporto di lavoro e delle condizioni (legali e contrattuali a questo applicato). In assenza di un tale parametro essenziale la Corte si è astenuta dall'enunciare direttamente i termini del bilanciamento nel caso concreto, così come invece operato nella sentenza Laval, ma ha rimesso tale valutazione al giudice nazionale. Nel dettare i criteri secondo cui quest'ultimo è chiamato a operare il bilanciamento, però, la Corte afferma anche in questo caso che debba essere assoggettata a tale sindacato giudiziale in via prioritaria la stessa finalità delle rivendicazioni sindacali. Al riguardo i giudici di Lussemburgo investono il giudice nazionale di accertare pregiudizialmente «... se gli obiettivi perseguiti dalla Fsu e dalla Itf mediante l'azione collettiva da esse intrapresa riguardassero la tutela dei lavoratori» (punto 80), precisando che tale azione non potrebbe essere ritenuta rispondente al perseguimento di questa tutela «... se fosse accertato che i posti o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati» (punto 81). Soltanto «Nel caso in cui, al termine di tale valutazione, il giudice del rinvio giungesse alla conclusione che, nella controversia a esso sottoposta, i posti o le condizioni di lavoro dei membri della Fsu che potevano essere lesi dal cambiamento di bandiera del Rosella erano realmente compromessi o seriamente minacciati, detto giudice dovrà ancora verificare se l'azione collettiva intrapresa da tale sindacato sia a-

---

(47) Cfr. Corte di Giustizia, sentenza C-265/95, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, 1997, I-6959; Corte di Giustizia, sentenza C-112/00 *Eugene Schmidberger Internationale transporte und Planzuge v. Austria*, *Racc.*, 2003, I-5659.

deguata per garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo» (punto 84).

Orbene, anche nel caso Viking la Corte legittima un sindacato giudiziale circa la «bontà» degli obiettivi dell'azione sindacale, imponendo alle organizzazioni sindacali di osservare nell'esercizio della loro autonomia negoziale la gerarchia di obiettivi e di valori dettata dall'ordinamento comunitario. La valutazione della rispondenza delle azioni di sciopero proclamate dalle organizzazioni sindacali agli interessi dei lavoratori rappresentati, non è più esclusivamente rimessa a questi ultimi, senza l'adesione dei quali ogni azione di protesta non avrebbe alcuna possibilità di riuscita, ma si insinua un ambito di valutabilità di tale rispondenza ad opera di soggetti terzi, che, per quanto illuminati, non hanno certo ricevuto alcun diretto o indiretto mandato di rappresentanza dai lavoratori coinvolti in quel conflitto.

Soltanto in seconda istanza, superato questo controllo dei fini dell'azione sindacale, il giudice nazionale – nel percorso valutativo disegnato dalla Corte – è chiamato a verificare l'adeguatezza e la proporzionalità delle forme di protesta adottate. Le iniziative di protesta possono ritenersi soddisfare tali requisiti «se, ai sensi della normativa nazionale e delle norme contrattuali applicabili a tale azione, la Fsu non disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione» (punto 87 della sentenza).

La Corte professa un formale rispetto per l'esclusività della sovranità nazionale nella regolazione delle relazioni industriali, in concreto opera una profonda intrusione, indirettamente regolativa, nella stessa materia. Non può non rilevarsi al riguardo che costituisce patrimonio ormai acquisito della elaborazione giurisprudenziale italiana (48) e del nostro legislatore ordinario (49) la convinzione che il bilanciamento del diritto di sciopero sia con la libertà d'impresa sia con i diritti di rilevanza costituzionale degli utenti dei servizi pubblici possa operarsi soltanto incidendo sulle forme di esercizio dell'azione di sciopero, apponendo dei «limiti esterni», ma non certo aprendo spazi di sindacabilità giudiziaria circa il merito delle rivendicazioni sindacali che sottendono alla protesta (50).

---

(48) Cfr. Cass. sentenza 30 gennaio 1980, n. 711; Cass. sentenza 17 dicembre 2004, n. 23552; Cass. 21 agosto 2004, n. 16515.

(49) Cfr. E. Ales, *Lo sciopero nei servizi pubblici in Europa tra interesse generale ed autotutela. Spunti comparatistici*, Torino, 1995; G. Orlandini, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo d'integrazione europea. Uno studio di diritto comparato e comunitario*, Torino, 2003.

(50) Cfr. G. Giugni, *Il diritto sindacale*, Bari, 2006, p. 243; R. Nania, *Sciopero e sistema costituzionale*, Torino, 1995, pp. 20 ss.

Un controllo giudiziale sulla finalità dello sciopero e delle altre forme di autotutela rischia di alterare profondamente i sistemi di relazioni industriali che negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri governano il conflitto redistributivo della ricchezza prodotta tra lavoro e capitale, così che sorgono seri dubbi se una tale alterazione possa esser ritenuta totalmente rispettosa di quel nucleo centrale dei diritti costituzionali nazionali che, secondo la giurisprudenza costituzionale, costituisce limite invalicabile per il diritto comunitario (51).

Con estrema probabilità proprio per scongiurare questo rischio, come già avvenuto nel segnare un bilanciamento tra concorrenza tra imprese e contrattazione collettiva dopo la sentenza Albany (52), anche nel caso del bilanciamento tra diritto di sciopero e libertà di circolazione e di stabilimento delle imprese la Corte eserciterà con prudenza il sindacato delle finalità dell'azione sindacale che sembra ora rivendicare. Il silenzio della politica europea rispetto a queste problematiche, però, inizia a divenire assordante; non può certo realizzare una democrazia ottimale un sistema ordinamentale in cui il governo di questioni di tale sensibilità sociale è integralmente affidato a un organo giudiziario di nomina intergovernativa, non soggetto ad alcuna approvazione parlamentare. Sarebbe forse opportuno che anche nell'Europa a 27 la rappresentanza politica trovi una via per superare i veti incrociati degli Stati membri e raggiungere soluzioni apertamente contrattate e condivise; ultimamente, infatti, troppe volte Parlamento e Consiglio europeo hanno convenuto di non decidere e di affidarsi all'attività di supplenza del giudice comunitario, che è l'unico motore in grado ancora di far marciare in direzione dell'integrazione. Non si può in tal modo, trincerandosi dietro il tecnicismo giuridico, evitare di interrogarsi circa la proporzionalità del prezzo che oggi si richiede ai cittadini di pagare in cambio di vantaggi che il mercato unico sarà in grado di offrire in contropartita in futuro; se tale prezzo risultasse esorbitante l'ordinamento comunitario, prima ancora di entrare in insanabile conflitto con le Costituzioni degli Stati membri, fallirebbe il suo obiettivo di realizzazione di un mercato altamente competitivo, ma al contempo capace di assicurare un elevato grado di protezione e coesione sociale come recitano gli artt. 2 e 136 TCE.

---

(51) Cfr. Corte Cost. sentenza 27 dicembre 1973, n. 183; sentenza 8 giugno 1984, n. 170; 21 aprile 1989, n. 232; sentenza 24 aprile 1996, n. 126.

(52) Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 1999, C-115/97, C-116/97 e C-117/97, *Brentjens*, in *Racc.*, 1999, 6025; Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 1999, C-219/97, *Drijvende*, in *Racc.*, 1999, 6121; Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 2000, C-222/98, *Van der Woude*, in *Racc.*, 2001, I, 7111.

## I

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, 18 dicembre 2007, causa C-341/2005 – Pres. Skouris, Est. Löhmus, Avv. Gen. Mengozzi – Laval und Partneri Ltd. c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet.

**Sciopero – Libera prestazione dei servizi – Direttiva n. 96/71/Ce – Contratto collettivo del settore edilizio dello Stato ospitante privo di efficacia *erga omnes* – Diritto delle organizzazioni sindacali di ricorrere a sciopero e azioni collettive per indurre l'impresa straniera ad applicare il contratto collettivo del settore – Contrasto con l'art. 49 TCe e Direttiva n. 96/71.**

*Gli artt. 49 Ce e 3 della Direttiva n. 96/71/Ce, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che, in uno Stato membro in cui le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. a-g, della stessa Direttiva sono contenute in norme legislative, a eccezione dei minimi salariali, un'organizzazione sindacale possa, mediante un'azione collettiva sotto forma di blocco dei cantieri, tentare di indurre un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati, nonché a sottoscrivere un contratto collettivo del quale talune clausole stabiliscono, per alcune di tali materie, condizioni più favorevoli di quelle che derivano dalle disposizioni legislative vigenti, mentre altre clausole riguardano materie non previste dall'art. 3 della medesima Direttiva. (1)*

*Gli artt. 49 Ce e 50 Ce ostano a che, in uno Stato membro, il divieto imposto alle organizzazioni sindacali di intraprendere un'azione collettiva allo scopo di abrogare o modificare un contratto collettivo concluso da parte di terzi sia subordinato al fatto che l'azione riguardi condizioni di lavoro e di occupazione alle quali si applica direttamente la legge nazionale. (2)*

## II

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, 11 dicembre 2007, causa C-348/2005 – Pres. Skouris, Est. Schintgen, Avv. Gen. Poiares Maduro – International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line Abp, Ou Viking Line Eesti.

**Sciopero – Diritto di stabilimento – Trasporti marittimi – Diritto delle organizzazioni sindacali di ricorrere a sciopero e azioni collettive per dissuadere un'impresa a registrare una nave con la bandiera di un altro Stato membro – Contrasto con l'art. 43 TCe.**

*L'art. 43 Ce deve essere interpretato nel senso che, in linea di principio, non è esclusa dall'ambito di applicazione di tale articolo un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa privata al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento.*

*L'art. 43 Ce conferisce a un'impresa privata diritti opponibili a un sindacato o a un'associazione di sindacati.*

*L'art. 43 Ce deve essere interpretato nel senso che azioni collettive finalizzate a indurre un'impresa privata stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo in parola.*

*Tali restrizioni possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo. (3)*

I

*(Omissis)*

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione degli artt. 12 Ce e 49 Ce, nonché della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, n. 96/71/Ce, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (GU 1997, L 18, p. 1).

2 La domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra, da un lato, la Laval un Partneri Ltd (in prosieguo: la «Laval»), società di diritto lettone avente sede a Riga (Lettonia), e, dall'altro, la Svenska Byggnadsarbetareförbundet (sindacato svedese dei lavoratori del settore delle costruzioni e dei lavori pubblici; in prosieguo: la «Byggnads»), la Svenska Byggnadsarbetareförbundet avdelning 1, Byggettan (sezione sindacale n. 1 di tale sindacato; in prosieguo: la «Byggettan»), nonché la Svenska Elektrikerförbundet (sindacato svedese dei lavoratori del settore elettrico; in prosieguo: la «Elektrikerna»),

relativa al procedimento che detta società ha avviato, in primo luogo, per ottenere l'accertamento dell'illegittimità sia dell'azione collettiva della Byggnads e della Byggettan relativa all'insieme dei cantieri in cui tale società è attiva, sia dell'azione di solidarietà della Elektrikerna, consistente in un blocco di tutti i lavori elettrici in corso; in secondo luogo, per ottenere che sia ingiunto di porre fine a tali azioni; in terzo luogo, per la condanna delle citate organizzazioni sindacali al risarcimento del danno da essa subito.

*Contesto normativo*

*Normativa comunitaria*

3 Il sesto, il tredicesimo, il diciassettesimo e il ventiduesimo «Considerando» della Direttiva n. 96/71 sono del seguente tenore:

«considerando che la transnazionalizzazione dei rapporti di lavoro solleva problemi in ordine alla legislazione applicabile al rapporto di lavoro e che nell'interesse delle parti occorre definire le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al rapporto di lavoro considerato;

considerando che le legislazioni degli Stati membri devono essere coordinate per definire un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima cui deve attenersi nel paese ospite il datore di lavoro che distacca dipendenti a svolgere un lavoro a carattere temporaneo nel territorio di uno Stato membro dove vengono prestati i servizi; che tale coordinamento può essere effettuato soltanto attraverso il diritto comunitario;

considerando che le norme imperative di protezione minima in vigore nel paese ospite non devono ostacolare l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori;

considerando che la presente Direttiva lascia impregiudicato il diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria».

4 L'art. 1 della Direttiva n. 96/71 così prevede:

«1. La presente Direttiva si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano lavoratori, a norma del paragrafo 3, nel territorio di uno Stato membro.

*(Omissis)*

3. La presente Direttiva si applica nella misura in cui le imprese di cui al paragrafo 1 adottino una delle misure transnazionali seguenti:

a) *(Omissis)*

o

b) distaccano un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia *(Omissis)*».

5 L'art. 3 della Direttiva dispone quanto segue:

«*Condizioni di lavoro e di occupazione*

1. Gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono fissate:

– da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o  
– da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del paragrafo 8, sempre che vertano sulle attività menzionate in allegato:

- a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo;
- b) durata minima delle ferie annuali retribuite;
- c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria;
- d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo;
- e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro;
- f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani;
- g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.

Ai fini della presente Direttiva, la nozione di tariffa minima salariale di cui al comma 1, lettera c, è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato.

(*Omissis*)

7. I paragrafi da 1 a 6 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori.

Le indennità specifiche per il distacco sono considerate parte integrante del salario minimo, purché non siano versate a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco, come le spese di viaggio, vitto e alloggio.

8. Per contratti collettivi o arbitrati, dichiarati di applicazione generale, si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate.

In mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati di cui al comma 1, gli Stati membri possono, se così decidono, avvalersi:

– dei contratti collettivi o arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o

– dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale,

a condizione che la loro applicazione alle imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 assicuri la parità di trattamento quanto alle materie di cui al paragrafo 1, comma 1 del presente articolo, fra tali imprese e le altre imprese di cui al presente comma che si trovano in una situazione analoga.

Vi è parità di trattamento, a norma del presente articolo, quando le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga:

– sono soggette, nel luogo o nel settore in cui svolgono la loro attività, ai medesimi obblighi delle imprese che effettuano il distacco, per quanto attiene alle materie menzionate al paragrafo 1, comma 1 del presente articolo, e

– sono soggette ai medesimi obblighi, aventi i medesimi effetti.

*(Omissis)*

10. La presente Direttiva non osta a che gli Stati membri, nel rispetto del Trattato, impongano alle imprese nazionali e a quelle di altri Stati, in pari misura:

– condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, comma 1 del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico;

– condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del paragrafo 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate dall'allegato».

6 L'art. 4 della Direttiva n. 96/71 così prevede:

*«Cooperazione in materia di informazione*

1. Ai fini dell'attuazione della presente Direttiva, gli Stati membri, secondo le legislazioni e/o prassi nazionali, designano uno o più uffici di collegamento o uno o più organismi nazionali competenti.

2. Gli Stati membri predispongono una cooperazione tra le amministrazioni pubbliche che, secondo la legislazione nazionale, sono competenti per la vigilanza sulle condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'articolo 3. Tale cooperazione consiste, in particolare, nel rispondere alle richieste motivate di informazioni da parte di dette amministrazioni a proposito della cessione temporanea transnazionale di lavoratori, compresi gli abusi evidenti o presunti casi di attività transnazionali illegali.

La Commissione e le amministrazioni pubbliche di cui al comma 1 collaborano strettamente per valutare le difficoltà che potrebbero eventualmente sorgere nell'applicazione dell'articolo 3, paragrafo 10.

La reciproca assistenza amministrativa è fornita a titolo gratuito.

3. Ogni Stato membro adotta provvedimenti idonei affinché le informazioni relative alle condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'articolo 3 siano generalmente accessibili.

4. Ogni Stato membro comunica agli altri Stati e alla Commissione gli uffici di collegamento e/o gli organismi competenti di cui al paragrafo 1».

#### *Normativa nazionale*

##### *La trasposizione della Direttiva n. 96/71*

7 Risulta dal fascicolo che nel Regno di Svezia non esiste un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi e che, al fine di non creare situazioni discriminatorie, la legge non impone alle imprese straniere di applicare i contratti collettivi svedesi, dal momento che non tutti i datori di lavoro svedesi sono vincolati da un contratto collettivo.

8 La Direttiva n. 96/71 è stata trasposta nel diritto svedese con la legge (1999/678) 9 dicembre 1999 sul distacco di lavoratori [lag (1999/678) om utstationering av arbetstagare] (in prosiegua: la «legge sul distacco dei lavoratori»). Emerge dagli atti di causa che le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori distaccati relativamente alle materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. *a*, *b* e *d-g*, della Direttiva n. 96/71 sono fissate da disposizioni legislative ai sensi dell'art. 3, n. 1, comma 1, primo trattino, di quest'ultima. La legislazione svedese non prevede per contro un minimo salariale, materia prevista dall'art. 3, n. 1, comma 1, lett. *c*, della Direttiva.

9 Risulta dagli atti del fascicolo che l'ufficio di collegamento (Arbetsmiljöverket), creato ai sensi dell'art. 4, n. 1, della Direttiva n. 96/71, è incaricato, in particolare, di segnalare agli interessati l'esistenza di contratti collettivi che possono essere applicabili in caso di distacco di lavoratori in Svezia, nonché di indirizzare tali interessati, per più ampie informazioni, alle parti che hanno stipulato il contratto collettivo.

##### *Il diritto di intraprendere azioni collettive*

10 Il capo 2 della Costituzione svedese (Regeringsformen) elenca le libertà e i diritti fondamentali riconosciuti ai cittadini. Ai sensi dell'art. 17 della stessa, le associazioni di lavoratori, i datori di lavoro e le loro associazioni hanno il diritto di intraprendere azioni collettive, salvo che a ciò si oppongano disposizioni legislative o contenute in un contratto collettivo.

11 La legge (1976/580) 10 giugno 1976 sulla partecipazione dei dipendenti alle decisioni negoziate [lag (1976/580) om medbestämmande i arbetslivet] (in prosiegua: la «Mbl») contiene le norme applicabili in materia di diritto di associazione e di trattativa, di contratti collettivi, di mediazione nelle controversie collettive di lavoro e di obbligo di pace socia-

le; essa contiene inoltre norme che limitano il diritto delle organizzazioni sindacali di intraprendere azioni collettive.

12 Risulta dall'art. 41 della Mbl che sussiste un obbligo di tregua sociale fra le parti di un contratto collettivo e che è in particolare vietato intraprendere azioni collettive per ottenere modifiche del contratto. Azioni collettive sono tuttavia ammissibili qualora le parti sociali non abbiano concluso tra di loro un contratto collettivo.

13 L'art. 42 della Mbl così prevede:

«Le organizzazioni datoriali o di lavoratori non possono organizzare o provocare in alcun altro modo un'azione collettiva illegittima. Esse non possono neppure partecipare, con il loro sostegno o in qualunque altro modo, a un'azione collettiva illegittima. Un'organizzazione vincolata essa stessa da un contratto collettivo dovrà altresì, in caso di azione collettiva illegittima imminente o in corso intrapresa da suoi membri, prendere provvedimenti per impedire l'azione o agire per la cessazione della stessa.

Nel caso sia stata avviata un'azione collettiva illegittima, è vietato a chiunque altro prendervi parte.

Le disposizioni delle due prime frasi del comma 1 si applicano esclusivamente all'avvio, da parte di un'associazione, di azioni relative alle condizioni di lavoro che rientrano direttamente nel campo di applicazione della presente legge».

14 Secondo l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 42, comma 1, della Mbl, è vietato intraprendere un'azione collettiva al fine di ottenere l'abrogazione o la modifica di un contratto collettivo concluso da terzi. In una sentenza detta «Britannia» (1989, n. 120), l'Arbetsdomstolen ha affermato che tale divieto si estende alle azioni collettive intraprese in Svezia al fine di ottenere l'abrogazione o la modifica di un contratto collettivo concluso fra parti straniere, in un luogo di lavoro posto all'estero, qualora detta azione collettiva sia vietata dal diritto straniero applicabile alle parti firmatarie di tale contratto collettivo.

15 Con la legge detta «*lex Britannia*», entrata in vigore il 1° luglio 1991, il legislatore ha inteso ridurre la portata del principio contenuto nella sentenza Britannia. La *lex Britannia* comprende tre disposizioni inserite nella Mbl, cioè gli artt. 25-*bis*, 31-*bis*, e 42, comma 3, di quest'ultima.

16 Risulta dai chiarimenti forniti dal giudice del rinvio che, in seguito all'introduzione di tale comma 3 nell'art. 42 della Mbl, le azioni collettive intraprese nei confronti di un datore di lavoro straniero che svolge temporaneamente un'attività in Svezia non sono più vietate qualora una valutazione complessiva della situazione permetta di concludere che il legame con tale Stato membro è troppo tenue perché la Mbl possa essere considerata direttamente applicabile alle condizioni di lavoro di cui trattasi.

*Il contratto collettivo dell'edilizia*

17 La Byggnads è un'organizzazione sindacale che raggruppa, in Svezia, i lavoratori del settore delle costruzioni. Risulta dalle sue osservazioni che, nel 2006, essa si componeva di 31 sezioni locali (tra le quali la Byggettan), che contava 128.000 membri, di cui 95.000 in età lavorativa, e che raggruppava, in particolare, lavoratori dei settori del legno e del cemento, muratori, posatori di pavimenti, lavoratori del settore delle costruzioni e delle strade, nonché realizzatori di impianti idraulici. Circa l'87% dei lavoratori del settore delle costruzioni faceva parte di tale organizzazione.

18 Tra la Byggnads, in quanto organizzazione centrale rappresentativa dei lavoratori dell'edilizia, e la Sveriges Byggindeindustrier (organizzazione centrale dei datori di lavoro del settore delle costruzioni) è stato concluso un contratto collettivo (in prosieguo: il «contratto collettivo dell'edilizia»).

19 Il contratto collettivo dell'edilizia contiene norme specifiche relative all'orario di lavoro e alle ferie annuali, materie nelle quali i contratti collettivi possono derogare alle norme legislative. Tale contratto contiene inoltre disposizioni relative alla disoccupazione temporanea e al tempo d'attesa, al rimborso delle spese di viaggio e professionali, alla tutela contro i licenziamenti, ai permessi per motivi di studio e alla formazione professionale.

20 La sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia comporta altresì, per le imprese interessate, l'accettazione di svariati obblighi di natura pecuniaria. Così, tali imprese devono pagare alla Byggettan un importo pari all'1,5% della massa salariale per il controllo svolto da tale sezione sindacale sulle retribuzioni, e alla società di assicurazioni Fora somme pari, da un lato, allo 0,8% della massa salariale a titolo di «sovrimposta» o «addizionale speciale edilizia» e, dall'altro lato, al 5,9% di tale massa per svariati premi assicurativi.

21 La somma denominata «sovrimposta» o «addizionale speciale edilizia» è destinata a finanziare contratti di gruppo di assicurazione sulla vita, di previdenza e assicurazione contro gli incidenti avvenuti al di fuori dell'orario di lavoro, i fondi per la ricerca delle imprese svedesi dell'edilizia (Svenska Byggbranschens Utvecklingsfond), l'organizzazione Galaxen, gestita dai datori di lavoro e avente come obiettivo l'adattamento dei posti di lavoro alle persone a mobilità ridotta e la loro rieducazione, la promozione dello sviluppo della formazione nelle professioni dell'edilizia e le spese di amministrazione e gestione.

22 I vari contratti assicurativi proposti dalla Fora garantiscono ai lavoratori un'assicurazione pensionistica complementare, il pagamento di prestazioni in caso di malattia e disoccupazione, un'indennità nel caso di infortuni sul lavoro nonché un sostegno finanziario ai superstiti in caso di decesso del lavoratore.

23 In caso di sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia, i datori di lavoro, ivi compresi quelli che distaccano lavoratori in Svezia, sono in linea di principio vincolati da tutte le clausole di quest'ultimo, anche se talune norme sono applicabili caso per caso in funzione, essenzialmente, del tipo di cantiere e delle modalità di realizzazione dei lavori.

*La determinazione delle retribuzioni*

24 Risulta dalle osservazioni del governo svedese che, in Svezia, la determinazione delle retribuzioni dei lavoratori dipendenti è affidata alle parti sociali, per mezzo della contrattazione collettiva. In generale, i contratti collettivi non contengono norme che fissano una retribuzione minima in quanto tale. La retribuzione più bassa contenuta in numerosi contratti collettivi riguarda i dipendenti privi di qualificazione e di esperienza professionale, il che comporta che, in generale, essa riguarda solo un numero assai ridotto di persone. Per quanto riguarda gli altri dipendenti, la loro retribuzione è determinata nell'ambito di negoziati condotti sul luogo di lavoro, sulla base delle qualifiche del dipendente e dei compiti che svolge.

25 Stando alle osservazioni formulate nella presente causa dalle tre organizzazioni sindacali convenute nella causa principale, nel contratto collettivo dell'edilizia la retribuzione a cottimo è la forma di retribuzione normale nel settore delle costruzioni. Il regime delle retribuzioni a cottimo comporta la conclusione di nuovi accordi salariali per ciascun progetto di costruzione. I datori di lavoro e la sezione locale dell'organizzazione sindacale possono tuttavia accordarsi per l'applicazione di una retribuzione oraria per uno specifico cantiere. Al tipo di lavoratori di cui si discute nella causa principale non è applicabile alcun sistema di retribuzione mensile.

26 Secondo le medesime organizzazioni sindacali, le trattative salariali si svolgono nell'ambito di una tregua sociale che deve necessariamente far seguito alla conclusione di un contratto collettivo. L'accordo sulle retribuzioni è concluso, in linea di principio, a livello locale tra il sindacato e il datore di lavoro. Se le parti sociali non raggiungono un accordo a tale livello, le trattative salariali sono oggetto di una trattativa centralizzata, nella quale la Byggnads svolge il ruolo di parte principale per i lavoratori dipendenti. Se le parti sociali non raggiungono un accordo neppure nell'ambito di queste ultime trattative, la retribuzione di base è determinata conformemente alla «clausola di ripiego». Secondo tali organizzazioni sindacali, la retribuzione «di ripiego», che costituirebbe in effetti solo un meccanismo di trattativa residuale, e non una retribuzione minima, era pari, per la seconda metà del 2004, a SEK 109 (circa EUR 12) all'ora.

*La causa principale*

27 Risulta dalla decisione di rinvio che la Laval è una società di diritto lettone avente sede a Riga. Tra il maggio e il dicembre 2004 essa ha distaccato in Svezia circa 35 lavoratori per lavorare in taluni cantieri della L&P Baltic Bygg AB (in prosieguo: la «Baltic»), società di diritto svedese controllata al 100% dalla Laval fino alla fine del 2003, in particolare per la costruzione di un edificio scolastico a Vaxholm.

28 La Laval, che in data 14 settembre e 20 ottobre 2004 aveva firmato, in Lettonia, contratti collettivi con il sindacato lettone dei lavoratori dell'edilizia, non era vincolata da alcun contratto collettivo concluso con la Byggnads, la Byggettan o la Elektrikerna, le quali non avevano alcun proprio membro tra il personale della Laval. Circa il 65% dei lavoratori dipendenti lettoni interessati erano membri del sindacato dei lavoratori dell'edilizia nel loro Stato di origine.

29 Risulta dagli atti di causa che nel giugno 2004 sono stati istituiti rapporti tra la Byggettan, da un lato, e la Baltic e la Laval, dall'altro, e che sono state avviate trattative per l'adesione della Laval al contratto collettivo dell'edilizia. La Laval ha chiesto che le retribuzioni e le altre condizioni di lavoro fossero definite parallelamente a tali negoziati, così da avere già fissati il livello delle retribuzioni e le condizioni di lavoro al momento dell'adesione a tale contratto. La Byggettan ha accolto tale richiesta anche se, in generale, il negoziato per un contratto collettivo deve essere stato concluso affinché, in seguito, possa avviarsi una discussione sulle retribuzioni e sulle altre condizioni di lavoro nell'ambito della tregua sociale obbligatoria. La Byggettan ha rifiutato l'introduzione di un sistema di retribuzione mensile, ma ha accettato la proposta della Laval basata sul principio della retribuzione oraria.

30 Risulta dalla decisione di rinvio che, in occasione della riunione di trattativa del 15 settembre 2004, la Byggettan aveva preteso dalla Laval, da un lato, la sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia per il cantiere di Vaxholm e, dall'altro, la garanzia che i lavoratori distaccati avrebbero percepito una retribuzione oraria di SEK 145 (circa EUR 16). Tale retribuzione oraria si basava su statistiche retributive della regione di Stoccolma (Svezia) per il primo trimestre dell'anno 2004, relative ai lavoratori dei settori del cemento e del legno in possesso di un attestato di formazione professionale. La Byggettan si è dichiarata pronta a intraprendere immediatamente un'azione collettiva nel caso di mancato accordo in tal senso.

31 Stando agli atti di causa, la Laval ha dichiarato, nel corso del procedimento dinanzi all'Arbetsdomstolen, che essa versava ai suoi dipendenti una retribuzione mensile di SEK 13.600 (circa EUR 1.500), cui si aggiungevano vantaggi in natura relativamente a vitto, alloggio e viaggi, per un valore di SEK 6.000 (circa EUR 660) al mese.

32 Aderendo al contratto collettivo dell'edilizia, la Laval sarebbe stata vincolata, in linea di principio, da tutte le clausole dello stesso, ivi comprese quelle relative agli obblighi pecuniari nei confronti della Byggettan e della Fora, di cui al punto 20 della presente sentenza. La sottoscrizione di contratti assicurativi presso la Fora è stata proposta alla Laval mediante un modulo di dichiarazione inviatole nel dicembre 2004.

33 Non avendo tale trattativa avuto successo, la Byggettan ha chiesto alla Byggnads di adottare misure finalizzate a porre in essere nei confronti della Laval l'azione collettiva annunciata in occasione dell'incontro di trattativa del 15 settembre 2004. Nell'ottobre 2004 è stato depositato un preavviso.

34 Il 2 novembre successivo è iniziato un blocco del cantiere di Vaxholm. Tale blocco si è concretizzato, in particolare, nell'impedire la consegna di merci al cantiere, nella realizzazione di picchetti di sciopero e nell'impedire l'ingresso al cantiere ai lavoratori lettoni nonché ai veicoli. La Laval ha chiesto l'assistenza delle forze dell'ordine, le quali le hanno comunicato che, essendo l'azione collettiva lecita secondo il diritto nazionale, non avrebbero potuto intervenire né eliminare gli ostacoli fisici che impedivano l'accesso al cantiere.

35 Alla fine del mese di novembre 2004 la Laval si è rivolta all'ufficio di collegamento citato al punto 9 della presente sentenza per ottenere indicazioni circa le condizioni di lavoro e di occupazione che essa doveva applicare in Svezia, circa l'esistenza o meno di una retribuzione minima e la natura dei contributi da pagare. Con lettera del 2 dicembre 2004 il direttore dell'ufficio legale di tale ente le ha comunicato che essa era tenuta ad applicare le disposizioni a cui rinvia la legge sul distacco di lavoratori, che spettava alle parti sociali trovare un accordo sulle questioni retributive, che le condizioni minime previste dai contratti collettivi erano applicabili anche ai lavoratori stranieri distaccati e che, se un datore di lavoro straniero fosse stato soggetto a un doppio obbligo contributivo, la questione avrebbe potuto essere sollevata in sede giurisdizionale. Al fine di conoscere le disposizioni contrattuali applicabili, la Laval avrebbe dovuto rivolgersi alle parti sociali del settore di attività interessato.

36 In occasione dell'incontro di mediazione organizzato il 1° dicembre 2004 e dell'udienza di conciliazione dinanzi all'Arbetsdomstolen il giorno 20 del medesimo mese, la Laval è stata invitata dalla Byggettan a sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia prima di affrontare la questione delle retribuzioni. Se la Laval avesse accettato tale proposta l'azione collettiva dei sindacati sarebbe cessata immediatamente e sarebbe entrata in vigore la pace sociale, che avrebbe consentito di avviare un negoziato sulle retribuzioni. La Laval ha tuttavia rifiutato di sottoscrivere il contratto, dal momento che non le era possibile conoscere anticipatamente gli obblighi che le sarebbero derivati sotto il profilo retributivo.

37 Nel dicembre 2004 le azioni collettive nei confronti della Laval si sono intensificate. Il 3 dicembre 2004 la Elektrikerna ha avviato un'azione di solidarietà. Tale misura ha avuto l'effetto di impedire alle imprese svedesi appartenenti all'organizzazione datoriale degli installatori elettrici di fornire servizi alla Laval. A Natale i lavoratori distaccati dalla Laval sono rientrati in Lettonia e non sono più ritornati nel cantiere in questione.

38 Nel gennaio 2005 altre organizzazioni sindacali hanno annunciato azioni di solidarietà consistenti in un boicottaggio di tutti i cantieri della Laval in Svezia, cosicché tale impresa non è più stata in condizione di svolgere le proprie attività sul territorio di tale Stato membro. Nel febbraio 2005 il Comune di Vaxholm ha chiesto la risoluzione del contratto che lo vincolava alla Baltic e, in data 24 marzo 2005, quest'ultima è stata dichiarata fallita.

#### *Le questioni pregiudiziali*

39 Il 7 dicembre 2004 la Laval ha proposto dinanzi all'Arbetsdomstolen un ricorso contro la Byggnads, la Byggettan e la Elektrikerna, finalizzato all'accertamento dell'illegittimità e all'ottenimento di un provvedimento inibitorio sia del blocco che dell'azione di solidarietà relativa a tutti i suoi cantieri. Essa ha chiesto altresì la condanna di tali organizzazioni sindacali al risarcimento del danno subito. Con decisione 22 dicembre 2004 il giudice del rinvio ha respinto il ricorso cautelare della Laval diretto a ottenere un provvedimento inibitorio delle azioni collettive.

40 Chiedendosi se gli artt. 12 Ce e 49 Ce, oltre alla Direttiva n. 96/71, ostino a che talune organizzazioni sindacali tentino, con un'azione collettiva, di indurre un'impresa straniera che distacca lavoratori in Svezia ad applicare un contratto collettivo svedese, l'Arbetsdomstolen ha deciso, in data 29 aprile 2005, di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte in via pregiudiziale. La decisione di rinvio, adottata da tale giudice il 15 settembre 2005, solleva le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se sia compatibile con le norme del Trattato Ce sulla libera prestazione dei servizi e sul divieto di qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità, nonché con la Direttiva [n. 96/71], il fatto che talune organizzazioni sindacali tentino, mediante un'azione collettiva esercitata sotto forma di un blocco, di indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere un contratto collettivo nello Stato ospitante relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione, come [il contratto collettivo dell'edilizia], nel caso in cui la situazione nello Stato ospitante sia tale per cui la legislazione volta a trasporre detta Direttiva è priva di qualsiasi disposizione espressa sull'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione nei contratti collettivi.

2) La [Mbl] vieta a un'organizzazione sindacale di intraprendere un'azione collettiva volta a disapplicare un contratto collettivo stipulato fra altre par-

ti sociali. Tale divieto vale tuttavia, secondo una speciale disposizione costituente una parte della *lex Britannia*, soltanto se un'organizzazione sindacale avvia un'azione collettiva a causa di condizioni di lavoro cui la [Mbl] è direttamente applicabile, il che, in pratica, comporta che esso non vale per azioni collettive avviate contro società straniere che esercitano temporaneamente un'attività in Svezia con i propri dipendenti. [Si chiede se] le norme del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi e al divieto di discriminazione in base alla nazionalità, nonché la Direttiva n. 96/71, ostino all'applicazione di questa regola da ultimo menzionata – che, unitamente alle altre disposizioni della *lex Britannia*, comporta che in pratica i contratti collettivi svedesi diventano applicabili e prevalgono sui contratti collettivi stranieri già stipulati – contro un'azione collettiva avente la forma di un blocco esercitato da organizzazioni sindacali svedesi contro un prestatore di servizi operante temporaneamente in Svezia».

41 Con ordinanza del presidente della Corte 15 novembre 2005 è stata respinta la domanda del giudice del rinvio, datata 15 settembre 2005, di trattare la presente causa con il procedimento accelerato di cui all'art. 104-*bis*, comma 1, del regolamento di procedura.

#### *Sulla ricevibilità*

42 La Byggnads, la Byggettan e la Elektrikerna contestano la ricevibilità della domanda pregiudiziale.

43 Esse invocano, in primo luogo, l'assenza di un legame tra le questioni poste e le circostanze di fatto della causa principale. Infatti il giudice del rinvio chiederebbe alla Corte di interpretare le disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi e la Direttiva n. 96/71, mentre la Laval sarebbe stabilita in Svezia, ai sensi dell'art. 43 Ce, attraverso la sua controllata Baltic, di cui essa deteneva, sino alla fine dell'anno 2003, il 100% del capitale. Dal momento che il capitale sociale della Laval e quello della Baltic erano detenuti dai medesimi soggetti, che tali società avevano i medesimi rappresentanti e utilizzavano il medesimo marchio, le stesse dovrebbero essere considerate come una sola e unica entità economica dal punto di vista del diritto comunitario, pur costituendo due persone giuridiche distinte. La Laval avrebbe pertanto avuto l'obbligo di svolgere la propria attività in Svezia alle condizioni previste dalla legislazione di tale Stato membro per i propri cittadini, ai sensi dell'art. 43, comma 2, Ce.

44 Esse sostengono, in secondo luogo, che la causa principale ha l'obiettivo di consentire alla Laval di sottrarsi alla normativa svedese e che, per tale ragione, essa possiede, almeno in parte, un carattere artificioso. La Laval, la cui attività consisterebbe nel distaccare temporaneamente personale originario della Lettonia presso società che svolgono le proprie attività sul mercato

svedese, tenterebbe di sottrarsi a tutti gli obblighi derivanti dalle leggi e dai regolamenti svedesi in materia di contratti collettivi e cercherebbe, invocando le disposizioni del Trattato relative ai servizi e la Direttiva n. 96/71, di avvalersi indebitamente dei vantaggi offerti dal diritto comunitario.

45 Si deve in proposito ricordare che, nell'ambito di un procedimento ai sensi dell'art. 234 Ce, fondato su una netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale. Spetta allo stesso modo solo al giudice nazionale, che è investito della controversia e deve assumersi la responsabilità della decisione giurisdizionale da emanare, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (v., in particolare, sentenze 25 febbraio 2003, causa C-326/00, IKA, in *Racc.*, p. I-1703, punto 27; 12 aprile 2005, causa C-145/03, Keller, in *Racc.*, p. I-2529, punto 33, e 22 giugno 2006, causa C-419/04, Conseil général de la Vienne, in *Racc.*, p. I-5645, punto 19).

46 Tuttavia, la Corte ha anche affermato che, in circostanze eccezionali, essa può esaminare le condizioni in cui viene adita dal giudice nazionale, al fine di verificare la propria competenza (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia, in *Racc.*, p. 3045, punto 21). La Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con la realtà o con l'oggetto della causa principale, qualora il problema sia di natura ipotetica o nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (v., in particolare, sentenze 13 marzo 2001, causa C-379/98, PreussenElektra, in *Racc.*, p. I-2099, punto 39; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satélite Digital, in *Racc.*, p. I-607, punto 19, e Conseil général de la Vienne, cit., punto 20).

47 Occorre inoltre ricordare che spetta alla Corte, nell'ambito della ripartizione delle competenze tra i giudici comunitari e i giudici nazionali, considerare il contesto fattuale e normativo nel quale si inseriscono le questioni pregiudiziali, come definito dalla decisione di rinvio (v., in particolare, sentenze 25 ottobre 2001, causa C-475/99, Ambulanz Glöckner, in *Racc.*, p. I-8089, punto 10; 2 giugno 2005, causa C-136/03, Dörr e Ünal, in *Racc.*, p. I-4759, punto 46, e Conseil général de la Vienne, cit., punto 24).

48 In questo caso, come ha osservato l'Avvocato Generale al paragrafo 97 delle conclusioni, il giudice del rinvio chiede, con le sue questioni, l'inter-

prestazione degli artt. 12 Ce e 49 Ce, nonché delle disposizioni della Direttiva n. 96/71 sul distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. Risulta dalla decisione di rinvio che tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia che contrappone la Laval alla Byggnads, alla Byggettan e alla Elektrikerna relativamente alle azioni collettive intraprese da queste ultime in seguito al rifiuto della Laval di sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia, che la controversia riguarda le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori lettoni distaccati dalla Laval in un cantiere situato in Svezia e realizzato da un'impresa appartenente al gruppo Laval e che, in seguito alle azioni collettive e all'interruzione dell'esecuzione dei lavori, i lavoratori distaccati sono ritornati in Lettonia.

49 Risulta pertanto che le questioni poste hanno un legame con l'oggetto della causa principale, come definito dal giudice del rinvio, e che il contesto di fatto in cui le stesse si inseriscono non consente di considerare la controversia di natura artificiosa.

50 Di conseguenza, la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

#### *Sulla prima questione*

51 Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede se il fatto che talune organizzazioni sindacali tentino, con un'azione collettiva in forma di blocco, di indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere, nello Stato membro ospitante, un contratto collettivo relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione, come il contratto collettivo dell'edilizia, sia compatibile con le norme del Trattato Ce sulla libera prestazione dei servizi e sul divieto di ogni discriminazione in base alla nazionalità, oltre che con la Direttiva n. 96/71, dal momento che la situazione in tale Stato membro è caratterizzata dal fatto che la normativa che ha trasposto la Direttiva in questione non contiene alcuna disposizione esplicita relativa all'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione previste dai contratti collettivi.

52 Risulta dalla decisione di rinvio che l'azione collettiva intrapresa dalla Byggnads e dalla Byggettan è stata originata sia dal rifiuto, da parte della Laval, di garantire ai propri lavoratori distaccati in Svezia la retribuzione oraria richiesta da tali organizzazioni sindacali, laddove lo Stato membro interessato non prevede minimi salariali, sia dalla decisione di detta impresa di non sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia, del quale alcune clausole stabiliscono, per talune delle materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. a-g, della Direttiva n. 96/71, condizioni più favorevoli di quelle previste dalle disposizioni legislative in materia, mentre altre clausole si riferiscono ad aspetti non previsti da detto articolo.

53 Occorre pertanto ritenere che, con la prima questione, il giudice del rinvio chieda in sostanza se gli artt. 12 Ce e 49 Ce, nonché la Direttiva n.

96/71, debbano essere interpretati nel senso che gli stessi ostano a che, in uno Stato membro nel quale le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. a-g, di tale Direttiva sono contenute in disposizioni legislative, a eccezione dei minimi salariali, un'organizzazione sindacale possa tentare di indurre, con un'azione collettiva in forma di blocco dei cantieri come quella di cui alla causa principale, un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da riconoscere ai lavoratori distaccati, nonché a sottoscrivere un contratto collettivo del quale alcune clausole prevedono, per talune delle materie indicate, condizioni più favorevoli di quelle contenute nelle disposizioni legislative vigenti, mentre altre clausole si riferiscono ad aspetti non previsti nell'art. 3 della Direttiva in questione.

*Le disposizioni comunitarie applicabili*

54 Al fine di determinare le disposizioni del diritto comunitario applicabili a una vicenda come quella di cui alla causa principale, occorre ricordare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'art. 12 Ce, che sancisce il principio generale del divieto di discriminazione in base alla nazionalità, tende ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto comunitario per le quali il Trattato non stabilisce norme specifiche di non discriminazione (v. sentenze 26 novembre 2002, causa C-100/01, Oteiza Olazabal, in *Racc.*, p. I-10981, punto 25, e 29 aprile 2004, causa C-387/01, Weigel, in *Racc.*, p. I-4981, punto 57).

55 Per quanto riguarda la libera prestazione dei servizi, tale principio è stato attuato e realizzato dall'art. 49 Ce (sentenze 16 settembre 1999, causa C-22/98, Becu e a., in *Racc.*, p. I-5665, punto 32, e 28 ottobre 1999, causa C-55/98, Vestergaard, in *Racc.*, p. I-7641, punto 17). Non è dunque necessario, per la Corte, pronunciarsi in relazione all'art. 12 Ce.

56 Per quanto riguarda il distacco temporaneo di lavoratori in un altro Stato membro per effettuarvi lavori di costruzione o lavori pubblici nell'ambito di una prestazione di servizi erogata dal loro datore di lavoro, risulta dalla giurisprudenza della Corte che gli artt. 49 Ce e 50 Ce ostano a che uno Stato membro vieti a un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro di spostarsi liberamente nel suo territorio con tutto il suo personale, oppure a che detto Stato membro sottoponga lo spostamento del personale di cui trattasi a condizioni più restrittive. Invero, il fatto d'imporre tali condizioni al prestatore di servizi di un altro Stato membro discrimina questo prestatore rispetto ai suoi concorrenti stabiliti nel paese ospitante che possono avvalersi liberamente del proprio personale, e pregiudica per giunta la capacità dello stesso di fornire la prestazione (sentenza 27 marzo 1990, causa C-113/89, Rush Portuguesa, in *Racc.*, p. I-1417, punto 12).

57 Per contro, il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano le loro leggi o i contratti collettivi di lavoro conclusi dalle parti sociali, in materia di minimi salariali, a qualsiasi persona che svolga attività lavorativa subordinata, anche a carattere temporaneo, nel loro territorio, quale che sia il paese in cui è stabilito il datore di lavoro (v., in particolare, sentenze 3 febbraio 1982, cause riunite 62/81 e 63/81, *Seco e Desquenue & Giral*, in *Racc.*, p. 223, punto 14, e 24 gennaio 2002, causa C-164/99, *Portugaia Construções*, in *Racc.*, p. I-787, punto 21). Tuttavia, l'applicazione di tali norme deve essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, vale a dire la protezione dei lavoratori distaccati, e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento (v. in tal senso, in particolare, sentenze 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade e a.*, in *Racc.*, p. I-8453, punto 35, e 14 aprile 2005, causa C-341/02, *Commissione/Germania*, in *Racc.*, p. I-2733, punto 24).

58 In tale contesto, il legislatore comunitario ha adottato la Direttiva n. 96/71 al fine, come risulta dal sesto «Considerando» della stessa, di prevedere, nell'interesse dei datori di lavoro e del loro personale, le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al rapporto di lavoro nel caso in cui un'impresa stabilita in un certo Stato membro distacchi temporaneamente lavoratori sul territorio di un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi.

59 Risulta dal tredicesimo «Considerando» della Direttiva n. 96/71 che le legislazioni degli Stati membri devono essere coordinate per definire un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima cui deve attenersi nello Stato ospitante il datore di lavoro che distacca dipendenti.

60 Tuttavia, la Direttiva n. 96/71 non ha armonizzato il contenuto sostanziale di tali norme vincolanti di protezione minima. Detto contenuto può quindi essere liberamente definito dagli Stati membri, nel rispetto del Trattato e dei principi generali del diritto comunitario (sentenza 18 luglio 2007, causa C-490/04, *Commissione/Germania*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 19).

61 Di conseguenza, dal momento che i fatti della causa principale, come descritti nella decisione di rinvio, si sono svolti nel corso dell'anno 2004, cioè dopo la scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre la Direttiva n. 96/71, termine scaduto il 16 dicembre 1999, e dal momento che tali fatti rientrano nell'ambito applicativo della Direttiva in parola, la prima questione deve essere esaminata sulla base delle disposizioni della Direttiva interpretate alla luce dell'art. 49 Ce (sentenza 12 ottobre 2004, causa C-60/03, *Wolff & Müller*, in *Racc.*, p. I-9553, punti 25-27 e 45), nonché, se del caso, sulla base di quest'ultima disposizione.

*Le possibilità a disposizione degli Stati membri per determinare le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori distaccati, ivi compresi i minimi salariali*

62 Nell'ambito della procedura di collaborazione fra i giudici nazionali e la Corte istituita dall'art. 234 Ce, e allo scopo di fornire al giudice nazionale una soluzione utile che gli consenta di dirimere la controversia di cui è investito (v. sentenze 17 luglio 1997, causa C-334/95, Krüger, in *Racc.*, p. I-4517, punto 22; 28 novembre 2000, causa C-88/99, Roquette Frères, in *Racc.*, p. I-10465, punto 18, e 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, Air Liquide Industries Belgium, in *Racc.*, p. I-5293, punto 23), è necessario esaminare le possibilità di cui dispongono gli Stati membri per determinare le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. a-g, della Direttiva n. 96/71, ivi compresi i minimi salariali, che le imprese devono garantire ai lavoratori che esse distaccano nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale.

63 Risulta infatti sia dalla decisione di rinvio che dalle osservazioni presentate nell'ambito del presente procedimento che, da un lato, per quanto riguarda la determinazione delle condizioni di occupazione dei lavoratori distaccati relativamente a tali materie, i minimi salariali costituiscono la sola condizione di occupazione la cui determinazione, in Svezia, non segue una delle vie previste dalla Direttiva n. 96/71 e che, dall'altro lato, l'obbligo imposto alla Laval di trattare con le organizzazioni sindacali per conoscere le retribuzioni da pagare ai suoi lavoratori, nonché quello di sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia, sono alla base della causa principale.

64 Ai sensi dell'art. 3, n. 1, comma 1, primo e secondo trattino, della Direttiva n. 96/71, le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui alle lett. a-g di tale disposizione sono fissate, nel caso di prestazione di servizi transnazionale nel settore edilizio, vuoi da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, vuoi da contratti collettivi o da decisioni arbitrali dichiarati di applicazione generale. I contratti collettivi e le decisioni arbitrali ai sensi di tale disposizione sono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese appartenenti all'ambito di applicazione territoriale e alla categoria professionale o industriale interessate.

65 L'art. 3, n. 8, comma 2, della Direttiva n. 96/71 dà inoltre agli Stati membri la possibilità, in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi o delle decisioni arbitrali, di avvalersi di quelli in genere applicabili a tutte le imprese simili appartenenti al settore interessato o di quelli conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale.

66 Risulta dal testo di detta disposizione che il ricorso a questa possibilità richiede, da un lato, che lo Stato membro decida in tal senso e, dall'altro, che l'applicazione dei contratti collettivi alle imprese che distaccano lavoratori assicurati a queste ultime, quanto alle materie elencate all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. *a-g*, della Direttiva n. 96/71, la parità di trattamento rispetto alle imprese nazionali appartenenti alla categoria professionale o industriale interessate che si trovano in una situazione analoga. Si ha parità di trattamento, ai sensi dell'art. 3, n. 8, della Direttiva, quando queste ultime imprese sono soggette ai medesimi obblighi, per quanto riguarda le citate materie, previsti per le imprese che effettuano il distacco, e quando le une e le altre imprese sono soggette ai predetti obblighi con i medesimi effetti.

67 È pacifico che, in Svezia, le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. *a-g*, della Direttiva n. 96/71, a eccezione dei minimi salariali, sono state determinate da disposizioni legislative. È altresì pacifico che i contratti collettivi non sono dichiarati di applicazione generale, e che tale Stato membro non ha utilizzato la possibilità prevista dall'art. 3, n. 8, comma 2, della Direttiva.

68 Si deve osservare in proposito che, poiché la Direttiva n. 96/71 non è diretta all'armonizzazione dei sistemi per la determinazione delle condizioni di lavoro e di occupazione negli Stati membri, questi ultimi rimangono liberi di scegliere, a livello nazionale, un sistema non espressamente indicato fra quelli previsti dalla citata Direttiva, purché lo stesso non ostacoli la prestazione dei servizi tra gli Stati membri.

69 Risulta dagli atti di causa che, in Svezia, le autorità nazionali hanno affidato alle parti sociali il compito di determinare, mediante trattativa collettiva, le retribuzioni che le imprese nazionali devono pagare ai loro dipendenti e che, per quanto riguarda le imprese edili, tale sistema richiede una trattativa caso per caso, sul luogo di lavoro, tenendo conto della qualifica e delle mansioni dei dipendenti interessati.

70 Per quanto riguarda gli obblighi salariali che possono essere imposti ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri, si deve ricordare che l'art. 3, n. 1, comma 1, lett. *c*, della Direttiva n. 96/71, riguarda solo i minimi salariali. Tale disposizione non può pertanto essere invocata per giustificare un obbligo, a carico dei detti prestatori di servizi stranieri, di riconoscere retribuzioni come quelle che, nel presente caso, pretendono di imporre le organizzazioni sindacali convenute nella causa principale nell'ambito del sistema svedese, che non sono retribuzioni minime e non sono del resto determinate secondo le modalità previste in proposito dall'art. 3, nn. 1 e 8, della Direttiva.

71 Si deve di conseguenza affermare, a questo punto, che uno Stato membro nel quale i minimi salariali non sono determinati in uno dei mo-

di previsti dall'art. 3, nn. 1 e 8, della Direttiva n. 96/71 non ha il diritto di imporre, sulla base di tale Direttiva, alle imprese stabilite in altri Stati membri, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, una trattativa caso per caso, sul luogo di lavoro, tenendo conto della qualifica e delle mansioni dei dipendenti, per poter conoscere la retribuzione che esse dovranno pagare ai loro dipendenti distaccati.

72 Sarà ancora necessario valutare, nel prosieguo della presente sentenza, gli obblighi derivanti per le imprese stabilite in un altro Stato membro da un simile sistema di determinazione delle retribuzioni alla luce dell'art. 49 Ce.

*Le materie a cui possono riferirsi le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori distaccati*

73 Al fine di garantire il rispetto di un nucleo di norme imperative di protezione minima, l'art. 3, n. 1, comma 1, della Direttiva n. 96/71 dispone che gli Stati membri provvedano affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale le imprese garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie indicate in tale disposizione, cioè i periodi massimi di lavoro e i periodi minimi di riposo; la durata minima delle ferie annuali retribuite; i minimi salariali, compresi quelli maggiorati per lavoro straordinario; le condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare da parte di imprese di lavoro temporaneo; la sicurezza, la salute e l'igiene sul lavoro; i provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti e puerpere, bambini e giovani, e la parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.

74 Tale norma ha lo scopo, da un lato, di garantire una leale concorrenza tra le imprese nazionali e quelle che svolgono una prestazione di servizi transnazionale, imponendo a queste ultime di riconoscere ai loro dipendenti, in una limitata serie di materie, le condizioni di lavoro e di occupazione fissate nello Stato membro ospitante da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o da contratti collettivi o decisioni arbitrali ai sensi dell'art. 3, n. 8, della Direttiva n. 96/71, che costituiscono norme imperative di protezione minima.

75 Tale disposizione impedisce dunque che, applicando ai propri dipendenti, in tali materie, condizioni di lavoro e di occupazione vigenti nello Stato membro di origine, le imprese stabilite in altri Stati membri possano svolgere una concorrenza sleale nei confronti delle imprese dello Stato membro ospitante, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, qualora il livello di protezione sociale sia in quest'ultimo più elevato.

76 Dall'altro lato, la medesima disposizione ha lo scopo di garantire ai lavoratori distaccati l'applicazione delle norme di protezione minima dello Stato membro ospitante per quanto riguarda le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in questione nel periodo in cui gli stessi svolgono temporaneamente un'attività lavorativa sul territorio di tale Stato membro.

77 Il riconoscimento di tale protezione minima ha la conseguenza, qualora il livello di protezione derivante dalle condizioni di lavoro e di occupazione riconosciuto ai lavoratori distaccati nello Stato membro di origine, per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. *a-g*, della Direttiva n. 96/71, sia inferiore al livello di protezione minima riconosciuto nello Stato membro ospitante, di riconoscere a detti lavoratori migliori condizioni di lavoro e di occupazione in quest'ultimo Stato.

78 Tuttavia, risulta dal punto 19 della presente sentenza che, nella causa principale, talune clausole del contratto collettivo dell'edilizia si discostano, per alcune delle materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. *a-g*, della Direttiva n. 96/71, in particolare per ciò che riguarda gli orari di lavoro e le ferie annuali, dalle disposizioni legislative svedesi che fissano le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori distaccati, stabilendo condizioni più favorevoli.

79 È vero che l'art. 3, n. 7, della Direttiva n. 96/71 stabilisce che i nn. 1-6 dell'articolo stesso non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per i lavoratori. Risulta inoltre dal diciassettesimo «Considerando» della Direttiva che le norme imperative di protezione minima in vigore nello Stato ospitante non devono ostacolare l'applicazione di tali condizioni.

80 Resta tuttavia il fatto che l'art. 3, n. 7, della Direttiva n. 96/71 non può essere interpretato nel senso che esso consentirebbe allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima. Infatti, per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. *a-g*, la Direttiva n. 96/71 prevede esplicitamente il livello di protezione di cui lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei loro lavoratori distaccati sul suo territorio. Peraltro, tale interpretazione finirebbe per privare di effetto utile la Direttiva in esame.

81 Di conseguenza, e fatta salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante, in particolare nell'ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favo-

revoles, il livello di protezione che deve essere garantito ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato membro ospitante è limitato, in linea di principio, a quello previsto dall'art. 3, n. 1, comma 1, lett. *a-g*, della Direttiva n. 96/71, a meno che tali lavoratori non godano già, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro di origine, di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie previste da tale disposizione.

82 Si deve peraltro precisare che, ai sensi dell'art. 3, n. 10, primo trattino, della Direttiva n. 96/71, gli Stati membri possono imporre condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate specificamente al n. 1, comma 1, lett. *a-g*, del detto art. 3 della Direttiva, nel rispetto del Trattato e nei limiti in cui si tratti di disposizioni di ordine pubblico applicabili allo stesso modo alle imprese nazionali e a quelle di altri Stati membri.

83 Nella causa principale, talune clausole del contratto collettivo dell'edilizia riguardano materie non specificamente previste dall'art. 3, n. 1, comma 1, lett. *a-g*, della Direttiva n. 96/71. Risulta in proposito dal punto 20 della presente sentenza che la sottoscrizione di tale contratto collettivo comporta, per le imprese, l'accettazione di obblighi di natura pecuniaria come quelli che impongono loro di versare alla Byggettan un importo pari all'1,5% della massa salariale per il controllo svolto da tale organizzazione sindacale sulle retribuzioni, e alla società di assicurazioni Fora, da un lato, lo 0,8% della massa salariale a titolo di «addizionale speciale edilizia» e, dall'altro, il 5,9% di detta massa per il pagamento di svariati premi assicurativi.

84 È tuttavia pacifico che tali obblighi sono stati imposti senza che le autorità nazionali abbiano fatto ricorso all'art. 3, n. 10, della Direttiva n. 96/71. Le clausole controverse del contratto collettivo dell'edilizia sono infatti state determinate dalla trattativa fra le parti sociali, che non sono soggetti di diritto pubblico e che non possono avvalersi di tale disposizione per invocare ragioni di ordine pubblico al fine di dimostrare la conformità al diritto comunitario di un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale.

85 È ancora necessario valutare, alla luce dell'art. 49 Ce, l'azione collettiva intrapresa dalle organizzazioni sindacali convenute nella causa principale, sia nella parte in cui essa mira a indurre un prestatore stabilito in un altro Stato membro ad avviare trattative sulle retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati, sia nella parte in cui essa intende obbligare tale prestatore a sottoscrivere un contratto collettivo del quale alcune clausole stabiliscono, per talune delle materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. *a-g*, della Direttiva n. 96/71, condizioni più favorevoli di quelle derivanti dalle applicabili disposizioni legislative, laddove altre clausole riguardano materie non previste da tale disposizione.

*Sulla valutazione dell'azione collettiva in esame nella causa principale alla luce dell'art. 49 Ce*

86 Per quanto riguarda l'utilizzo dei mezzi di pressione di cui dispongono le organizzazioni sindacali per imporre la sottoscrizione di un contratto collettivo e una trattativa salariale, le convenute nella causa principale, nonché i governi danesi e svedese, sostengono che il diritto di intraprendere azioni collettive nell'ambito della trattativa con un datore di lavoro esula dall'ambito applicativo dell'art. 49 Ce, dal momento che, ai sensi dell'art. 137, n. 5, Ce, come modificato dal Trattato di Nizza, la Comunità non è competente a disciplinare tale diritto.

87 È sufficiente in proposito ricordare che, se è vero che, nei settori che non rientrano nella competenza comunitaria, gli Stati membri restano in linea di principio liberi di fissare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e le modalità di esercizio degli stessi, rimane tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, detti Stati sono comunque obbligati a rispettare il diritto comunitario (v., per analogia, nell'ambito della previdenza sociale, sentenze 28 aprile 1998, causa C-120/95, Decker, in *Racc.*, p. I-1831, punti 22 e 23, nonché causa C-158/96, Kohll, in *Racc.*, p. I-1931, punti 18 e 19; per quanto riguarda la fiscalità diretta, sentenze 4 marzo 2004, causa C-334/02, Commissione/Francia, in *Racc.*, p. I-2229, punto 21, e 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer, in *Racc.*, p. I-10837, punto 29).

88 Pertanto, il fatto che l'art. 137 Ce non si applichi né al diritto di sciopero né a quello di serrata non fa sì che un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale sia esclusa dal settore della libera prestazione dei servizi.

89 Secondo le osservazioni dei governi danese e svedese, il diritto di intraprendere un'azione collettiva costituirebbe un diritto fondamentale escluso, in quanto tale, dall'ambito applicativo dell'art. 49 Ce, nonché da quello della Direttiva n. 96/71.

90 Si deve in proposito osservare che il diritto di intraprendere un'azione collettiva è riconosciuto sia da svariati strumenti internazionali ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito, come la Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, peraltro esplicitamente ricordata all'art. 136 Ce, e la Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro n. 87 del 9 luglio 1948, relativa alla libertà sindacale e alla tutela del diritto sindacale, sia da strumenti elaborati dai citati Stati membri a livello comunitario o nell'ambito dell'Unione europea, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata in occasione della riunione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989, a sua volta ricordata all'art. 136 Ce, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, p. 1).

91 Benché, dunque, il diritto di intraprendere un'azione collettiva debba essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, esso è tutelato conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali.

92 Se è vero che, come ricorda il governo svedese, il diritto di intraprendere azioni collettive gode in Svezia, come in altri Stati membri, di una tutela costituzionale, resta però il fatto che, come risulta dal punto 10 della presente sentenza, secondo la Costituzione svedese tale diritto, che include in detto Stato membro quello di bloccare i cantieri, può essere esercitato purché non vi si oppongano disposizioni di una legge o di un contratto collettivo.

93 A tale proposito la Corte ha già affermato che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come la libera circolazione delle merci (v. sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, in *Racc.*, p. I-5659, punto 74) o la libera prestazione dei servizi (v. sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, Omega, in *Racc.*, p. I-9609, punto 35).

94 Come la Corte ha dichiarato nelle citate sentenze Schmidberger e Omega, l'esercizio dei diritti fondamentali in questione, cioè rispettivamente le libertà di espressione e di riunione e il rispetto della dignità umana, non esula dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato. Tale esercizio deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che essere conforme al principio di proporzionalità (v., in tal senso, citate sentenze Schmidberger, punto 77, e Omega, punto 36).

95 Deriva da quanto precede che il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva non è tale da sottrarre un'azione del genere, avviata nei confronti di un'impresa stabilita in un altro Stato membro, che distacca lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, all'ambito di applicazione del diritto comunitario.

96 Si deve dunque verificare se il fatto che talune organizzazioni sindacali di uno Stato membro possano intraprendere un'azione collettiva alle predette condizioni costituisca una restrizione alla libera prestazione dei servizi e, in caso affermativo, se la stessa possa essere giustificata.

97 Si deve in proposito ricordare che, nella parte in cui prevede l'eliminazione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi derivanti dal fatto che il prestatore sia stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui

deve essere fornita la prestazione, l'art. 49 Ce è divenuto direttamente applicabile negli ordinamenti giuridici degli Stati membri al termine del periodo transitorio e conferisce ai singoli diritti che gli stessi possono far valere in giudizio e che i giudici nazionali devono tutelare (v., in particolare, sentenze 3 dicembre 1974, causa 33/74, van Binsbergen, in *Racc.*, p. 1299, punto 26; 14 luglio 1976, causa 13/76, Donà, in *Racc.*, p. 1333, punto 20; 4 dicembre 1986, causa 206/84, Commissione/Irlanda, in *Racc.*, p. 3817, punto 16, e 11 gennaio 2007, causa C-208/05, ITC, in *Racc.*, p. I-181, punto 67).

98 Occorre altresì ricordare che il rispetto dell'art. 49 Ce si impone anche alle normative di natura non pubblica dirette a disciplinare collettivamente le prestazioni di servizi. Infatti, l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa se l'abolizione delle barriere stabilite da norme statali potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni o enti di natura non pubblicistica (v. sentenze 12 dicembre 1974, causa 36/74, Walrave e Koch, in *Racc.*, p. 1405, punti 17 e 18; 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman, in *Racc.*, p. I-4921, punti 83 e 84, e 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters e a., in *Racc.*, p. I-1577, punto 120).

99 Nella causa principale, si deve osservare che il diritto delle organizzazioni sindacali di uno Stato membro di intraprendere azioni collettive mediante le quali le imprese stabilite in altri Stati membri possono essere obbligate a sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia, del quale talune clausole si discostano dalle disposizioni legislative stabilendo condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. a-g, della Direttiva n. 96/71, mentre altre riguardano materie non previste da tale disposizione, è in grado di scoraggiare o rendere più difficile per tali imprese l'esecuzione di lavori di costruzione sul territorio svedese, e costituisce pertanto una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 Ce.

100 Lo stesso vale a maggior ragione per quanto riguarda il fatto che, al fine di conoscere la retribuzione minima da pagare ai propri lavoratori distaccati, tali imprese possono essere indotte, mediante azioni collettive, a una trattativa di durata indeterminata con le organizzazioni sindacali sul luogo di esecuzione della prestazione di servizi.

101 Risulta dalla giurisprudenza della Corte che, essendo la libera prestazione dei servizi un principio fondamentale della Comunità (v., in particolare, sentenze 4 dicembre 1986, causa 220/83, Commissione/Francia, in *Racc.*, p. 3663, punto 17, e causa 252/83, Commissione/Danimarca, in *Racc.*, p. 3713, punto 17), una restrizione a tale libertà può essere ammessa soltanto se essa persegue un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato ed è giustificata da ragioni imperative di interesse generale, pur-

ché, in tal caso, essa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di ciò che è necessario per raggiungerlo (v., in particolare, sentenze 5 giugno 1997, causa C-398/95, SETTG, in *Racc.*, p. I-3091, punto 21; 30 marzo 2006, causa C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, in *Racc.*, p. I-2941, punto 37, e 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, Cipolla e a., in *Racc.*, p. I-11421, punto 61).

102 Le organizzazioni sindacali convenute nella causa principale e il governo svedese sostengono che le restrizioni in esame sono giustificate in quanto necessarie per garantire la tutela di un diritto fondamentale riconosciuto dal diritto comunitario, e che le stesse hanno come obiettivo la protezione dei lavoratori, che sarebbe una ragione imperativa di interesse generale.

103 Occorre in proposito osservare che il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di *dumping* sociale può costituire una ragione imperativa di interesse generale, ai sensi della giurisprudenza della Corte, tale da giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato (v., in tal senso, sentenze *Arblade e a.*, cit., punto 36; 15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, in *Racc.*, p. I-2189, punto 27; 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte e a.*, in *Racc.*, p. I-7831, punto 33, e 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 77).

104 Si deve aggiungere che, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. *c* e *j*, Ce, l'azione della Comunità comporta non soltanto «un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali», ma anche «una politica nel settore sociale». L'art. 2 Ce afferma infatti che la Comunità ha il compito, in particolare, di promuovere «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche» e «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale».

105 Poiché dunque la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato Ce relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'art. 136 Ce, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale.

106 Nella causa principale la Byggnads e la Byggettan sostengono che l'obiettivo perseguito dal blocco intrapreso nei confronti della Laval era la protezione dei lavoratori.

107 Si deve in proposito osservare che, in linea di principio, un blocco intrapreso da un'organizzazione sindacale dello Stato membro ospitante per garantire ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale condizioni di lavoro e di occupazione di un certo livello rientra nell'obiettivo della protezione dei lavoratori.

108 Occorre tuttavia rilevare che, per quanto riguarda gli obblighi specifici connessi alla sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia che le organizzazioni sindacali tentano di imporre alle imprese stabilite in altri Stati membri con un'azione collettiva come quelle in esame nella causa principale, l'ostacolo che quest'ultima comporta non può essere giustificato alla luce di tale obiettivo. Infatti, oltre a quanto risulta dai punti 81-83 della presente sentenza, per quanto riguarda i lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, il datore di lavoro di questi ultimi è tenuto, grazie al coordinamento realizzato dalla Direttiva n. 96/71, a rispettare un nucleo di norme imperative di protezione minima nello Stato membro ospitante.

109 Per quanto riguarda infine la trattativa salariale che le organizzazioni sindacali pretendono di imporre, con un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale, alle imprese stabilite in un altro Stato membro che distaccano temporaneamente lavoratori sul territorio dello Stato membro ospitante, si deve evidenziare che effettivamente il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di imporre a tali imprese il rispetto delle loro norme in materia di minimi salariali, utilizzando i mezzi appropriati (v. citate sentenze *Seco* e *Desquenne & Giral*, punto 14; *Rush Portuguesa*, punto 18, e *Arblade e a.*, punto 41).

110 Tuttavia, azioni collettive come quelle in esame nella causa principale non possono essere giustificate alla luce dell'obiettivo di interesse generale ricordato al punto 102 della presente sentenza qualora la trattativa salariale che esse mirano a imporre a un'impresa stabilita in un altro Stato membro si inserisca in un contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni, di qualsivoglia natura, sufficientemente precise e accessibili da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte di tale impresa, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali (v., in tal senso, sentenza *Arblade e a.*, cit., punto 43).

111 Sulla base di quanto precede, la prima questione va risolta dichiarando che gli artt. 49 Ce e 3 della Direttiva n. 96/71 devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che, in uno Stato membro in cui le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1,

comma 1, lett. *a-g*, della stessa Direttiva sono contenute in norme legislative, a eccezione dei minimi salariali, un'organizzazione sindacale possa, mediante un'azione collettiva sotto forma di blocco dei cantieri come quella in esame nella causa principale, tentare di indurre un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati, nonché a sottoscrivere un contratto collettivo del quale talune clausole stabiliscono, per alcune di tali materie, condizioni più favorevoli di quelle che derivano dalle disposizioni legislative vigenti, mentre altre clausole riguardano materie non previste dall'art. 3 della Direttiva.

*Sulla seconda questione*

112 Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 49 Ce e 50 Ce ostino a che, in uno Stato membro, il divieto imposto alle organizzazioni sindacali di intraprendere un'azione collettiva allo scopo di abrogare o modificare un contratto collettivo concluso da parte di terzi sia subordinato al fatto che l'azione riguardi condizioni di lavoro e di occupazione alle quali si applica direttamente la legge nazionale, il che comporta, per un'impresa che distacca lavoratori in tale Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi e che è vincolata da un contratto collettivo regolato dal diritto di un altro Stato membro, l'impossibilità di far valere detto divieto nei confronti di tali organizzazioni.

113 Tale questione riguarda l'applicazione delle disposizioni della Mbl che hanno introdotto un sistema di lotta contro il *dumping* sociale ai sensi del quale il prestatore di servizi non ha il diritto di pretendere, nello Stato membro in cui svolge la propria prestazione, che siano in qualche modo tenuti in conto gli obblighi derivanti dai contratti collettivi ai quali esso è già soggetto nello Stato membro in cui è stabilito. La conseguenza di tale sistema è che le azioni collettive sono autorizzate nei confronti delle imprese vincolate da un contratto collettivo soggetto alla legge di un altro Stato membro così come lo sono nei confronti di quelle che non sono vincolate da alcun contratto collettivo.

114 Secondo una costante giurisprudenza, la libera prestazione dei servizi implica, in particolare, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore in ragione della sua nazionalità o del fatto che il prestatore sia stabilito in uno Stato membro diverso da quello nel quale la prestazione deve essere fornita (v., in particolare, sentenze 26 febbraio 1991, causa C-154/89, Commissione/Francia, in *Racc.*, p. I-659, punto 12; causa C-180/89, Commissione/Italia, in *Racc.*, p. I-709, punto 15; causa C-198/89, Commissione/Grecia, in *Racc.*, p. I-727, punto 16, e 18 luglio 2007, Commissione/Germania, cit., punto 83).

115 Ai sensi di una giurisprudenza ugualmente costante, una discriminazione può consistere solo nell'applicazione di norme diverse a situazioni analoghe, ovvero nell'applicazione della stessa norma a situazioni diverse (v., in particolare, sentenze 14 febbraio 1995, causa C-279/93, Schumacker, in *Racc.*, p. I-225, punto 30; 22 marzo 2007, causa C-383/05, Talotta, in *Racc.*, p. I-2555, punto 18, e 18 luglio 2007, causa C-182/06, Lakebrink e Peters-Lakebrink, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 27).

116 Si deve in proposito rilevare che una disciplina nazionale come quella in esame nella causa principale, la quale non tenga conto, indipendentemente dal loro contenuto, dei contratti collettivi ai quali le imprese che distaccano lavoratori in Svezia sono già vincolate nello Stato membro in cui sono stabilite, crea una discriminazione nei confronti di tali imprese, applicando loro il medesimo trattamento riservato alle imprese nazionali che non hanno concluso un contratto collettivo.

117 Ebbene, risulta dall'art. 46 Ce, che deve essere interpretato restrittivamente, che norme discriminatorie possono essere giustificate soltanto da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (v. sentenza 18 luglio 2007, Commissione/Germania, cit., punto 86).

118 Risulta in proposito dalla decisione di rinvio che l'applicazione di tale disciplina alle imprese stabilite in altri Stati membri vincolate da contratti collettivi ai quali non è direttamente applicabile la legge svedese ha lo scopo, da un lato, di consentire alle organizzazioni sindacali di agire affinché tutti i datori di lavoro presenti sul mercato del lavoro svedese applichino retribuzioni e altre condizioni di occupazione corrispondenti a quelle normalmente riconosciute in Svezia e, dall'altro lato, di creare le condizioni di una concorrenza leale, a parità di condizioni, tra datori di lavoro svedesi e imprenditori provenienti da altri Stati membri.

119 Poiché nessuna delle considerazioni indicate al punto precedente è riconducibile a ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, ai sensi dell'art. 46 Ce, applicato in combinato disposto con l'art. 55 Ce, si deve rilevare che una discriminazione come quella in esame nella causa principale non può essere giustificata.

120 Sulla base di quanto precede, la seconda questione deve essere risolta dichiarando che gli artt. 49 Ce e 50 Ce ostano a che, in uno Stato membro, il divieto imposto alle organizzazioni sindacali di intraprendere un'azione collettiva allo scopo di abrogare o modificare un contratto collettivo concluso da parte di terzi sia subordinato al fatto che l'azione riguardi condizioni di lavoro e di occupazione alle quali si applica direttamente la legge nazionale.

*Sulle spese*

121 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per Questi Motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) *Gli artt. 49 Ce e 3 della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/Ce, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che, in uno Stato membro in cui le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. a-g, della stessa Direttiva sono contenute in norme legislative, a eccezione dei minimi salariali, un'organizzazione sindacale possa, mediante un'azione collettiva sotto forma di blocco dei cantieri come quella in esame nella causa principale, tentare di indurre un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati, nonché a sottoscrivere un contratto collettivo del quale talune clausole stabiliscono, per alcune di tali materie, condizioni più favorevoli di quelle che derivano dalle disposizioni legislative vigenti, mentre altre clausole riguardano materie non previste dall'art. 3 della medesima Direttiva.*

2) *Gli artt. 49 Ce e 50 Ce ostano a che, in uno Stato membro, il divieto imposto alle organizzazioni sindacali di intraprendere un'azione collettiva allo scopo di abrogare o modificare un contratto collettivo concluso da parte di terzi sia subordinato al fatto che l'azione riguardi condizioni di lavoro e di occupazione alle quali si applica direttamente la legge nazionale.*

*(Omissis)*

## II

*(Omissis)*

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione, da un lato, dell'art. 43 Ce e, dall'altro, del regolamento (Cee) del Consiglio 22 dicembre 1986, n. 4055, che applica il principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi tra Stati membri e tra Stati membri e paesi terzi (GU L 378, p. 1).

2. La domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la International Transport Workers' Federation (Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti; in prosieguo: la «Itf») e la Finnish Seamen's Union (Suomen Merimies-Unioni ry, Sindacato finlandese dei marittimi;

in prosieguo: la «Fsu»), da un lato, e la Viking Line ABP (in prosieguo: la «Viking») e la sua controllata OÜ Viking Line Eesti (in prosieguo: la «Viking Eesti»), dall'altro, in relazione a un'azione collettiva e alla minaccia di tale azione in grado di dissuadere la Viking dall'abbandonare la bandiera finlandese di una delle sue navi per registrare la stessa con la bandiera di un altro Stato membro.

#### *Contesto normativo*

##### *Normativa comunitaria*

3. L'art. 1, n. 1, del regolamento n. 4055/86 prevede quanto segue:

«La libera prestazione dei servizi di trasporto marittimo tra Stati membri e tra Stati membri e paesi terzi è applicabile ai cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro diverso da quello del destinatario dei servizi».

##### *Normativa nazionale*

4. Risulta dalla decisione di rinvio che l'art. 13 della Costituzione finlandese, che riconosce a chiunque il diritto di costituire organizzazioni nell'ambito di una professione, nonché la libertà di organizzarsi per la tutela di altri interessi, è stato interpretato nel senso che esso consente ai sindacati di intraprendere azioni collettive nei confronti di società per la tutela degli interessi dei lavoratori.

5. Tuttavia, in Finlandia il diritto di sciopero è soggetto a talune limitazioni. In tal senso, secondo la giurisprudenza della Corte suprema di tale Stato, esso non può essere esercitato, in particolare, nel caso di sciopero contrario al buon costume o vietato dal diritto nazionale o dal diritto comunitario.

##### *Causa principale e questioni pregiudiziali*

6. La Viking, società di diritto finlandese, è un importante operatore di traghetti. Essa gestisce sette navi, tra le quali il Rosella, che garantisce, battendo bandiera finlandese, il collegamento marittimo tra Tallin (Estonia) e Helsinki (Finlandia).

7. La Fsu è un sindacato finlandese di marittimi che conta circa 10 000 membri. I componenti dell'equipaggio del Rosella sono iscritti a tale sindacato. La Fsu è affiliata alla Itf, una federazione internazionale di sindacati dei lavoratori del settore dei trasporti, la cui sede si trova a Londra (Regno Unito). La Itf raggruppa 600 sindacati, aventi sede in 140 Stati diversi.

8. Risulta dalla decisione di rinvio che una delle principali politiche perseguite dalla Itf è la sua campagna di lotta contro le bandiere di convenienza. Gli obiettivi principali di tale politica sono, da un lato, la fissazione di un legame sostanziale tra la bandiera di una nave e la nazionalità del suo pro-

prietario nonché, dall'altro lato, la tutela e il miglioramento delle condizioni di lavoro degli equipaggi delle navi battenti una bandiera di convenienza. La Itf ritiene che una nave sia registrata con una bandiera di convenienza qualora la proprietà effettiva e il controllo della nave si collochino in uno Stato diverso da quello della bandiera con la quale la nave è stata immatricolata. Soltanto i sindacati dello Stato in cui si trova il proprietario effettivo di una nave hanno, secondo la politica della Itf, il diritto di concludere contratti collettivi relativi a tale nave. La campagna di lotta contro le bandiere di convenienza si concretizza in boicottaggi e altre azioni di solidarietà tra lavoratori.

9. Finché il Rosella batte bandiera finlandese, la Viking è tenuta, ai sensi del diritto finlandese e del vigente contratto collettivo di lavoro, a pagare all'equipaggio retribuzioni di livello identico a quelle riconosciute in Finlandia. Ebbene, le retribuzioni pagate agli equipaggi estoni sono invece inferiori a quelle di cui godono gli equipaggi finlandesi. Il Rosella ha operato in perdita, a causa della concorrenza diretta delle navi estoni in grado di assicurare il medesimo collegamento con costi salariali inferiori. Anziché cedere la nave, la Viking ha progettato, nel mese di ottobre del 2003, di cambiarne la bandiera, registrandola in Estonia o in Norvegia, così da poter concludere un nuovo contratto collettivo con un sindacato avente sede in uno dei due Stati in questione.

10. Ai sensi del diritto finlandese, la Viking ha comunicato il progetto alla Fsu e all'equipaggio del Rosella. In occasione di taluni incontri tra le parti, la Fsu ha chiaramente manifestato la propria opposizione al progetto.

11. Il 4 novembre 2003 la Fsu ha inviato alla Itf un messaggio elettronico per informarla del progetto di cambiamento di bandiera del Rosella. Il messaggio indicava inoltre che «la proprietà effettiva del Rosella si trova in Finlandia, conservando dunque la Fsu il diritto di contrattare con la Viking». La Fsu ha chiesto alla Itf di comunicare tali informazioni a tutti i sindacati affiliati, invitandoli a non trattare con la Viking.

12. Il 6 novembre 2003 la Itf ha inviato una circolare (in prosieguo: la «Circolare Itf») ai propri affiliati, ordinando loro di non avviare trattative con la Viking o con la Viking Eesti; era presumibile che i sindacati affiliati si sarebbero conformati a tale raccomandazione a causa del principio di solidarietà tra sindacati e del rischio che venga loro inflitta una sanzione nel caso di inosservanza della citata circolare.

13. L'accordo relativo all'equipaggio del Rosella è scaduto il 17 novembre 2003, così che la Fsu, a partire da tale data, non era più soggetta all'obbligo di pace sociale imposto dal diritto finlandese. Essa ha pertanto annunciato uno sciopero, chiedendo alla Viking, da un lato, di incrementare l'equipaggio del Rosella di otto persone e, dall'altro, di rinunciare al suo progetto di cambiamento di bandiera della nave.

14. La Viking ha concesso gli otto membri supplementari di equipaggio, rifiutandosi però di rinunciare al suo progetto.

15. La Fsu, non essendo però disposta ad acconsentire al rinnovo dell'accordo relativo all'equipaggio, con lettera del 18 novembre 2003 ha affermato che avrebbe accettato tale rinnovo solo alla duplice condizione che, da un lato, la Viking si impegnasse, indipendentemente da un eventuale cambiamento di bandiera del Rosella, a continuare a rispettare il diritto finlandese, il contratto collettivo di lavoro vigente, l'accordo generale nonché quello relativo all'equipaggio imbarcato sulla nave e che, dall'altro lato, l'eventuale cambiamento di bandiera non comportasse licenziamenti di dipendenti impiegati a bordo di una delle navi battenti bandiera finlandese di proprietà di tale compagnia né modifiche, senza l'accordo di dipendenti, delle condizioni di lavoro. In una serie di comunicati stampa, la Fsu ha giustificato la propria posizione con la necessità di tutelare i posti di lavoro finlandesi.

16. Il 17 novembre 2003 la Viking si è rivolta al giudice del lavoro (Finlandia) per far dichiarare che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Fsu, l'accordo relativo all'equipaggio continuava a vincolare le parti. Fondandosi sulla propria tesi secondo cui tale accordo era giunto a scadenza, la Fsu ha annunciato, ai sensi della legge finlandese sulla mediazione nei conflitti sociali, la propria intenzione di avviare, in data 2 dicembre 2003, uno sciopero relativo al Rosella.

17. Il 24 novembre 2003 la Viking ha appreso dell'esistenza della Circolare If. Il giorno seguente essa ha proposto un ricorso dinanzi al Tribunale di primo grado di Helsinki (Finlandia) al fine di far vietare lo sciopero annunciato dalla Fsu. Il giudice del lavoro ha aggiornato il procedimento al 2 dicembre 2003.

18. Secondo il giudice del rinvio, la Fsu era pienamente consapevole del fatto che la sua rivendicazione principale, in base alla quale, in caso di cambiamento di bandiera, l'equipaggio doveva continuare a essere impiegato alle condizioni previste dal diritto finlandese e dal contratto collettivo vigente, vanificava il cambiamento di bandiera, poiché questo aveva l'obiettivo essenziale di consentire alla Viking di ridurre i suoi costi salariali. Inoltre, la registrazione del Rosella con bandiera estone avrebbe avuto la conseguenza di impedire alla Viking, almeno per quanto riguarda il Rosella, di beneficiare degli aiuti di Stato concessi dal governo finlandese alle navi battenti la sua bandiera.

19. Nell'ambito di una procedura di conciliazione la Viking si è impegnata, in un primo tempo, a far sì che il cambiamento di bandiera non comportasse alcun licenziamento. Avendo tuttavia la Fsu rifiutato di rinunciare allo sciopero, il 2 dicembre 2003 la Viking ha posto termine alla controversia accettando le rivendicazioni di tale sindacato e abbandonando l'azione

giudiziaria. Essa si è peraltro impegnata a non avviare la procedura per il cambiamento di bandiera prima del 28 febbraio 2005.

20. Il 1° maggio 2004 la Repubblica di Estonia è entrata nell'Unione europea.

21. Continuando il Rosella a operare in perdita, la Viking ha mantenuto la propria intenzione di registrare tale nave con bandiera estone. Poiché la Circolare Itf è rimasta in vigore, non essendo mai stata revocata dalla Itf stessa, la richiesta inviata da quest'ultima ai sindacati affiliati relativamente al Rosella è rimasta operante.

22. Il 18 agosto 2004 la Viking ha proposto dinanzi alla *High Court of Justice* (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) (Regno Unito), un ricorso finalizzato a far accertare la contrarietà dell'azione della Itf e della Fsu all'art. 43 Ce, nonché a far ordinare la revoca della Circolare Itf e a far ingiungere alla Fsu di non ostacolare i diritti spettanti alla Viking ai sensi dell'ordinamento comunitario.

23. Con decisione 16 giugno 2005 detto giudice ha accolto la domanda della Viking, ritenendo che l'azione collettiva e le minacce di azione collettiva della Itf e della Fsu creassero restrizioni alla libertà di stabilimento contrastanti con l'art. 43 Ce e, in subordine, costituissero restrizioni illegittime alla libera circolazione dei lavoratori e alla libera prestazione dei servizi ai sensi degli artt. 39 Ce e 49 Ce.

24. Il 30 giugno 2005 la Itf e la Fsu hanno impugnato tale decisione dinanzi al giudice del rinvio. A sostegno del proprio ricorso esse hanno in particolare sostenuto che il diritto dei sindacati di avviare un'azione collettiva per tutelare posti di lavoro costituisce un diritto fondamentale riconosciuto dal Titolo XI del Trattato Ce, in particolare dall'art. 136 Ce, il cui comma 1 prevede che «[l]a Comunità e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, 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».

25. Il richiamo, nella disposizione citata, alla Carta sociale europea e alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori comporterebbe infatti un riferimento al diritto di sciopero riconosciuto da tali strumenti giuridici. I sindacati avrebbero dunque il diritto di intraprendere un'azione collettiva nei confronti di un datore di lavoro stabilito in uno Stato membro al fine di dissuaderlo dal trasferire tutta o parte della sua impresa in un altro Stato membro.

26. Si porrebbe dunque il problema di determinare se il Trattato intenda vietare un'azione sindacale nel caso in cui la stessa abbia lo scopo di impedire a un datore di lavoro di avvalersi, per ragioni economiche, della libertà di stabilimento. Ebbene, per analogia con quanto la Corte avrebbe dichiarato a proposito del Titolo VI del Trattato (sentenze 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany, in *Racc.*, p. I-5751; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, Pavlov e a., in *Racc.*, p. I-6451, e 21 settembre 2000, causa C-222/98, van der Woude, in *Racc.*, p. I-7111), il Titolo III del Trattato e gli articoli dello stesso relativi alla libera circolazione delle persone e dei servizi non sarebbero applicabili alle «autentiche attività sindacali».

27. In tale contesto, ritenendo che la soluzione della controversia a essa sottoposta dipenda dall'interpretazione del diritto comunitario, la *Court of Appeal* (England & Wales) (Civil Division) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

*«Ambito di applicazione delle disposizioni in materia di libera circolazione»*

1) Se, qualora un sindacato o un'associazione di sindacati intraprenda un'azione collettiva contro un'impresa privata al fine di indurre tale impresa a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro negoziato con un sindacato che ha sede in un particolare Stato membro, avente l'effetto di rendere inutile per tale impresa cambiare a una sua nave la bandiera, per assumere quella di un altro Stato membro, tale azione esuli dall'ambito di applicazione dell'art. 43 Ce e/o del regolamento n. 4055/86 a norma della politica sociale Ce, che include tra l'altro il Titolo XI del Trattato Ce e, in particolare, per analogia con la motivazione della Corte nella sentenza [...] Albany [cit.], punti 52-64.

*Effetto diretto orizzontale*

2) Se l'art. 43 Ce e/o il regolamento n. 4055/86 abbiano un effetto diretto orizzontale conferendo a un'impresa privata diritti invocabili nei confronti di un altro soggetto privato e, in particolare, di un sindacato o di un'associazione di sindacati in rapporto a un'azione collettiva da parte di tale sindacato o associazione di sindacati.

*Esistenza di restrizioni alla libera circolazione*

3) Se, qualora un sindacato o un'associazione di sindacati intraprenda un'azione collettiva contro un'impresa privata al fine di indurre tale impresa a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro negoziato con un sindacato che ha sede in un particolare Stato membro, avente l'effetto di rendere inutile per tale impresa cambiare a una sua nave la bandiera, per assumere quel-

la di un altro Stato membro, tale azione costituisca una restrizione ai fini dell'art. 43 Ce e/o del regolamento n. 4055/86.

4) Se la politica di un'associazione di sindacati, secondo la quale le navi devono battere la bandiera del paese in cui sono situati la proprietà effettiva e il controllo della nave, cosicché i sindacati nel paese della proprietà effettiva di una nave hanno il diritto di concludere contratti collettivi in rapporto a tale nave, costituisca una restrizione direttamente discriminatoria, indirettamente discriminatoria o non discriminatoria ai sensi dell'art. 43 Ce o del regolamento n. 4055/86.

5) Se, per stabilire se un'azione collettiva da parte di un sindacato o di un'associazione di sindacati sia una restrizione direttamente discriminatoria, indirettamente discriminatoria o non discriminatoria ai sensi dell'art. 43 Ce o del regolamento n. 4055/86, sia rilevante l'intenzione soggettiva del sindacato che intraprende l'azione o se il giudice nazionale debba risolvere la questione riferendosi unicamente agli effetti obiettivi dell'azione stessa.

#### *Stabilimento/Servizi*

6) Qualora una società madre sia stabilita nello Stato membro A e intenda porre in essere un atto di stabilimento facendo battere a una sua nave la bandiera dello Stato membro B per farla gestire in tale Stato da una società controllata al 100%, società che è soggetta alla direzione e al controllo della società madre,

a) se l'azione collettiva minacciata o attuale da parte di un sindacato o di un'associazione di sindacati, intesa a rendere inutile l'atto di cui sopra, possa costituire una restrizione al diritto di stabilimento della società madre ai sensi dell'art. 43 Ce, e

b) se, dopo il cambiamento di bandiera della nave, la controllata abbia il diritto di fondarsi sul regolamento n. 4055/86 per quanto riguarda la prestazione di servizi da parte sua dallo Stato membro B verso lo Stato membro A.

#### *Giustificazione*

##### *Discriminazione diretta*

7) Se un'azione collettiva da parte di un sindacato o di un'associazione di sindacati, qualora costituisca una restrizione direttamente discriminatoria ai sensi dell'art. 43 Ce o del regolamento n. 4055/86, possa in linea di principio essere giustificata sul fondamento dell'eccezione di ordine pubblico di cui all'art. 46 Ce:

a) perché intraprendere un'azione collettiva (compreso lo sciopero) è un diritto fondamentale tutelato dal diritto comunitario; e/o

b) per ragioni di tutela dei lavoratori.

*Politica della Itf: giustificazione oggettiva*

8) Se l'attuazione della politica di un'associazione secondo cui le navi devono battere la bandiera del paese in cui sono situati la proprietà effettiva e il controllo della nave, cosicché i sindacati del paese della proprietà effettiva di una nave hanno il diritto di concludere contratti collettivi di lavoro in rapporto a tale nave, rappresenti il giusto equilibrio tra il diritto sociale fondamentale a intraprendere un'azione collettiva, da un lato, e la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, dall'altro, e se sia obiettivamente giustificata, appropriata, proporzionata e conforme al principio del riconoscimento reciproco.

*Azioni della Fsu: giustificazione obiettiva*

9) Qualora:

– una società madre stabilita nello Stato membro A sia proprietaria di una nave battente bandiera dello Stato membro A e presti servizi di traghetto tra lo Stato membro A e lo Stato membro B usando tale nave;

– la società madre intenda far battere alla nave la bandiera dello Stato membro B per applicare condizioni di impiego inferiori a quelle dello Stato membro A;

– la società madre nello Stato membro A sia proprietaria al 100% di una controllata nello Stato membro B e la controllata sia soggetta alla sua direzione e al suo controllo;

– sia previsto che la controllata gestisca la nave una volta che questa batta la bandiera dello Stato membro B con un equipaggio assunto nello Stato membro B, coperto da un contratto collettivo di lavoro negoziato con un sindacato affiliato alla Itf nello Stato membro B;

– la nave debba restare nella proprietà effettiva della società madre e debba essere noleggiata a scafo nudo alla controllata;

– la nave debba continuare a prestare servizi di traghetto tra lo Stato membro A e lo Stato membro B a un ritmo giornaliero;

– un sindacato stabilito nello Stato membro A intraprenda un'azione collettiva allo scopo di indurre la società madre e/o la controllata a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro che applichi all'equipaggio della nave condizioni accettabili per il sindacato nello Stato membro A anche dopo il cambiamento di bandiera e che abbia l'effetto di rendere inutile per la società madre far battere alla nave la bandiera dello Stato membro B, se tale sciopero collettivo rappresenti il giusto equilibrio tra il diritto sociale fondamentale di intraprendere un'azione collettiva, da un lato, e la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, dall'altro, e se sia obiettivamente giustificato, appropriato, proporzionato e conforme al principio del riconoscimento reciproco.

10) Se sia in grado di produrre alcuna differenza rispetto alla soluzione della questione n. 9 la circostanza che la società madre si sia impegnata dinanzi a un giudice, per suo conto e per conto di tutte le società del medesimo gruppo, nel senso che le stesse non potranno fine, per effetto del cambiamento di bandiera, al rapporto di lavoro di alcuna persona da esse occupata (impegno che non richiedeva il rinnovo di contratti dei lavoro di breve durata e non impediva il reimpiego di qualsiasi dipendente a condizioni equivalenti)».

### *Sulle questioni pregiudiziali*

#### *Osservazioni preliminari*

Si deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito della collaborazione tra la Corte e i giudici nazionali istituita dall'art. 234 Ce spetta esclusivamente al giudice nazionale, al quale è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità della decisione giurisdizionale da emanare, valutare, alla luce delle particolari circostanze della fattispecie, sia la necessità di una decisione pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Tuttavia, la Corte ha ritenuto di non poter statuire su una questione sollevata da un giudice nazionale se appare in modo manifesto, in particolare, che l'interpretazione del diritto comunitario chiesta da tale giudice non ha alcuna relazione con la realtà o con l'oggetto della causa principale, oppure se il problema è di natura ipotetica (v. sentenze 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, in *Racc.*, p. I-4921, punti 59 e 61, nonché 25 ottobre 2005, causa C-350/03, *Schulte*, in *Racc.*, p. I-9215, punto 43).

Nella fattispecie, la domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione, da un lato, delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento e, dall'altro, del regolamento n. 4055/86, che applica il principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi.

Si deve tuttavia osservare che, dal momento che la questione relativa alla libera prestazione dei servizi può porsi solo successivamente al cambiamento di bandiera del *Rosella* prospettato dalla *Viking*, e dal momento che, all'epoca in cui le questioni pregiudiziali sono state sottoposte alla Corte, tale cambiamento non era ancora avvenuto, la domanda di pronuncia pregiudiziale ha carattere ipotetico ed è quindi irricevibile nella parte in cui riguarda l'interpretazione del regolamento n. 4055/86.

Alla luce di quanto sopra, le questioni poste dal giudice del rinvio devono essere risolte solo nella parte relativa all'interpretazione dell'art. 43 Ce.

#### *Sulla prima questione*

Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 43 Ce debba essere interpretato nel senso che esula dal suo ambito di appli-

cazione un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia in grado di dissuadere la stessa dall'avvalersi della libertà di stabilimento.

Si deve in proposito ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, gli artt. 39 Ce, 43 Ce e 49 Ce non disciplinano soltanto gli atti delle autorità pubbliche, ma si applicano anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi (v. sentenze 12 dicembre 1974, causa 36/74, Walrave e Koch, in *Racc.*, p. 1405, punto 17; 14 luglio 1976, causa 13/76, Donà, in *Racc.*, p. 1333, punto 17; Bosman, cit., punto 82; 11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, Deliège, in *Racc.*, p. I-2549, punto 47; 6 giugno 2000, causa C-281/98, Angonese, in *Racc.*, p. I-4139, punto 31, e 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters e a., in *Racc.*, p. I-1577, punto 120).

Dal momento che le condizioni di lavoro nei vari Stati membri sono disciplinate sia mediante disposizioni legislative o regolamentari, sia mediante contratti collettivi e altri atti conclusi o adottati da soggetti privati, una limitazione dei divieti previsti da tali articoli agli atti delle autorità pubbliche rischierebbe di creare ineguaglianze nell'applicazione degli stessi (v., per analogia, citate sentenze Walrave e Koch, punto 19; Bosman, punto 84, e Angonese, punto 33).

Nella fattispecie, si deve rilevare, da un lato, che l'organizzazione di azioni collettive da parte dei sindacati dei lavoratori deve essere considerata come rientrante nell'autonomia giuridica di cui tali enti, che non sono di diritto pubblico, dispongono grazie alla libertà sindacale loro riconosciuta, in particolare, dal diritto nazionale.

D'altra parte, come rilevano la Fsu e la Itf, azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, le quali possono costituire l'ultima risorsa a disposizione delle organizzazioni sindacali per condurre a buon fine le proprie rivendicazioni volte a disciplinare collettivamente il lavoro dei dipendenti della Viking, devono essere considerate inscindibilmente connesse al contratto collettivo del quale la Fsu cerca di ottenere la sottoscrizione.

Ne consegue che azioni collettive come quelle indicate nella prima questione pregiudiziale sollevata dal giudice del rinvio rientrano, in linea di principio, nell'ambito applicativo dell'art. 43 Ce.

Questa conclusione non è rimessa in discussione dai vari argomenti dedotti dalla Fsu, dalla Itf e da taluni degli Stati membri che hanno presentato alla Corte osservazioni a sostegno della posizione opposta a quella indicata nel punto precedente.

In primo luogo, il governo danese sostiene che il diritto di associazione, il diritto di sciopero e quello di serrata esulano dall'ambito di applicazione

della libertà fondamentale di cui all'art. 43 Ce, dal momento che, ai sensi dell'art. 137, n. 5, Ce, come modificato dal Trattato di Nizza, la Comunità non è competente a disciplinare tali diritti.

Si deve in proposito ricordare che, sebbene nei settori che non rientrano nella competenza della Comunità gli Stati membri restino in linea di principio liberi di determinare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e i modi di esercizio degli stessi, resta tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, tali Stati sono comunque tenuti a rispettare il diritto comunitario (v. per analogia, per quanto riguarda l'ambito della previdenza sociale, sentenze 28 aprile 1998, causa C-120/95, Decker, in *Racc.*, p. I-1831, punti 22 e 23, e causa C-158/96, Kohll, in *Racc.*, p. I-1931, punti 18 e 19; per quanto riguarda la fiscalità diretta, sentenze 4 marzo 2004, causa C-334/02, Commissione/Francia, in *Racc.*, p. I-2229, punto 21, e 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer, in *Racc.*, p. I-10837, punto 29).

Di conseguenza, il fatto che l'art. 137 Ce non si applichi né al diritto di sciopero né a quello di serrata non è in grado di sottrarre un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale all'applicazione dell'art. 43 Ce.

Inoltre, secondo le osservazioni dei governi danese e svedese, il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, costituirebbe un diritto fondamentale, sottratto, in quanto tale, all'applicazione dell'art. 43 Ce.

Si deve in proposito osservare che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, è riconosciuto sia da svariati strumenti internazionali ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito, come la Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, peraltro esplicitamente ricordata all'art. 136 Ce, e la Convenzione n. 87 del 9 luglio 1948, relativa alla libertà sindacale e alla tutela del diritto sindacale, adottata dall'Organizzazione internazionale del lavoro, sia da strumenti elaborati dai citati Stati membri a livello comunitario o nell'ambito dell'Unione europea, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata in occasione della riunione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989, a sua volta ricordata all'art. 136 Ce, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, p. 1).

Se dunque è vero che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tali diritti sono

tutelati conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. Peraltro, come risulta dal punto 5 della presente sentenza, secondo la normativa finlandese il diritto di sciopero non può essere esercitato, in particolare, nel caso in cui lo sciopero sarebbe contrario al buon costume o vietato dal diritto nazionale o comunitario.

A tale proposito la Corte ha già affermato che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come la libera circolazione delle merci (v. sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, in *Racc.*, p. I-5659, punto 74) o la libera prestazione dei servizi (v. sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, Omega, in *Racc.*, p. I-9609, punto 35).

Tuttavia, nelle citate sentenze Schmidberger e Omega la Corte ha affermato che l'esercizio dei diritti fondamentali in questione, cioè rispettivamente le libertà di espressione e di riunione e il rispetto della dignità umana, non esula dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato, e ha dichiarato che tale esercizio deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che conforme al principio di proporzionalità (v., in tal senso, citate sentenze Schmidberger, punto 77, e Omega, punto 36).

Deriva da quanto precede che il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva non è tale da escludere le azioni collettive in questione nella causa principale dall'ambito di applicazione dell'art. 43 Ce.

Infine, la *Fsu* e la *Itf* sostengono che il ragionamento seguito dalla Corte nella citata sentenza Albany deve essere applicato per analogia nella causa principale, dal momento che talune restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi sono inevitabilmente connesse alle azioni collettive intraprese nell'ambito di una contrattazione collettiva.

Occorre a tale proposito ricordare che, al punto 59 della citata sentenza Albany, la Corte, dopo aver rilevato che taluni effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, ha tuttavia affermato che gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85, n. 1, del Trattato Ce (divenuto art. 81, n. 1, Ce) nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro.

La Corte ne ha dedotto, al punto 60 della citata sentenza Albany, che accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali con il fine di conseguire tali obiettivi debbono essere considerati, per la loro natura e il loro oggetto, non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

Si deve tuttavia rilevare che tale ragionamento non può essere applicato alle libertà fondamentali sancite dal Titolo III del Trattato.

Infatti, contrariamente a quanto sostengono la Fsu e la Itf, non si può ritenere che all'esercizio stesso della libertà sindacale e del diritto di intraprendere un'azione collettiva sia inevitabilmente connessa una certa lesione di tali libertà fondamentali.

Si deve peraltro sottolineare che il fatto che un accordo o un'attività siano estranei all'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza non comporta che tale accordo o tale attività siano altresì esclusi dall'ambito delle disposizioni del medesimo Trattato relative alla libera circolazione delle persone o dei servizi, dal momento che tali disposizioni possiedono ciascuna proprie condizioni di applicazione (v., in tal senso, sentenza 18 luglio 2006, causa C-519/04 P, Meca-Medina e Majcen/Commissione, in *Racc.*, p. I-6991).

Occorre infine ricordare che la Corte ha già affermato che le clausole dei contratti collettivi non sono escluse dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone (sentenze 15 gennaio 1998, causa C-15/96, Schönig-Kougebetopoulou, in *Racc.*, p. I-47; 24 settembre 1998, causa C-35/97, Commissione/Francia, in *Racc.*, p. I-5325, e 16 settembre 2004, causa C-400/02, Merida, in *Racc.*, p. I-8471).

Sulla base di quanto precede, la prima questione va risolta dichiarando che l'art. 43 Ce deve essere interpretato nel senso che, in linea di principio, non è esclusa dall'ambito di applicazione di tale articolo un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento.

#### *Sulla seconda questione*

Con tale questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 43 Ce conferisca a un'impresa privata diritti opponibili a un sindacato o a un'associazione di sindacati.

Al fine di risolvere la questione è necessario ricordare che, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone e alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa se l'eliminazione delle barriere di origine statale potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni ed enti di natura non pubblicistica (v. citate sentenze Walrave e Koch, punto 18; Bosman, punto 83; Deliège, punto 47; Angonese, punto 32, e Wouters e a., punto 120).

La Corte ha inoltre già affermato, da un lato, che la circostanza che determinate disposizioni del Trattato si rivolgano formalmente agli Stati membri non esclude che, al tempo stesso, vengano attribuiti diritti ai singoli interessati all'osservanza degli obblighi così precisati e, dall'altro, che il divieto di violare una libertà fondamentale prevista da una disposizione del Trattato di natura imperativa vale in particolare per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato (v., in tal senso, sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, Defrenne, in *Racc.*, p. 455, punti 31 e 39).

Ebbene, analoghe considerazioni devono valere altresì per l'art. 43 Ce, il quale sancisce una libertà fondamentale.

Nella fattispecie si deve osservare che, come risulta dai punti 35 e 36 della presente sentenza, le azioni collettive intraprese dalla Fsu e dalla Itf hanno come obiettivo la sottoscrizione di un accordo che deve disciplinare collettivamente il lavoro dei dipendenti della Viking, e che tali due sindacati costituiscono enti sprovvisti di natura pubblicistica e che esercitano l'autonomia giuridica loro riconosciuta, in particolare, dal diritto nazionale.

Ne consegue che l'art. 43 Ce deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle della causa principale, esso può essere direttamente invocato da un'impresa privata nei confronti di un sindacato o di un raggruppamento di sindacati.

Tale interpretazione è del resto rafforzata dalla giurisprudenza vertente sulle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, da cui risulta che le restrizioni possono avere origine non statale ed essere il risultato di azioni svolte da persone private o da raggruppamenti di persone private (v. sentenze 9 dicembre 1997, causa C-265/95, Commissione/Francia, in *Racc.*, p. I-6959, punto 30, nonché Schmidberger, cit., punti 57 e 62).

Né l'interpretazione esposta al punto 61 della presente sentenza è rimessa in discussione dal fatto che la restrizione all'origine della controversia sottoposta al giudice del rinvio sia la conseguenza dell'esercizio di un diritto conferito dal diritto nazionale finlandese, come, in questo caso, il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero.

Si deve aggiungere che, contrariamente a quanto sostiene in particolare la Itf, non risulta dalla giurisprudenza della Corte ricordata al punto 57 della presente sentenza che l'interpretazione citata sia limitata agli enti quasi pubblici o alle associazioni che svolgono una funzione di regolamentazione e dispongono di un potere quasi legislativo.

Tale giurisprudenza non contiene infatti alcun elemento in base al quale si possa ragionevolmente sostenere che essa sarebbe limitata alle associazioni o agli enti che svolgono una funzione di regolamentazione o che dispongono di un potere quasi legislativo. Si deve del resto rilevare che, nell'esercitare il potere autonomo di cui dispongono grazie alla libertà sindacale di trattare

con i datori di lavoro o le organizzazioni professionali le condizioni di lavoro e di retribuzione dei lavoratori, le organizzazioni sindacali dei lavoratori partecipano alla formazione degli accordi finalizzati a disciplinare collettivamente il lavoro dipendente.

Alla luce di tali considerazioni, la seconda questione deve essere risolta dichiarando che l'art. 43 Ce conferisce a un'impresa privata diritti opponibili a un sindacato o a un'associazione di sindacati.

#### *Sulle questioni dalla terza alla decima*

Con tali questioni, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza alla Corte se azioni collettive come quelle in esame nella causa principale costituiscano restrizioni ai sensi dell'art. 43 Ce e, in caso affermativo, in quale misura simili restrizioni possano essere giustificate.

#### *Sull'esistenza di restrizioni*

Si deve in primo luogo ricordare, come la Corte ha fatto più volte, che la libertà di stabilimento costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità e che le norme del Trattato che la sanciscono hanno efficacia diretta dalla scadenza del periodo transitorio. Dette norme garantiscono il diritto di stabilirsi in altro Stato membro non solo ai cittadini comunitari, ma anche alle società definite dall'art. 48 Ce (sentenza 27 settembre 1988, causa 81/87, *Daily Mail and General Trust*, in *Racc.*, p. 5483, punto 15).

Del resto, la Corte ha dichiarato che, sebbene le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento mirino in special modo ad assicurare il beneficio del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante, esse ostano parimenti a che lo Stato membro di origine ostacoli lo stabilimento in altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione e peraltro corrispondente alla definizione dell'art. 48 Ce. I diritti garantiti dagli artt. 43 Ce-48 Ce sarebbero vanificati se lo Stato membro di origine potesse vietare alle imprese di abbandonare il suo territorio per stabilirsi in un altro Stato membro (v. sentenza *Daily Mail and General Trust*, cit., punto 16).

Giova in secondo luogo rilevare che, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, la nozione di stabilimento di cui ai citati articoli del Trattato implica l'esercizio effettivo di un'attività economica mediante l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro per una durata di tempo indeterminata, e che l'immatricolazione di una nave non può essere scissa dall'esercizio della libertà di stabilimento nell'ipotesi in cui la nave costituisca un mezzo per l'esercizio di un'attività economica implicante un insediamento in

pianta stabile nello Stato membro di immatricolazione (sentenza 25 luglio 1991, causa C-221/89, *Factortame e a.*, in *Racc.*, p. I-3905, punti 20-22).

71. La Corte ne ha dedotto che le condizioni prescritte per l'immatricolazione di una nave non devono creare ostacoli alla libertà di stabilimento, ai sensi degli artt. 43 Ce-48 Ce (sentenza *Factortame e a.*, cit., punto 23).

72. Nella fattispecie, da un lato, non si può negare che un'azione collettiva come quella progettata dalla Fsu ha l'effetto di scoraggiare, se non addirittura di vanificare, come ha rilevato il giudice del rinvio, l'esercizio da parte della Viking della sua libertà di stabilimento, poiché essa impedisce a quest'ultima, nonché alla sua controllata Viking Eesti, di beneficiare, nello Stato membro ospitante, del medesimo trattamento degli altri operatori economici stabiliti in tale Stato.

73. Dall'altro lato, un'azione collettiva intrapresa per mettere in pratica la politica di lotta contro le bandiere di convenienza perseguita dalla Itf, mirante principalmente, come risulta dalle osservazioni di quest'ultima, a impedire agli armatori di immatricolare le loro navi in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini i proprietari effettivi di tali navi, deve essere considerata quanto meno in grado di limitare l'esercizio, da parte della Viking, della sua libertà di stabilimento.

74. Ne consegue che azioni come quelle in esame nella causa principale costituiscono restrizioni alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 Ce.

#### *Sulla giustificazione delle restrizioni*

75. Risulta dalla giurisprudenza della Corte che una restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa soltanto qualora persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. È tuttavia anche necessario, in tali casi, che essa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e che non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo (v., in particolare, sentenze 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, in *Racc.*, p. I-4165, punto 37, e *Bosman*, cit., punto 104).

76. La Itf, sostenuta in particolare dal governo tedesco, dall'Irlanda e dal governo finlandese, sostiene che le restrizioni in discussione nella causa principale sarebbero giustificate in quanto necessarie per garantire la tutela di un diritto fondamentale riconosciuto dal diritto comunitario e che esse hanno come obiettivo la tutela dei diritti dei lavoratori, che costituirebbe una ragione imperativa di interesse generale.

77. Occorre in proposito osservare che il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la tutela dei lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato (v., in tal

senso, sentenza Schmidberger, cit., punto 74), e che la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale già riconosciute dalla Corte (v., in particolare, sentenze 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, Arblade e a., in *Racc.*, p. I-8453, punto 36; 15 marzo 2001, causa C-165/98, Mazzoleni e ISA, in *Racc.*, p. I-2189, punto 27, e 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, Finalarte e a., in *Racc.*, p. I-7831, punto 33).

78. Si deve aggiungere che, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. *c* e *j*, Ce, l'azione della Comunità comporta non soltanto «un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali», ma anche «una politica nel settore sociale». L'art. 2 Ce afferma infatti che la Comunità ha il compito, in particolare, di promuovere «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche» e «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale».

79. Poiché dunque la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'art. 136, comma 1, Ce, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale.

80. Nella fattispecie spetterà al giudice del rinvio verificare se gli obiettivi perseguiti dalla Fsu e dalla Itf mediante l'azione collettiva da esse intrapresa riguardassero la tutela dei lavoratori.

81. A tale proposito, per quanto riguarda in primo luogo l'azione collettiva intrapresa dalla Fsu, sebbene tale azione, finalizzata alla tutela dei posti e delle condizioni di lavoro dei membri di tale sindacato a rischio di essere lesi dal cambiamento di bandiera del Rosella, potesse a prima vista essere ragionevolmente considerata connessa all'obiettivo di tutela dei lavoratori, tale qualificazione non potrebbe tuttavia essere conservata se fosse accertato che i posti o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati.

82. È quanto avverrebbe, in particolare, nel caso in cui l'impegno citato dal giudice del rinvio nella sua decima questione si rivelasse, dal punto di vista giuridico, tanto vincolante quanto le disposizioni di un contratto collettivo e se esso fosse tale da garantire ai lavoratori il rispetto delle disposizioni legislative e la conservazione delle disposizioni del contratto collettivo relative al loro rapporto di lavoro.

83. Dal momento che non risulta chiaramente dalla decisione di rinvio quale sia il valore giuridico che si deve riconoscere a un impegno come quello citato nella decima questione, spetta al giudice del rinvio determinare se i posti o le condizioni di lavoro dei membri di tale sindacato che potevano essere lesi dal cambiamento di bandiera del Rosella fossero compromessi o seriamente minacciati.

84. Nel caso in cui, al termine di tale valutazione, il giudice del rinvio giungesse alla conclusione che, nella controversia a esso sottoposta, i posti o le condizioni di lavoro dei membri della Fsu che potevano essere lesi dal cambiamento di bandiera del Rosella erano realmente compromessi o seriamente minacciati, detto giudice dovrà ancora verificare se l'azione collettiva intrapresa da tale sindacato sia adeguata per garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo.

85. Si deve in proposito ricordare che, se è vero che spetta in ultima analisi al giudice nazionale, che è il solo competente a valutare i fatti e interpretare la normativa nazionale, determinare se e in quale misura l'azione collettiva in parola sia conforme a tali esigenze, la Corte, chiamata a fornire al giudice nazionale una risposta utile, è competente a fornire indicazioni, ricavate dal fascicolo della causa principale nonché dalle osservazioni scritte e orali a essa sottoposte, che consentano a tale giudice di pronunciarsi sulla concreta controversia a esso sottoposta.

86. Per quanto riguarda l'adeguatezza delle azioni intraprese dalla Fsu per raggiungere gli obiettivi perseguiti nella causa principale, occorre ricordare che è pacifico che le azioni collettive, come le trattative e i contratti collettivi, possono costituire, nelle specifiche circostanze di una controversia, uno dei mezzi principali attraverso cui i sindacati tutelano gli interessi dei loro membri (Corte europea dei diritti umani, sentenze *Sindacato nazionale della Polizia belga c. Belgio* del 27 ottobre 1975, serie A n. 19, e *Wilson, National Union of Journalists e a. c. Regno Unito* del 2 luglio 2002, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2002, V, par. 44).

87. Per quanto riguarda il problema di determinare se l'azione collettiva in esame nella causa principale vada al di là di ciò che è necessario per conseguire l'obiettivo perseguito, spetta al giudice del rinvio valutare in particolare, da un lato, se, ai sensi della normativa nazionale e delle norme contrattuali applicabili a tale azione, la Fsu non disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione.

88. Per quanto riguarda, in secondo luogo, le azioni collettive finalizzate a garantire la realizzazione della politica perseguita dalla Itf, si deve

sottolineare che, se tale politica produce il risultato di impedire agli armatori di immatricolare le proprie navi in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini i proprietari effettivi delle navi stesse, le restrizioni alla libertà di stabilimento derivanti da tali azioni non possono essere oggettivamente giustificate. Si deve tuttavia constatare che, come osserva la decisione di rinvio, tale politica ha altresì l'obiettivo della tutela e del miglioramento delle condizioni di lavoro dei marittimi.

89. Tuttavia, come risulta dagli atti sottoposti alla cognizione della Corte, nell'ambito della sua politica di lotta contro le bandiere di convenienza la Itf è tenuta, su richiesta di uno dei suoi membri, ad avviare un'azione di solidarietà contro il proprietario effettivo di una nave registrata in uno Stato diverso da quello di cui tale proprietario è cittadino, indipendentemente dall'eventualità che l'esercizio da parte di quest'ultimo del suo diritto alla libertà di stabilimento possa o meno avere conseguenze dannose per i posti o le condizioni di lavoro dei suoi dipendenti. In tal senso, come la Viking ha sostenuto in udienza senza essere sul punto contraddetta dalla Itf, la politica di riservare il diritto di contrattazione collettiva ai sindacati dello Stato del quale il proprietario effettivo di una nave ha la nazionalità viene applicata anche quando la nave è registrata in uno Stato che garantisce ai lavoratori una tutela sociale più elevata di quella di cui beneficerebbero nel primo Stato.

90. Sulla base di tali considerazioni, le questioni dalla terza alla decima vanno risolte dichiarando che l'art. 43 Ce deve essere interpretato nel senso che azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, finalizzate a indurre un'impresa stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo in parola. Tali restrizioni possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo.

#### *Sulle spese*

91. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per Questi Motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) *L'art. 43 Ce deve essere interpretato nel senso che, in linea di principio, non è esclusa dall'ambito di applicazione di tale articolo un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa privata al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento.*

2) *L'art. 43 Ce conferisce a un'impresa privata diritti opponibili a un sindacato o a un'associazione di sindacati.*

3) *L'art. 43 Ce deve essere interpretato nel senso che azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, finalizzate a indurre un'impresa privata stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo in parola.*

*Tali restrizioni possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo.*

*(Omissis)*



# OSSERVATORIO

---

## LA CORTE COSTITUZIONALE LE DECISIONI NEL TRIMESTRE OTTOBRE-DICEMBRE 2007

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

SOMMARIO: 1. Illegittimità costituzionale della legge regionale siciliana di incremento del trattamento economico dei lavoratori socialmente utili priva della determinazione dell'impegno di spese e della relativa copertura. — 2. Competenza dello Stato nella determinazione dei «blocchi» delle assunzioni nelle amministrazioni regionali deficitarie.

1. — *Illegittimità costituzionale della legge regionale siciliana di incremento del trattamento economico dei lavoratori socialmente utili priva della determinazione dell'impegno di spese e della relativa copertura* — Il Tribunale di Ragusa ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 81, comma 4, e 119, comma 1, Cost., della dell'art. 44 della legge della Regione Siciliana 23 dicembre 2002, n. 23, nella parte in cui prevede, con effetto dall'entrata in vigore della legge regionale 23 gennaio 1998, n. 3, nuovi criteri di calcolo delle maggiorazioni da corrispondere ai soggetti impiegati in lavori socialmente utili per una durata oraria eccedente quella ordinaria. La norma censurata dispone che «Il secondo periodo del comma 2 dell'articolo 8 del decreto legislativo 1° dicembre 1997, n. 468, come recepito dall'articolo 1, comma 1, della legge regionale 23 gennaio 1998, n. 3, va inteso nel senso che dall'entrata in vigore della stessa legge la tariffa oraria dell'importo integrativo da corrispondere ai soggetti impiegati in lavori socialmente utili va calcolata detraendo dalla retribuzione iniziale mensile prevista per i dipendenti che svolgono attività analoghe presso il soggetto utilizzatore le ritenute previdenziali e assistenziali, nonché l'ammontare dell'assegno per le Attività socialmente utili (Asu), e dividendo l'importo risultante per il numero di ore eccedenti le 20 ore settimanali (ore Asu) ottenute dalla differenza tra l'orario convenzionale e mensile del dipendente e il monte ore medio mensile di utilizzazione in attività socialmente utili (Asu), pari a 86 ore». In base all'art. 8, comma 2, del decreto legislativo 1 dicembre 1997, n. 468 (Revisione della disciplina sui lavori socialmente utili, a norma dell'art. 22 della legge 24 giugno 1997, n. 196), i lavoratori socialmente utili, percettori di trattamenti previdenziali previsti dallo stesso decreto legislativo,

«sono impegnati per l'orario settimanale corrispondente alla proporzione tra il trattamento stesso e il livello retributivo iniziale, calcolato al netto delle ritenute previdenziali e assistenziali, previsto per i dipendenti che svolgono attività analoghe presso il soggetto promotore dell'intervento, e comunque per non meno di 20 ore settimanali e per non più di 8 ore giornaliere. Nel caso di impegno per un orario superiore, entro il limite del normale orario contrattuale, ai lavoratori compete un importo integrativo corrispondente alla retribuzione oraria relativa al livello retributivo iniziale, calcolato detraendo le ritenute previdenziali e assistenziali previste per i dipendenti che svolgono attività analoghe presso il soggetto utilizzatore». La Regione Siciliana – titolare, ai sensi dell'art. 17, lettera f) dello Statuto di autonomia, della competenza legislativa concorrente in materia di legislazione sociale, rapporti di lavoro, previdenza e assistenza sociale – in un primo tempo ha recepito integralmente il d.lgs. n. 468 del 1997 con la propria legge 23 gennaio 1998, n. 3, successivamente, con l'art. 44 della legge regionale n. 23 del 2002 ha introdotto un diverso criterio di calcolo dei predetti importi integrativi. È stata assunta come base di computo la retribuzione mensile spettante al livello retributivo iniziale dei dipendenti che il soggetto utilizzatore impiega in analoghe attività, al netto delle corrispondenti ritenute previdenziali e assistenziali, decurtato dell'assegno per i lavori socialmente utili, e dividendo l'importo risultante non più per il numero di ore mensili previsto per i dipendenti del soggetto utilizzatore (mediamente 156 ore) ma per la differenza tra l'orario convenzionale mensile dei dipendenti e il monte ore medio mensile di utilizzazione dei lavoratori socialmente utili, fissato in 86 ore. La Corte ha ritenuto la questione fondata con riferimento all'art. 81, comma 4, Cost. (1). La disciplina risultante dalla norma censurata ha determinato un consistente incremento dei corrispettivi delle prestazioni lavorative eccedenti la durata ordinaria (20 ore settimanali e 8 ore giornaliere) e, quindi, un rilevante aumento di spesa anche per la Provincia resistente. La Corte Cost. ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 44 della legge della Regione Siciliana 23 dicembre 2002, n. 23 nella parte in cui stabilisce, con effetto dal-

(1) Corte Cost., sentenza 24-31 ottobre 2007, n. 359 – Pres. Bile; Red. Mazzella: *La Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 44 della legge della Regione Siciliana 23 dicembre 2002, n. 23 (Norme finanziarie urgenti – Variazione al bilancio della Regione siciliana per l'anno finanziario 2002 – Seconda misura salva deficit), nella parte in cui stabilisce, con effetto dall'entrata in vigore della legge regionale 23 gennaio 1998, n. 3 (Disposizioni in materia di lavoro e occupazione. Norme di proroga e di finanziamento degli oneri per il contingente dell'Arma dei carabinieri operante in Sicilia), sino a tutto l'anno 2002 nuovi criteri di calcolo delle maggiorazioni da corrispondere ai soggetti impiegati in lavori socialmente utili per una durata oraria eccedente quella ordinaria.*

l'entrata in vigore della legge regionale 23 gennaio 1998, n. 3, sino a tutto l'anno 2002 nuovi criteri di calcolo delle maggiorazioni da corrispondere ai soggetti impiegati in lavori socialmente utili per una durata oraria eccedente quella ordinaria. Tale disciplina, infatti, oltre a confliggere con la previsione dell'art. 191 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), secondo cui «Gli enti locali possono effettuare spese solo se sussiste l'impegno contabile registrato sul competente intervento o capitolo del bilancio di previsione e l'attestazione della copertura finanziaria di cui all'art. 153, comma 5», si pone in aperto contrasto con l'art. 81, comma 4, della Costituzione, perché non indica né l'ammontare della nuova e maggiore spesa né i mezzi per farvi fronte.

2. — *Competenza dello Stato nella determinazione dei «blocchi» delle assunzioni nelle amministrazioni regionali deficitarie* — Le Regioni Veneto, Toscana e Valle d'Aosta, con distinti ricorsi, hanno impugnato gli artt. 30 e 34, comma 1, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248. L'art. 30 del d.l. n. 223 del 2006 ha sostituito il comma 204 dell'art. 1 della legge n. 266 del 2005 che a sua volta prevedeva un meccanismo di verifica del rispetto dell'obbligo stabilito nel comma 198 dell'art. 1 della legge n. 266 del 2005 – a tenore del quale le amministrazioni regionali, gli enti locali e gli enti del Servizio sanitario nazionale, «fermo restando il conseguimento delle economie di cui all'articolo 1, commi 98 e 107, della legge 30 dicembre 2004, n. 311», avrebbero dovuto concorrere alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica adottando misure necessarie a garantire che le spese di personale non superassero, per ciascuno degli anni 2006, 2007 e 2008, il corrispondente ammontare dell'anno 2004 diminuito dell'un per cento – con una nuova norma che contiene sia una misura sanzionatoria, sia un nuovo sistema di controllo. Il primo periodo del nuovo comma 204 dell'art. 1 della legge n. 266 del 2005 prevede che alle amministrazioni regionali e agli enti locali, in caso di mancato conseguimento degli obiettivi di risparmio di spesa indicati dal precedente comma 198 dello stesso art. 1, è fatto divieto di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo. Nel secondo periodo è previsto che, ai fini del monitoraggio e della verifica degli adempimenti di cui al comma 198, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri da emanare entro il 30 settembre 2006 previo accordo tra governo, Regioni e autonomie locali da concludere in sede di Conferenza unificata, avrebbe dovuto essere costituito un tavolo tecnico con rappresentanti del sistema delle autonomie designati dai relativi enti esponenziali e dello Stato, con l'obiettivo di acquisire, dagli enti destinatari della norma, la documentazione delle misure adottate e dei risultati conseguiti, di fissare specifici criteri e modalità operative per il monitoraggio

e la verifica dell'effettivo conseguimento dei previsti risparmi di spesa, di verificare la puntuale applicazione della disposizione e i casi di mancato adempimento, di elaborare analisi e proposte operative dirette al contenimento strutturale della spesa di personale. Inoltre, l'art. 30 del d.l. n. 223 del 2006 ha introdotto nella legge n. 266 del 2005 due nuovi commi (204-*bis* e 204-*ter*). Il comma 204-*bis* stabilisce che le risultanze delle operazioni di verifica del tavolo tecnico di cui al comma 204 sono trasmesse annualmente alla Corte dei Conti e che il mancato invio della documentazione da parte degli enti interessati comporta, in ogni caso, il divieto di assunzione a qualsiasi titolo. Il comma 204-*ter* dispone che, ai fini dell'attuazione dei commi 198, 204 e 204-*bis*, limitatamente agli enti locali in condizione di avanzo di bilancio negli ultimi tre esercizi, sono escluse dal computo le spese di personale riferite a contratti di lavoro a tempo determinato, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa, stipulati nel corso dell'anno 2005. Successivamente all'entrata in vigore del d.l. n. 223 del 2006, l'art. 1, comma 557, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), ha stabilito che le disposizioni di cui all'art. 1, comma 98, della legge n. 311 del 2004 e all'art. 1, commi da 198 a 206, della legge n. 266 del 2005, fermo restando quanto da esse previsto per il 2005 e il 2006, sono disapplicate per gli enti soggetti al patto di stabilità interno, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge (vale a dire dal 1° gennaio 2007: art. 1, comma 1364, della legge n. 296 del 2006). Il successivo comma 565 ha dettato nuove disposizioni in tema di contenimento della spesa per il personale per gli enti del servizio sanitario nazionale, stabilendo, tra l'altro, che alla verifica dell'effettivo conseguimento degli obiettivi di contenimento della spesa previsti per tutto l'arco del periodo 2005-2009, si deve provvedere in sede di Tavolo tecnico previsto dall'intesa del 23 marzo 2005 raggiunta in sede di Conferenza Stato-Regioni (lettera *e* del comma 565). Le Regioni Veneto e Toscana hanno lamentato, in primo luogo, che il divieto di assunzioni previsto dal testo dell'art. 1, comma 204, primo periodo, della legge n. 266 del 2005 introdotto dall'art. 30 del d.l. n. 223 del 2006 contrasterebbe con gli artt. 117 e 119 Cost. (ad avviso della Regione Veneto anche con l'art. 118 Cost.), perché violerebbe l'autonomia regionale in materia di ordinamento degli uffici e in materia spesa. La Corte ha ritenuto la questione infondata.

(2). Come già affermato dalla stessa Corte, l'imposizione, da parte dello

---

(2) Corte Cost., sentenza 22 novembre-5 dicembre 2007, n. 412 – Pres. Bile; Red. Mazzella:

*La Corte Costituzionale riservata a separate pronunce la decisione delle restanti questioni di legittimità costituzionale sollevate con i ricorsi indicati in epigrafe, riuniti i giudizi:*

Stato, del limite alla spesa complessiva del personale previsto dall'art. 1, comma 198, della legge n. 266 del 2005 non è illegittima poiché trattasi di un principio fondamentale in materia di coordinamento della finanza pubblica (materia oggetto di potestà legislativa concorrente) e perché una simile disposizione può dar luogo, nell'organizzazione degli uffici, a inconvenienti di mero fatto, come tali non incidenti sul piano della legittimità costituzionale (cfr. sentenza n. 169 del 2007, che ha escluso in fattispecie analoghe la violazione degli artt. 117, 118 e 119 della Costituzione). La Corte, inoltre, ricorda di aver in precedenza rigettato la questione di legittimità costituzionale delle norme statali dirette ad assicurare la concreta realizzazione delle misure di coordinamento finanziario (sentenze n. 35 del 2005 e n. 376 del 2003), e che con la sentenza n. 4 del 2004 ha escluso che contrastasse con gli artt. 117, 118 e 119 Cost. una norma statale che prevedeva la sanzione del divieto di nuove assunzioni a carico degli enti locali che avessero violato il patto di stabilità interno. Richiamando tali principi in quanto applicabili anche al caso di specie la Corte afferma che il primo periodo del comma 204 dell'art. 1 della legge n. 266 del 2005, nel testo introdotto dall'art. 30 del d.l. n. 223 del 2006, non fa altro che prevedere, al fine di assicurare il rispetto in

---

*1) dichiara estinto il giudizio concernente le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 204, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge finanziaria 2006), come sostituito dall'art. 30 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, sollevate, in riferimento agli artt. 116, comma 1, 117, comma 3, e 119, comma 2, della Costituzione, 2, comma 1, lettere a e b, 3, comma 1, lettera f, e 4 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4 (Statuto speciale per la Valle d'Aosta), e 9, comma 2, della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione), dalla Regione Valle d'Aosta con il ricorso indicato in epigrafe;*

*2) dichiara cessata la materia del contendere relativamente alle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 204, secondo periodo, della legge n. 266 del 2005 – come sostituito dall'art. 30 del decreto legge n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 248 del 2006 –, e dell'art. 1, comma 204-bis, della legge n. 266 del 2005 – introdotto dallo stesso art. 30 del decreto legge n. 223 del 2006 –, sollevate, in riferimento all'art. 117, comma 3, della Costituzione, dalla Regione Veneto con i ricorsi indicati in epigrafe;*

*3) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 204, primo periodo, della legge n. 266 del 2005, come sostituito dall'art. 30 del decreto legge n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 248 del 2006, sollevate, in riferimento artt. 117, 118 e 119 della Costituzione, dalle Regioni Veneto e Toscana con i ricorsi indicati in epigrafe;*

*4) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 1, del decreto legge n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 248 del 2006, sollevata dalla Regione Veneto con i ricorsi indicati in epigrafe.*

concreto di una legittima misura di coordinamento finanziario, una sanzione a carico degli enti che non rispettino il limite posto alla spesa per il personale. L'art. 1, comma 204, della legge n. 266 del 2005 non impone alcun divieto di assunzioni a Regioni ed enti locali che rispettino i limiti generali di spesa per il personale. Il divieto è previsto solamente a carico degli enti che abbiano violato quei limiti generali e pertanto si tratta di norme che fanno corpo con i principi generali in materia di coordinamento della finanza pubblica. La Regione Veneto ha impugnato anche l'art. 34, comma 1, del d.l. n. 223 del 2006, lamentando che la norma, aggiungendo all'art. 24, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, un ulteriore periodo secondo il quale i criteri per l'individuazione dei trattamenti accessori massimi dovuti per gli incarichi di uffici dirigenziali di livello generale sono stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, in base a principi di contenimento della spesa e di uniformità e perequazione, viola gli artt. 117, comma 3, e 119 Cost., perché non detta un principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica e non consente al legislatore regionale di porre in essere alcuna normativa di dettaglio. La Corte ha dichiarato la questione non fondata poiché la ricorrente ha trascurato di considerare che i criteri per l'individuazione dei trattamenti accessori massimi dettati dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri contemplato dalla norma censurata si applicheranno esclusivamente agli incarichi di direzione di uffici dirigenziali di livello generale delle amministrazioni statali e le Regioni non saranno vincolate a quei criteri. Infatti, le disposizioni del Capo II del Titolo II del d.lgs. n. 165 del 2001 (tra le quali è compreso anche l'art. 24) si applicano solamente «alle amministrazioni dello Stato, anche a ordinamento autonomo» (art. 13) e, secondo quanto previsto dal successivo art. 27 dello stesso d.lgs. n. 165, «le Regioni a Statuto ordinario, nell'esercizio della propria potestà statutaria, legislativa e regolamentare, e le altre pubbliche amministrazioni, nell'esercizio della propria potestà statutaria e regolamentare, adeguano ai principi dell'articolo 4 e del presente capo i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità».

## SICUREZZA SOCIALE (a cura di Lorenzo Fassina)

SOMMARIO: 1. Lavori socialmente utili e Regione Sicilia.

1. — *Lavori socialmente utili e Regione Sicilia* — La Regione Siciliana – titolare, ai sensi dell’art. 17, lettera f), dello Statuto di autonomia, della competenza legislativa concorrente in materia di legislazione sociale, rapporti di lavoro, previdenza e assistenza sociale «entro i limiti dei principi e interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato» (sentenza Corte Cost. n. 219 del 2005) – ha introdotto un criterio di calcolo delle maggiorazioni da corrispondere ai soggetti impiegati in lavori socialmente utili per una durata oraria eccedente quella ordinaria che comporta un consistente incremento dei corrispettivi delle prestazioni lavorative eccedenti la durata ordinaria (20 ore settimanali e 8 ore giornaliere) e, quindi, un rilevante aumento di spesa anche per le Province, a fronte del quale è prevista la copertura finanziaria soltanto per l’esercizio 2003 (v. art. 41, comma 4, della legge regionale n. 23 del 2002), mentre nulla viene disposto per il periodo pregresso a partire dall’entrata in vigore della legge regionale n. 3 del 1998. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 359/2007 (1), ha così dichiarato incostituzionale l’art. 44 della legge della Regione siciliana 23 dicembre 2002, n. 23 in quanto tale disciplina, oltre a confliggere con la previsione dell’art. 191 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali), secondo cui «Gli enti locali possono effettuare spese solo se sussiste l’impegno contabile registrato sul competente intervento o capitolo

(1) Corte Cost. 31 ottobre 2007, n. 359 – Pres. Bile, Red. Mazzella:

dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 44 della legge della Regione Siciliana 23 dicembre 2002, n. 23 (Norme finanziarie urgenti – Variazione al bilancio della Regione siciliana per l’anno finanziario 2002 – Seconda misura salva *deficit*), nella parte in cui stabilisce, con effetto dall’entrata in vigore della legge regionale 23 gennaio 1998, n. 3 (Disposizioni in materia di lavoro e occupazione. Norme di proroga e di finanziamento degli oneri per il contingente dell’Arma dei carabinieri operante in Sicilia), sino a tutto l’anno 2002 nuovi criteri di calcolo delle maggiorazioni da corrispondere ai soggetti impiegati in lavori socialmente utili per una durata oraria eccedente quella ordinaria.

del bilancio di previsione e l'attestazione della copertura finanziaria di cui all'art. 153, comma 5», si pone in aperto contrasto con l'art. 81, comma 4, della Costituzione, perché non indica né l'ammontare della nuova e maggiore spesa né i mezzi per farvi fronte.

# RAPPORTO DI LAVORO

---

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, 18 gennaio 2007, causa C-385/2005, Sez. II – Pres. Timmermans, Est. Shintgen, Avv. Gen. Mengozzi – Confédération générale du travail-Cgt (avv. A. Lyon-Caen), Confédération française démocratique du travail-Cfdt, Confédération française de l'encadrement-Cfe-Cgc, Confédération française des travailleurs chrétiens-Cftc (avv. H. Masse-Dessen), Confédération générale du travail-Force ouvrière (avv. T. Haas) c. Premier Ministre, Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement (Repubblica francese).

**Licenziamenti collettivi – Politica sociale – Direttive n. 98/59/Ce e n. 2002/14/Ce – Informazione e consultazione dei lavoratori – Calcolo delle soglie di lavoratori impiegati – Normativa nazionale francese – Esclusione dei lavoratori di età inferiore ai ventisei anni – Contrasto con il diritto comunitario.**

*L'art. 3, n. 1, della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 marzo, n. 2002/14/Ce, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e consultazione dei lavoratori nella Comunità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale la quale esclude, ancorché temporaneamente, una determinata categoria di lavoratori dal calcolo del numero di lavoratori impiegati a norma di tale disposizione. Allo stesso modo, l'art. 1, n. 1, lett. a, della Direttiva n. 98/59/Ce, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale la quale esclude, ancorché temporaneamente, una determinata categoria di lavoratori dal calcolo del numero di lavoratori impiegati previsto da tale disposizione. (1)*

*(Omissis)*

*Il contesto normativo*

*(Omissis)*

3. L'art. 1, n. 1, della Direttiva n. 98/59 dispone quanto segue:

«Ai fini dell'applicazione della presente Direttiva:

a) per licenziamento collettivo si intende ogni licenziamento effettuato da un datore di lavoro per uno o più motivi non inerenti alla persona del lavoratore se il numero dei licenziamenti effettuati è, a scelta degli Stati membri:

I) per un periodo di 30 giorni:

– almeno pari a 10 negli stabilimenti che occupano abitualmente più di 20 e meno di 100 lavoratori;

– almeno pari al 10% del numero dei lavoratori negli stabilimenti che occupano abitualmente almeno 100 e meno di 300 lavoratori;

– almeno pari a 30 negli stabilimenti che occupano abitualmente almeno 300 lavoratori;

II) oppure, per un periodo di 90 giorni, almeno pari a 20, indipendentemente dal numero di lavoratori abitualmente occupati negli stabilimenti interessati;

b) per rappresentanti dei lavoratori si intendono i rappresentanti dei lavoratori previsti dal diritto o dalla pratica in vigore negli Stati membri».

(*Omissis*)

6. A norma dell'art. 5 della Direttiva n. 98/59:

«La presente Direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori o favorire o consentire l'applicazione di disposizioni contrattuali più favorevoli ai lavoratori».

7. Il settimo e l'ottavo «Considerando» della Direttiva n. 2002/14 hanno il seguente tenore:

«(7) Occorre intensificare il dialogo sociale e le relazioni di fiducia nell'ambito dell'impresa per favorire l'anticipazione dei rischi, sviluppare la flessibilità dell'organizzazione del lavoro e agevolare l'accesso dei lavoratori alla formazione nell'ambito dell'impresa in un quadro di sicurezza, promuovere la sensibilizzazione dei lavoratori alle necessità di adattamento, aumentare la disponibilità dei lavoratori a impegnarsi in misure e azioni intese a rafforzare la loro occupabilità, promuovere il coinvolgimento dei lavoratori nella conduzione dell'impresa e nella determinazione del suo futuro, nonché rafforzare la competitività dell'impresa.

(8) Occorre, in particolare, promuovere e intensificare l'informazione e la consultazione sulla situazione e l'evoluzione probabile dell'occupazione nell'ambito dell'impresa, nonché, quando dalla valutazione effettuata dal datore di lavoro risulta che l'occupazione nell'ambito dell'impresa può essere minacciata, sulle eventuali misure anticipatrici previste, segnatamente in termini di formazione e di miglioramento delle competenze dei lavoratori, al fine di evitare tali effetti negativi o attenuarne le conseguenze e di rafforzare l'occupabilità e l'adattabilità dei lavoratori suscettibili di essere interessati da tali effetti».

8. Come risulta inoltre dal diciottesimo «Considerando» della Direttiva n. 2002/14, essa è diretta a istituire un quadro generale che si prefigge di definire prescrizioni minime applicabili ovunque nella Comunità, senza impedire agli Stati membri di prevedere disposizioni più favorevoli ai lavoratori.

9. Con tale quadro generale si intende altresì, come emerge dal diciannovesimo «Considerando» della detta Direttiva, evitare tutti i vincoli amministrativi, finanziari e giuridici tali da contrastare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese. Per tale ragione sembra appropriato, ai sensi del medesimo «Considerando», limitare il campo di applicazione della Direttiva, secondo la scelta fatta dagli Stati membri, alle imprese che impiegano almeno 50 addetti o agli stabilimenti che impiegano almeno 20 addetti.

10. L'art. 1, n. 1, della Direttiva n. 2002/14 così dispone:

«La presente Direttiva si prefigge di istituire un quadro generale che stabilisca prescrizioni minime riguardo al diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nelle imprese o stabilimenti situati nella Comunità».

11. L'art. 2 della stessa Direttiva così dispone:

«Ai fini della presente Direttiva, si intende per: [...]

d) "lavoratore", ogni persona che nello Stato membro interessato, è tutelata come un lavoratore nell'ambito del diritto nazionale del lavoro e conformemente alle prassi nazionali».

12. L'art. 3, n. 1, della Direttiva n. 2002/14 prevede quanto segue:

«La presente Direttiva si applica, a seconda della scelta fatta dagli Stati membri:

a) alle imprese che impiegano in uno Stato membro almeno 50 addetti o

b) agli stabilimenti che impiegano in uno Stato membro almeno 20 addetti.

Gli Stati membri determinano le modalità di calcolo delle soglie di lavoratori impiegati».

13. Ai sensi dell'art. 4, n. 1, della Direttiva n. 2002/14:

«Nel rispetto dei principi enunciati all'articolo 1 e fatte salve le disposizioni e/o prassi in vigore più favorevoli ai lavoratori, gli Stati membri determinano le modalità di esercizio del diritto all'informazione e alla consultazione al livello adeguato in conformità del presente articolo».

14. L'art. 11 della Direttiva n. 2002/14 impone agli Stati membri di adottare tutte le disposizioni necessarie che permettano loro di essere in qualsiasi momento in grado di garantire i risultati imposti dalla stessa Direttiva.

#### *La normativa nazionale*

15. Ai sensi dell'art. L. 421-1 del codice del lavoro francese, l'elezione di delegati del personale è obbligatoria per tutti gli stabilimenti in cui sono impiegati almeno undici lavoratori.

16. Dagli artt. L. 321-2 e L. 321-3 dello stesso codice risulta che i datori di lavoro che intendono procedere a un licenziamento economico sono tenuti a riunire e a consultare il comitato di impresa o i delegati del personale qualora il numero di licenziamenti prospettato sia almeno di dieci in uno stesso periodo di trenta giorni.

17. Prima dell'adozione del decreto n. 2005/892, l'art. L. 620-10 del codice del lavoro così disponeva:

«Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente codice, gli organici dell'impresa vengono calcolati in base alle disposizioni seguenti:

I dipendenti titolari di un contratto a tempo indeterminato a tempo pieno e i lavoratori a domicilio vengono computati integralmente nell'organico dell'impresa.

I dipendenti titolari di un contratto a tempo determinato, i dipendenti titolari di un contratto di lavoro intermittente, i lavoratori messi a disposizione dell'impresa da una impresa esterna, compresi i lavoratori temporanei, vengono computati nell'organico dell'impresa proporzionalmente al loro tempo di presenza nel corso dei dodici mesi precedenti. Tuttavia, i dipendenti titolari di un contratto a tempo determinato, di un contratto di lavoro temporaneo o messi a disposizione da un'impresa esterna sono esclusi dal calcolo dell'organico nel caso in cui sostituiscano un dipendente assente o il cui rapporto di lavoro sia sospeso.

I lavoratori a tempo parziale, indipendentemente dalla natura del loro contratto di lavoro, vengono calcolati dividendo la somma totale degli orari indicati nei loro contratti di lavoro per la durata legale o per la durata convenzionale del lavoro».

18. L'art. 1 del decreto n. 2005/892 ha completato il detto art. L. 620-10 con il seguente comma:

«Il lavoratore dipendente assunto a partire dal 22 giugno 2005 e di età inferiore a 26 anni non viene preso in considerazione fino al raggiungimento del 26° anno di età nel calcolo dell'organico dell'impresa cui appartiene, indipendentemente dal tipo di contratto che lo lega all'impresa. Questa disposizione non può comportare la soppressione di un'istituzione rappresentativa del personale né del mandato di un rappresentante del personale. Le disposizioni del presente comma si applicano fino al 31 dicembre 2007».

#### *La causa principale e le questioni pregiudiziali*

19. Come risulta dagli atti, per rimediare alla preoccupante situazione dell'occupazione in Francia, il Primo ministro ha presentato in Parlamento, nella sua dichiarazione di politica generale dell'8 giugno 2005, un piano d'urgenza per l'occupazione. Perché tali misure potessero

entrare in vigore sin dal 1° settembre 2005, il governo ha chiesto di essere autorizzato a legiferare tramite decreto.

20. L'art. 1 della legge 26 luglio 2005, n. 2005/846 (Jorf del 27 luglio 2005, p. 12223), ha così autorizzato il governo ad adottare mediante decreto ogni misura diretta, tra l'altro, all'assetto delle regole per il calcolo degli organici utilizzate per l'applicazione delle disposizioni relative al diritto del lavoro o di obblighi finanziari imposti da altre normative al fine di favorire, a partire dal 22 giugno 2005, l'assunzione, da parte delle imprese, di lavoratori di età inferiore ai 26 anni.

21. Il 2 agosto 2005, il governo ha adottato, con il decreto n. 2005/892, misure relative all'assetto delle regole per il calcolo degli organici delle imprese, disponendo nel contempo che le norme di tale decreto avrebbero cessato di produrre effetti il 31 dicembre 2007.

22. Dinanzi al *Conseil d'État* hanno presentato ricorso contro il decreto n. 2005/892 la Cgt, la Cfdt, la Cfe-Cgc, la Cftc e la Cgt-Fo.

23. A sostegno dei loro ricorsi, le parti ricorrenti deducono, tra l'altro, che l'assetto delle regole di calcolo degli organici previsto dal citato decreto sarebbe in contrasto con le finalità delle Direttive n. 98/59 e n. 2002/14.

24. Il giudice del rinvio osserva che, sebbene la disposizione contestata del decreto n. 2005/892 non abbia direttamente l'effetto di escludere l'applicazione delle norme nazionali che provvedono all'attuazione delle Direttive n. 98/58 e n. 2002/14, tuttavia, per quel che riguarda gli stabilimenti che occupano più di venti lavoratori, dei quali però meno di 11 di età pari o superiore ai 26 anni, l'applicazione della disposizione controversa può avere la conseguenza di esonerare il datore di lavoro da alcuni obblighi derivanti dalle due menzionate Direttiva.

25. Alla luce di quanto sopra, il *Conseil d'État* ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se, in considerazione dell'obiettivo della Direttiva n. 2002/14, consistente, ai sensi del suo art. 1, n. 1, nell'istituire un quadro generale che stabilisca prescrizioni minime riguardo al diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nelle imprese o negli stabilimenti situati nella Comunità, il fatto che la Direttiva lasci agli Stati membri il compito di determinare le modalità di calcolo delle soglie di lavoratori impiegati, che tale Direttiva stabilisce, debba essere interpretato nel senso che è consentito a tali Stati di prendere in considerazione in modo differenziato talune categorie di lavoratori ai fini dell'applicazione di tali soglie.

2) Se la Direttiva n. 98/59 possa essere interpretata nel senso che essa permette un meccanismo avente l'effetto di esonerare, anche solo temporaneamente, taluni stabilimenti che occupano abitualmente più di 20 dipendenti dall'obbligo di creare una struttura di rappresentanza dei lavoratori, a segui-

to di regole di calcolo del numero dei dipendenti che escludono il computo di alcune categorie di lavoratori ai fini dell'applicazione delle disposizioni relative a tale rappresentanza».

26 Nella decisione di rinvio, il *Conseil d'État* ha chiesto alla Corte di sottoporre il rinvio pregiudiziale a procedimento accelerato, ai sensi dell'art. 104-bis, comma 1, del regolamento di procedura.

27 Con ordinanza del presidente della Corte 21 novembre 2005 tale richiesta è stata respinta.

#### *Sulle questioni pregiudiziali*

28. Occorre preliminarmente rilevare che, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, l'incentivazione dell'occupazione costituisce un obiettivo legittimo di politica sociale e che gli Stati membri, nello scegliere i provvedimenti atti a realizzare gli obiettivi della loro politica sociale, dispongono di un'ampia discrezionalità (v., segnatamente, sentenze 9 febbraio 1999, causa C-167/97, *Seymour-Smith e Perez*, *Racc.*, p. I-623, punti 71 e 74, nonché 20 marzo 2003, causa C-187/00, *Kutz-Bauer*, *Racc.*, p. I-2741, punti 55 e 56).

29. Tuttavia, la discrezionalità di cui godono gli Stati membri in materia di politica sociale non può risolversi nello svuotare di ogni sostanza l'attuazione di un principio fondamentale del diritto comunitario o di una disposizione di tale diritto (v., in tal senso, citate sentenze *Seymour-Smith e Perez*, punto 75, e *Kutz-Bauer*, punto 57).

#### *Sulla prima questione*

30. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'art. 3, n. 1, della Direttiva n. 2002/14 debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale la quale esclude, ancorché temporaneamente, una determinata categoria di lavoratori dal calcolo del numero di lavoratori impiegati ai sensi di tale norma.

31. A tal proposito si deve rilevare che, ai sensi dell'art. 2, lett. *d*, della Direttiva n. 2002/14, per lavoratore ai sensi della stessa Direttiva si intende ogni persona che, nello Stato membro interessato, è tutelata come un lavoratore nell'ambito del diritto nazionale del lavoro e conformemente alle prassi nazionali.

32. Ne consegue che, non essendo contestato che i lavoratori di età inferiore ai 26 anni, considerati dalla disposizione nazionale in discussione sono tutelati dalla normativa nazionale in materia di occupazione, essi sono lavoratori ai sensi della Direttiva n. 2002/14.

33. Vero è che, ai sensi dell'art. 3, n. 1, comma 2, della stessa Direttiva, spetta agli Stati membri determinare le modalità di calcolo delle soglie dei lavoratori impiegati. Questa norma, tuttavia, riguarda la determinazione delle

modalità di calcolo delle soglie dei lavoratori e non la definizione stessa della nozione di lavoratore.

34. Orbene, posto che la Direttiva n. 2002/14 ha definito la cerchia di persone da prendere in considerazione nell'effettuare tale calcolo, gli Stati membri non possono escludere una determinata categoria di soggetti che inizialmente rientravano in tale cerchia. La Direttiva, infatti, sebbene non imponga agli Stati membri il modo in cui tener conto dei lavoratori rientranti nel suo ambito di applicazione in sede di calcolo delle soglie dei lavoratori impiegati, prescrive tuttavia che essi debbano tenerne conto.

35. Come risulta infatti dalla giurisprudenza della Corte, quando una disposizione comunitaria rinvia alle legislazioni e prassi nazionali, gli Stati membri non possono comunque adottare provvedimenti idonei a compromettere l'efficacia della normativa comunitaria entro la quale tale disposizione si iscrive (v., in tal senso, sentenza 9 settembre 2003, causa C-151/02, *Jaeger*, *Racc.*, p. I-8389, punto 59).

36. Per quanto riguarda, in particolare, la Direttiva n. 2002/14, giova osservare come, da un lato, risulti tanto dall'art. 137 *Ce*, che ne costituisce il fondamento normativo, quanto dal diciottesimo «Considerando» e dall'art. 1, n. 1, della stessa Direttiva che essa ha l'obiettivo di stabilire prescrizioni minime riguardo al diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nelle imprese o stabilimenti situati nella Comunità.

37. D'altro lato, si deve necessariamente constatare che il sistema istituito dalla Direttiva n. 2002/14, salve talune eccezioni previste all'art. 3, nn. 2 e 3, della stessa, è destinato ad applicarsi a tutti i lavoratori ricompresi nell'art. 2, lett. *d*, della stessa Direttiva.

38. Orbene, una normativa come quella in discussione nella causa principale, la quale, come l'Avvocato Generale ha osservato al paragrafo 28 delle sue conclusioni, ha la conseguenza di esimere determinati datori di lavoro dagli obblighi previsti dalla Direttiva n. 2002/14 e di privare i loro dipendenti dei diritti dalla stessa riconosciuti, è tale da vanificare i detti diritti e da neutralizzare così l'efficacia della Direttiva.

39. Risulta peraltro dalle osservazioni presentate dal governo francese che la norma nazionale di cui trattasi è destinata ad alleviare gli oneri che gravano sui datori di lavoro in ragione del fatto che l'assunzione di lavoratori supplementari può determinare un superamento delle soglie previste, segnatamente, per l'applicazione degli obblighi sanciti dalla Direttiva n. 2002/14.

40. Per quanto riguarda l'interpretazione della Direttiva n. 2002/14 suggerita da tale governo, secondo il quale l'art. 3, n. 1, della stessa non impedisce agli Stati membri di istituire, così come fa la disposizione controversa, modalità di calcolo delle soglie di lavoratori impiegati che possono spingersi

fino a escludere temporaneamente alcune categorie di lavoratori, allorché tale esclusione è giustificata da un obiettivo di interesse generale costituito dall'incentivazione dell'occupazione giovanile ed è conforme al principio di proporzionalità, è sufficiente rilevare che un'interpretazione del genere è incompatibile con l'art. 11, n. 1, della citata Direttiva, in forza del quale gli Stati membri devono adottare tutte le disposizioni necessarie che permettano loro di essere in qualsiasi momento in grado di garantire i risultati imposti dalla Direttiva n. 2002/14, in quanto tale interpretazione implica che gli Stati potrebbero esimersi, ancorché temporaneamente, da questo obbligo di risultato chiaro e preciso imposto dal diritto comunitario (v., per analogia, sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler* e altri, *Racc.*, p. I-6057, punto 68).

41. Alla luce delle considerazioni che precedono, la prima questione deve essere risolta dichiarando che l'art. 3, n. 1, della Direttiva n. 2002/14 va interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale la quale esclude, ancorché temporaneamente, una determinata categoria di lavoratori dal calcolo del numero di lavoratori impiegati ai sensi di tale norma.

#### *Sulla seconda questione*

42. Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio domanda in sostanza se l'art. 1, n. 1, lett. a, della Direttiva n. 98/59 debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale la quale esclude, ancorché temporaneamente, una determinata categoria di lavoratori dal calcolo del numero di lavoratori impiegati previsto dalla citata norma.

43. Per risolvere la questione, così riformulata, occorre in primo luogo rilevare che la Direttiva n. 98/59 ha inteso assicurare una tutela di analoga natura dei diritti dei lavoratori nei vari Stati membri in caso di licenziamenti collettivi e ravvicinare gli oneri che le dette norme di tutela comportano per le imprese della Comunità (v., per analogia, sentenza 8 giugno 1994, causa C-383/92, Commissione/Regno Unito, *Racc.*, p. I-2479, punto 16).

44. Si deve osservare in secondo luogo che, come risulta dagli artt. 1, n. 1, e 5 della Direttiva n. 98/59, essa mira a istituire una tutela minima relativa all'informazione e alla consultazione dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, fermo restando che gli Stati membri sono liberi di adottare provvedimenti nazionali più favorevoli ai lavoratori.

45. Orbene, non si può che constatare come le soglie fissate dall'art. 1, n. 1, della Direttiva n. 98/59 costituiscano appunto prescrizioni minime del genere, alle quali gli Stati membri possono derogare soltanto in senso più favorevole ai lavoratori.

46. Da un lato, infatti, dalla giurisprudenza della Corte risulta che una normativa nazionale che consente di ostacolare la tutela garantita incondi-

zionatamente ai lavoratori da parte di una Direttiva è contraria al diritto comunitario (sentenza Commissione/Regno Unito, citata, punto 21).

47. D'altro lato, e contrariamente a quanto asserisce il governo francese, la Direttiva n. 98/59 non può essere interpretata nel senso che le modalità di calcolo delle dette soglie, e pertanto le soglie stesse, sono rimesse alla discrezione degli Stati membri, giacché un'interpretazione del genere consentirebbe a questi ultimi di alterare l'ambito di applicazione della Direttiva, privandola così della sua piena efficacia.

48. Orbene, come emerge tanto dalla decisione di rinvio quanto dai paragrafi 73 e 74 delle conclusioni dell'Avvocato Generale, una norma nazionale come quella in discussione nella causa principale è idonea a privare, ancorché temporaneamente, l'insieme dei lavoratori impiegati da talune imprese che occupano abitualmente più di 20 lavoratori dei diritti loro conferiti dalla Direttiva n. 98/59, così compromettendo l'efficacia di quest'ultima.

49. Alla luce di queste considerazioni, la seconda questione pregiudiziale va risolta dichiarando che l'art. 1, n. 1, lett. *a*, della Direttiva n. 98/59 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale la quale esclude, ancorché temporaneamente, una determinata categoria di lavoratori dal calcolo del numero di lavoratori impiegati previsto da tale norma. (*Omissis*)

#### (1) DIMENSIONI DELLE IMPRESE E DIRITTI DI PARTECIPAZIONE:

##### NOTE A MARGINE DI UN PROVVEDIMENTO

##### IN MATERIA DI OCCUPAZIONE GIOVANILE

1. — *Il caso* — Con la sentenza 18 gennaio 2007, causa C-385/05 (Cgt, Cfdt *et al.* contro Primo ministro francese), la Corte di Giustizia europea si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto comunitario di un provvedimento adottato dal governo francese nell'ambito delle politiche mirate a favorire l'occupazione giovanile.

La questione affrontata dalla Corte di Giustizia era sorta nell'ambito di una serie di cause promosse dalle principali confederazioni sindacali francesi dinanzi al Consiglio di Stato che, nell'ordinamento francese, è giudice di prima e unica istanza per le controversie concernenti gli atti amministrativi adottati dal Presidente della Repubblica o dal Primo ministro.

Il provvedimento contestato, nel caso di specie, è il decreto n. 2005/892, adottato dal governo francese sulla base dell'articolo 1 della legge 26 luglio 2005, n. 2005/846. Questo provvedimento, sia pure in via solo temporanea, modificava le regole di calcolo degli organici aziendali previste dall'art. L. 620-10 del codice del lavoro francese. In particolare, il testo di tale articolo, nella novella operata dal contestato decreto, escludeva, in via sperimentale (sino al 31 dicembre 2007), i lavoratori di età inferiore ai 26 anni, assunti a partire da una data precisa (22 giugno 2005), dal computo dei limiti numerici previsti dal codice per l'applicazione di particolari normative o istituti. Tra

questi, per quello che qui più rileva, vi era la presenza obbligatoria in azienda di delegati del personale (che, ai sensi dell'art. L. 421-1 del codice del lavoro devono essere eletti negli stabilimenti che occupano almeno 11 lavoratori) e – aspetto evidentemente connesso al primo – l'espletamento delle procedure di informazione e consultazione del comitato di impresa o dei delegati del personale alle quali, ai sensi degli articoli L. 321-2 e L. 321-3, è tenuto il datore di lavoro che intenda procedere a un licenziamento collettivo (è considerato tale, ai fini dell'applicazione della disciplina di cui agli articoli appena menzionati, il licenziamento economico che riguardi almeno dieci lavoratori in uno stesso periodo di trenta giorni).

A fondamento della contestazione del provvedimento varato dal governo francese, le confederazioni sindacali ricorrenti adducevano il contrasto con le finalità delle Direttive del Consiglio n. 98/59/Ce, in materia di licenziamenti collettivi, e n. 2002/14/Ce, in tema di informazione e consultazione dei lavoratori.

Com'è noto, si tratta di due interventi espressione di intensa attività propositiva e normativa delle autorità comunitarie, mirata ad affidare a percorsi partecipativi la protezione dei lavoratori a fronte di decisioni datoriali che riguardano le condizioni di lavoro o, spesso, le crisi e le trasformazioni aziendali nelle loro ricadute occupazionali, sino a comprendere questioni rilevanti per la gestione strategica e finanziaria dell'azienda [In generale, v. M. Roccella, T. Treu (a cura di), *Diritto del lavoro della Comunità europea* 4, Cedam, Padova, 2007, pp. 431 s.].

Così, nel caso in cui l'azienda intenda procedere a un licenziamento che – sulla base dei criteri qualitativi e quantitativi contemplati dall'art. 1, n. 1, della Direttiva n. 98/59 – si debba qualificare come collettivo, il cuore della disciplina introdotta dal legislatore comunitario è, appunto, rappresentato dalla procedura di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, seguita da quella caratterizzata dall'intervento dell'autorità pubblica competente (M. G. Garofalo, P. Chieco, *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in Aa.Vv., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 2001, spec. p. 20). Un punto cruciale – in termini di effettività – della tutela procedimentale voluta dal legislatore comunitario è costituito dalla presenza dei rappresentanti dei lavoratori quali soggetti attivi dei diritti di informazione e consultazione. Secondo uno schema usuale (M. G. Garofalo, P. Chieco, cit., p. 26; L. Zoppoli, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 433), la Direttiva non individua tali soggetti, ma rinvia a quanto previsto «dal diritto o dalla pratica in vigore negli Stati membri» (art. 1.1, lett. b).

Considerazioni analoghe possono farsi in relazione alla Direttiva n. 2002/14 che, a differenza delle Direttive qualificate in dottrina di prima generazione (M. Magnani, *Direttive comunitarie di vecchia e nuova generazione e trasformazioni dell'impresa*, in *Dir. lav.*, I, 2005, pp. 135 s.), affronta in via sistematica il riconoscimento dei diritti di informazione e consultazione ai lavoratori europei, andando ben oltre alcune vicende dell'azienda pure cruciali, come licenziamenti collettivi e trasferimento d'azienda, o la tutela del bene primario dell'integrità psico-fisica (sicurezza nei luoghi di lavoro e durata della prestazione). Anche in questo caso, il legislatore comunitario rinuncia a introdurre un metodo consultivo uniforme, tanto da far pensare a una totale libertà di ciascuno Stato membro nell'individuazione dei soggetti titolari dei diritti di informazione e consultazione. E, infatti, l'art. 3, n. 1, dopo aver stabilito alcuni limiti numeri-

ci per l'applicazione della Direttiva stessa (imprese che occupano almeno 50 addetti o stabilimenti con almeno 20 addetti), rimette agli Stati la determinazione delle «modalità di calcolo delle soglie di lavoratori impiegati». Questo rinvio – come si vedrà meglio – gioca un ruolo centrale nella soluzione della controversia in esame, in quanto dalla sua corretta interpretazione dipende la compatibilità di una norma nazionale (come quella contestata dalle confederazioni sindacali francesi) che, consentendo di considerare trasparenti o invisibili per il diritto i lavoratori di età inferiore ai 26 anni, finisce per compromettere l'effettività delle tutele di tipo essenzialmente procedimentale poste dalla Direttiva n. 98/59 nello specifico della materia dei licenziamenti collettivi e, in una prospettiva più ampia, dalla Direttiva n. 2002/14, che integra e arricchisce i diritti già esercitabili in base alla normativa comunitaria e nazionale. Come si evince dalla lettura della lunga lista dei Considerando (del decimo, in particolare), quest'ultima Direttiva è frutto della strategia dell'occupazione della Comunità, imperniata sui concetti di anticipazione, prevenzione e occupabilità (Cfr. G. Arrigo, *I diritti di informazione e di consultazione nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. lav.*, I, 2003., p. 70; M. Magnani, cit., p. 138) e – al tempo stesso – esprime una scelta politicamente significativa nella misura in cui, forzando alcune resistenze degli ambienti imprenditoriali, «si colloca oltre il minimo comune denominatore delle situazioni nazionali preesistenti» spingendo, piuttosto, nella direzione dell'armonizzazione nel progresso (M. Roccella, T. Treu, cit., p. 448; v. anche C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford University Press, 2006, p. 733).

2. — *L'attuazione delle Direttive tra prescrizioni minime e garanzia della loro effettività: le finalità esplicitate nei Considerando* — La sentenza in commento non è di quelle che attirano grande attenzione o curiosità: non innova né desta particolari preoccupazioni per più o meno potenziali effetti restrittivi della protezione sociale accordata dagli ordinamenti interni nelle vicende legate alle trasformazioni e/o crisi delle imprese. Essa è un sintomo ulteriore di quella tendenza, risalente nel tempo e dai caratteri sempre più marcati, che vede la Corte di Giustizia giocare un ruolo cruciale nel calmierare i costi di un'integrazione da sempre sbilanciata sul versante economico e tuttora affannosa sul versante politico e su quello sociale.

Per molti versi, e con molto meno clamore, si inserisce nell'ambito problematico che ha trovato nella più nota sentenza *Mangold* (causa C-144/04, *Mangold v. Helm*) un momento di emersione importante: la ricerca del giusto equilibrio tra gli interventi in materia di occupazione e la garanzia delle tradizionali tutele del lavoro dipendente (In generale, cfr. S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 39; A. Perulli, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 5; più nello specifico, O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2, II, 2006, p. 266; L. Calafà, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, in q. *Riv.*, n. 2, II, 2006, p. 222).

Il provvedimento adottato dal legislatore francese e sottoposto al giudizio di compatibilità con il diritto comunitario si colloca – almeno apparentemente – in una zona dai margini fumosi, nella quale l'autonomia e la libertà degli Stati membri nella definizione degli obiettivi di politica sociale, così come nella scelta degli strumenti mira-

ti alla loro realizzazione, sono velate dal rischio di pregiudicare quelli che la Corte di Giustizia (sempre più) esplicitamente inquadra come «principi fondamentali del diritto comunitario». Come ribadito nei punti 28 e 29 della decisione in commento, l'incentivazione della occupazione costituisce un «obiettivo legittimo di politica sociale» e gli Stati membri, nello scegliere i provvedimenti atti a realizzare gli obiettivi della loro politica sociale, dispongono di un'«ampia discrezionalità». Questa, tuttavia, non può risolversi nello «svuotare» di ogni sostanza l'attuazione di un «principio fondamentale del diritto comunitario». Il punto nodale, allora, è quello di stabilire quale sia il margine di discrezionalità entro il quale la politica nazionale può svolgersi senza incagliarsi sullo scoglio dei principi fondamentali del diritto comunitario come individuati, specificati e tutelati dalla Corte Giustizia nella sua opera di laboriosa ricostruzione.

A questo fine, è bene soffermarsi brevemente proprio sulla ricorrente e sempre più imbarazzante distinzione tra *principi* e *diritti* che, nel caso di specie, sembra potersi decifrare con una certa disinvoltura.

Sembra chiaro, infatti, che il provvedimento contestato era destinato a incidere sul godimento di veri e propri diritti: quelli alla informazione e alla consultazione che, in presenza di imprese o stabilimenti dotati di una certa consistenza dimensionale, sono riconosciuti ai lavoratori e/o alle loro rappresentanze. Qui il legislatore comunitario – come in molte altre occasioni – usa accortamente il bilancino per dosare rigidità della regola (la sottoposizione dell'esercizio delle prerogative manageriali a vincoli procedurali) e duttilità delle sue modalità di attuazione. Una duttilità che, ove siano implicate caratteristiche degli ordinamenti nazionali e, in particolare, dei sistemi di relazioni industriali, che poco tollerano interventi sovraordinati di tipo rigido, è quanto mai opportuna se non proprio necessaria, in coerenza con le regole che governano la distribuzione di competenze nei rapporti tra ordinamenti e, in una prospettiva più ampia, con la teoria detta del *multilevel constitutionalism* [Secondo la quale il potere di esercitare diritti sovrani è diviso tra due o più livelli: per tutti, almeno nel dibattito italiano, v. B. Veneziani, *La Costituzione europea, il diritto del lavoro e le icone della solidarietà*, in G. Ferrara, M. Pallini, B. Veneziani (a cura di), *Costituzione europea: quale futuro?*, Ediesse, Roma, 2006, p. 15]. Il bilancino fornito dal legislatore comunitario si rintraccia nel lungo elenco dei Considerando delle Direttive e, in particolare, della Direttiva quadro del 2002 la quale, secondo una tradizione che si va sempre più consolidando, presenta un *mix* piuttosto articolato e complesso delle ragioni, giustificazioni e finalità dell'intervento.

Rinviando ad altra sede per più opportuni approfondimenti, basti qui ricordare che il principio fondamentale coinvolto nel caso di specie è uno di quelli che, addirittura, assumono la forma giuridica del diritto. Si tratta, appunto, del diritto all'informazione e alla consultazione, cui la Direttiva n. 2002/14 riconosce specifico valore e del quale (nei ben 31 Considerando) illustra la *funzione* in relazione a una pluralità di finalità – il cui filo conduttore è quello del buon funzionamento del mercato interno ed esterno dell'impresa – sino a far dipendere dal principio dell'informazione e consultazione «in tempo utile» il «successo dei processi di ristrutturazione e di adattamento delle imprese alle nuove condizioni indotte dalla globalizzazione dell'economia» (Considerando n. 9) e, per questa via, la partecipazione di tutti i cittadini ai benefici dello sviluppo economico, perché «lo sviluppo del mercato deve realizzarsi in modo armonioso» (Considerando n. 11).

È noto che i Considerando, come i *Preamboli*, degli atti comunitari di diritto derivato hanno (almeno) valore interpretativo e sono utilizzati dalla Corte di Giustizia per esercitare il controllo di legittimità sugli atti stessi. Argomentando estensivamente, può dirsi che i Considerando contribuiscono a specificare l'oggetto e la portata degli atti comunitari, comprese le Direttive e, quindi, orientano l'attività della Corte anche lì dove si tratti di valutare la compatibilità comunitaria delle normative nazionali. Questo è particolarmente evidente nel caso di specie, nel quale la Corte fa largo uso dei Considerando per individuare i principi, le regole e le modalità fissati dalla Direttiva in tema di informazione e consultazione. Si tratta di un'operazione importante, che va messa in relazione con quella che, nella pronuncia della Corte, riveste carattere preliminare: la valutazione di legittimità dell'obiettivo (l'incentivazione dell'occupazione) perseguito dal legislatore francese con un provvedimento che, troppo semplicisticamente e, comunque, genericamente, si afferma essere collegato alla situazione di emergenza occupazionale che caratterizza l'esperienza francese.

Tuttavia, come si vedrà meglio nel prossimo paragrafo, la soluzione del caso di specie non richiede un apprezzamento della *proporzionalità* tra la deroga al principio fondamentale alla informazione/consultazione e l'esigenza del fine perseguito nell'ambito delle politiche mirate a incentivare l'occupazione. Questa problematica rimane ai margini di un discorso tutto incentrato sulle finalità dell'intervento del legislatore comunitario in materia di diritti di informazione e consultazione e, dunque, sulla corretta individuazione dell'ambito di applicazione entro il quale il godimento di quei diritti deve essere assicurato, ovvero, reciprocamente, dei limiti e condizioni entro cui possa essere escluso.

3. — *Tutela procedimentale e dimensioni dell'impresa* — Il punto cruciale della sentenza in epigrafe riguarda il rinvio alla (libera) determinazione degli Stati membri delle «modalità di esercizio del diritto all'informazione e alla consultazione» (art. 3, n. 1, Direttiva n. 2002/14). Si tratta di un rinvio che esprime la grande cautela del legislatore comunitario (O una vera e propria ritrosia che, secondo alcuni, può provocare e/o legittimare effetti negativi in termini di disomogeneità delle tutele: cfr. M. G. Garofalo, P. Chieco, cit., spec. nota 59) nell'interferire con le legislazioni nazionali in materia di lavoro, ma anche con le prassi, in un ambito sensibile come quello delle relazioni industriali e, dunque, delle tradizioni sindacali che caratterizzano le esperienze nazionali, con frequenti e complicate implicazioni di rilievo costituzionale. Basti qui solo accennare alla scelta — significativa e, al tempo stesso, fonte di perduranti dubbi interpretativi — di escludere dalla competenza comunitaria materie nevralgiche, come il diritto di associazione e il diritto di sciopero (art. 137.5 del Trattato istitutivo della Comunità europea, nella versione consolidata).

Tuttavia, questi aspetti non sono affatto coinvolti nel giudizio di compatibilità comunitaria del provvedimento contestato.

Come spiega la Corte di Giustizia, i margini lasciati alla discrezionalità degli Stati membri nella determinazione delle «modalità di esercizio dei diritti di informazione e consultazione» sono da riferire esclusivamente alle «modalità di calcolo delle soglie dei lavoratori» e non possono riguardare anche la stessa «nozione di lavoratore» (punto 33 della decisione), sino a frantumarla in base a caratteristiche (personali) — come l'età — che certo non incidono sulla consistenza dimensionale dell'impresa che, nella valuta-

zione operata dal legislatore comunitario (Considerando n. 19) è il solo criterio utile a stabilire se l'impresa stessa sia in grado di sostenere il peso derivante dalla previsione degli obblighi di informazione e consultazione. Il legislatore nazionale può optare per un criterio che si riferisca alla impresa (con almeno 50 dipendenti) o allo stabilimento (con almeno 20 dipendenti) ma, una volta operata tale opzione, non può considerare «in modo differenziato» i lavoratori che, anche se giovani, sono pur sempre «lavoratori» ai fini dell'applicazione dei limiti numerici previsti dalla Direttiva n. 2002/14. A sostegno di tale interpretazione, la Corte di Giustizia insiste sulla stessa definizione di lavoratore fornita dall'art. 2, lett. *d*, ai sensi del quale è tale «ogni persona che, nello Stato membro interessato, è tutelata come un lavoratore nell'ambito del diritto nazionale del lavoro e conformemente alle prassi nazionali» (Vedi punto 31 della decisione).

La Corte di Giustizia perviene a conclusioni analoghe in relazione alla Direttiva n. 98/59 che, nell'articolo 1, n. 1, fissa soglie dimensionali che costituiscono «prescrizioni minime» alle quali gli Stati membri possono derogare soltanto in senso più favorevole ai lavoratori e, comunque, senza alterare l'ambito di applicazione della Direttiva stessa, privandola della sua piena efficacia (punto 47 della decisione).

Va, però, precisato che la Corte giunge a questo risultato per via interpretativa, in quanto – a differenza della Direttiva n. 2002/14 – la Direttiva n. 98/59 non contiene alcuna definizione della nozione di lavoratore, né presenta disposizioni analoghe all'articolo 3, n. 1, comma 2, della Direttiva quadro in materia di informazione e consultazione.

La Corte, accogliendo quanto suggerito dalle conclusioni presentate dall'Avvocato generale (12 settembre 2006), fonda il proprio giudizio sulla constatazione che, se è vero che la Direttiva n. 98/59 «non impone, almeno direttamente e formalmente, l'introduzione di una struttura di rappresentanza dei lavoratori, essa implica però, come condizione preliminare all'informazione e alla consultazione [...] che gli Stati membri adottino le misure necessarie per garantire la designazione di tali rappresentanti» (punto 70 delle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale). Al fine, dunque, di istituire una tutela minima relativa alla informazione e alla consultazione dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, la Corte riconosce che le soglie fissate dall'art. 1, n. 1, della Direttiva n. 98/59 costituiscono «prescrizioni minime», alle quali gli Stati membri possono derogare soltanto in senso più favorevole ai lavoratori.

Ne risulta, nel ragionamento della Corte, che la novella dell'art. 620-10 del codice del lavoro francese, poiché «idonea a privare, ancorché temporaneamente, l'insieme dei lavoratori impiegati da talune imprese – quelle che occupano abitualmente più di 20 lavoratori, dei quali però meno di 11 di età pari o superiore a 26 anni – dei diritti loro conferiti» dalla Direttiva n. 98/59 e dalla Direttiva n. 2002/14, è da considerare incompatibile con il diritto comunitario.

4. — *Le altre ragioni di interesse: il contesto nazionale nel quale è adottato il provvedimento contestato. Considerazioni a latere* — Ancora una volta le ragioni dell'interesse per un intervento della Corte di Giustizia sono da individuare nella tensione critica tra le scelte del legislatore nazionale e il diritto europeo e nel disorientamento che ne sembra derivare.

Innanzitutto, è singolare che l'intervento della Corte di Giustizia, in questo caso, abbia a oggetto un provvedimento adottato dal governo del paese che, più di ogni al-

tro e sin dalle origini, ha spinto nella direzione di un gioco al rialzo degli *standard* di protezione contro pratiche di *dumping* sociale.

Come messo in evidenza da altre vicende francesi che, di recente, hanno attirato l'attenzione dell'opinione pubblica e della comunità scientifica, l'emergenza occupazionale appare come la giustificazione – abusata quanta sbrigativa – di interventi sempre più ispirati alla logica della riduzione dei (presunti) costi connessi alle forme di protezione sociale. Solo a titolo di esempio, si possono ricordare i problemi – anche di costituzionalità – sollevati dal tentativo di introduzione del *contrat première embauche* [Problemi che il *Conseil constitutionnel* ha «evitato» di affrontare, nascondendosi dietro rilievi di natura logico-formale e limitandosi a un'analisi delle disposizioni denunciate che è sembrata decontestualizzata rispetto agli istituti e ai principi fondamentali coinvolti (tra questi, anche il principio di eguaglianza), finendo per avallare l'intervento legislativo contestato, il quale è stato poi ritirato dallo stesso legislatore, messo alle strette dalla mobilitazione sociale che si era scatenata: su questi aspetti, sia consentito il rinvio ad A. Vimercati, *Quando la precarietà giustifica la precarizzazione*, in *q. Riv.*, 2006, II, p. 421], così come l'alto grado di *insécurité juridique* che caratterizza il *contrat nouvel embauche* e che, riconosciuto contrastante con la Convenzione n. 158 dell'Oil dalla Corte d'Appello di Parigi [Decisione del 6 luglio 2007, n. S 06/06992, su cui v. *Liaisons Sociales*, n. 14910, 10 luglio 2007; in generale, cfr. O. Kaufmann, *Weakening of Dismissal Protection or Strengthening of Employment Policy in France?*, in *ILJ*, vol. 36, n. 3, 2007, p. 267), sembra destinato a essere assorbito dal «contratto di lavoro unico» (*contrat de travail unique*), il quale è generalmente considerato come la risposta del legislatore francese alle istanze in materia di *flexicurity* (cfr. S. Laulom, C. Vigneau, *France*, in B. Caruso, S. Sciarra (eds.), *Flexibility and Security in Temporary Work: a Comparative and European Debate*, in *Working Papers Csdle*, Int-56/2007, in [http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/caruso\\_sciarra\\_n56-2007/int.pdf](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/caruso_sciarra_n56-2007/int.pdf), p. 13].

Questi esempi, come il caso affrontato nella sentenza che qui si commenta, raccontano della tensione sempre (più) viva tra l'urgenza di adottare misure di politica occupazionale mirate a favorire l'occupazione e la difesa delle tradizionali garanzie (anche in termini di continuità) del lavoro dipendente; garanzie peraltro dotate di un solido fondamento costituzionale.

Si tratta, come si sa, di una tensione presente anche in Italia, oltre che in altre esperienze europee. Basti ricordare, ancora una volta, il caso *Mangold* e, in particolare, il problema della compatibilità col divieto di discriminazioni in ragione dell'età, di cui alla Direttiva n. 2000/78/Ce (*infra*), della disciplina tedesca delle assunzioni a termine, nella parte in cui consentiva di procedere senza alcuna restrizione alla stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato con lavoratori «anziani».

In definitiva, può dirsi che questi esempi – per quanto tra loro eterogenei e con livelli di complessità che in questa sede non è dato approfondire – raccontino della pretesa dei legislatori nazionali di sfuggire a serie valutazioni di coerenza tra politiche occupazionali e assetti costituzionali interni ma anche, e sorprendentemente, con l'ancora embrionale modello sociale dell'Unione europea, frutto – per lo più – della paziente opera di definizione praticata dalla Corte di Giustizia, attraverso un processo interpretativo volto al graduale bilanciamento degli originari valori economici costitutivi della Comunità, con i valori sociali progressivamente entrati a far parte del tessuto connettivo dell'Unione europea.

Nel caso affrontato dalla sentenza in commento, la natura compromissoria di tale processo sembra particolarmente evidente: il provvedimento adottato dal legislatore francese si incaglia su un principio che trova oggi fondamento nell'articolo 137 TCe ma, è bene ricordarlo, presenta una chiara matrice mercantile. Almeno in origine, infatti, il riconoscimento dei diritti di informazione e di consultazione, più che espressione di diritti sociali fondamentali dei lavoratori, è considerato come una priorità della politica della comunità, essenzialmente nell'ambito della politica europea per l'occupazione (M. Magnani, cit., p. 139). Si tratta, in altre parole, di un riconoscimento rivelatore della dicotomia di fondo che caratterizza la politica sociale comunitaria, costantemente rivolta a temperare la prevalente concezione orientata alle logiche di mercato con qualche correttivo in funzione sociale [M. Freedland, *Employment Policy*, in P. Davies, A. Lyon-Caen, S. Sciarra, S. Simitis (eds.), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Clarendon, Oxford, 1996, p. 287]. Il coinvolgimento dei lavoratori quale modalità di influenza nelle decisioni dell'impresa presenta una forma asettica, al riparo da contaminazioni di tipo conflittuale – come quelle che riconoscono e fondano l'azione sindacale nella maggior parte dei contesti costituzionali nazionali – ed esprime una vocazione prettamente funzionalista: a seguito dei Trattati di Amsterdam e di Nizza i diritti di informazione e partecipazione, seppure qualificati come «diritti fondamentali dei lavoratori», sono teleologicamente coordinati con vari obiettivi di politica sociale «e quindi assorbiti da questa più *materiale* configurazione» (G. Arrigo, cit., p. 71).

Ma questi diritti non sono di quelli che appassionano e, forse per questo, una sentenza come quella in commento non desta particolari clamori, nonostante riconosca all'informazione e alla consultazione il carattere di principi fondamentali e li qualifichi come diritti, la cui efficacia non può essere compromessa dai provvedimenti adottati dal legislatore nazionale. E questo, in una fase in cui si tende a negare ai diritti sociali proprio la natura di diritti, non provoca grande interesse ma, sommessamente, insinua il dubbio che certi vizi di origine, nonostante le forme di *lifting* cui sono sottoposti, difficilmente riusciranno a superare i problemi di una profonda diversità strutturale rispetto alle consuete discipline di regolazione dei rapporti di lavoro.

Il dubbio, in altre parole, riguarda i criteri o gli strumenti con i quali si dovrà operare il giudizio di proporzionalità in una stagione sempre più segnata dall'aggravarsi dei problemi occupazionali e nella quale lo smantellamento delle tutele, individuali e collettive, per via diretta o solo indiretta, tende ad apparire come la strada più sbrigativa ed efficace per recuperare efficienza e stabilità al sistema economico, come se la partita non si debba giocare anche, e necessariamente, sul versante sociale.

In conclusione, se la Corte di Giustizia, nel caso di specie, ha concentrato il suo interesse, quasi esclusivamente, sulla compatibilità con un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario (solo) dello strumento utilizzato dal legislatore francese nel perseguimento di un obiettivo di politica occupazionale, rimane sullo sfondo una questione ancora non del tutto esplicitata e, soprattutto, non del tutto indagata nelle sue molteplici implicazioni: sino a che punto si può ritenere legittimo – o solo opportuno – perseguire un obiettivo di politica nazionale che, inevitabilmente, colloca in una situazione di vantaggio soggetti che – si presume – sono caratterizzati da una situazione di svantaggio rispetto ad altri soggetti?

Parte delle risposte – e dei nuovi problemi all'ordine del giorno nell'agenda politica nazionale e comunitaria – si trova nella tutela contro le discriminazioni che, come ha chiarito la Corte di Giustizia nel caso *Mangold*, «trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», oltre che nella Direttiva n. 2000/78/Ce, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e che, [solo] in relazione all'età, ammette deroghe al divieto di trattamenti differenziati. Quest'ultima Direttiva, come è noto, trova fondamento nell'art. 13 TCe che, forgiato nel processo riformatore di Amsterdam (M. Roccella, T. Treu, cit., p. 287), ha dato nuova linfa alla costruzione dell'Unione europea che, se pure ancora fortemente sbilanciata sul versante economico, ora include la lotta contro la discriminazione basata su una molteplicità di fattori di rischio in quel nucleo di valori condivisi che sempre più suole essere identificato come «modello sociale europeo» [C. Barnard, cit., p. 49; più in generale, v. N. Adnett, S. Hardy, *The European Social Model: Modernisation or Evolution*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005; M. Barbera, *Introduzione*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, spec. pp. XL ss.]. Ma il modello sociale europeo, sempre più chiaro sulla carta, ha bisogno di essere interpretato anche da attori diversi da quelli istituzionalmente preposti a farlo: oltre alla Corte di Giustizia, sono richiesti sullo scenario europeo attori sociali che diano vita a quel modello e, per far questo, possono oggi trovare – grazie alla sentenza qui commentata – un sostegno o, almeno, una difesa importante: per quanto di matrice mercantile, il diritto di natura socio-economica all'informazione e consultazione assume pur sempre il carattere di «principio fondamentale del diritto comunitario».

Aurora Vimercati

*Ricercatore in Diritto del lavoro*

*presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*

CASSAZIONE, 21 settembre-5 ottobre 2007, n. 36642, Sez. II penale – Pres. Rizzo, Est. Ambrosio, P.M. Cetrangolo (concl. diff.) – L. e altri ricorrenti.

Conf. App. Cagliari, Sez. distaccata di Sassari, 21 gennaio 2003.

**Contratto di lavoro – Condizioni di lavoro ingiuste – Accettazione – Difformità dal contratto collettivo – Estorsione – Sussistenza – Estremi.**

*Un accordo contrattuale tra datore e prestatore di lavoro, nel senso dell'accettazione da parte di quest'ultimo di percepire una paga inferiore ai minimi retributivi o non parametrata alle effettive ore lavorative, non esclude, di per sé, la sussistenza dei presupposti dell'estorsione mediante minaccia, in quanto anche uno strumento teoricamente legittimo può essere usato per scopi diversi da quelli per cui è apprestato e può integrare, al di là della mera apparenza, una minaccia ingiusta, perché è ingiusto il fine a cui tende, e idonea a condizionare la volontà del soggetto passivo, interessato ad assicurarsi comunque una possibilità di lavoro altrimenti esclusa per le generali condizioni ambientali o per le specifiche caratteristiche di un particolare settore di impiego della manodopera. (1)*

*(Omissis)*

1.1. Con sentenza in data 21 gennaio 2003 la Corte d'Appello di Cagliari, Sez. distaccata di Sassari, in riforma della sentenza di assoluzione emessa dal Tribunale di Nuoro in data 7 novembre 2000 (*Omissis*) dichiarava L. G., L. M. e L. A. responsabili dei delitti, a essi rispettivamente ascritti, di estorsione aggravata e continuata e, concesse le attenuanti generiche, prevalenti sulle aggravanti contestate, li condannava alla pena di anni tre, mesi sei di reclusione ed euro 800,00 di multa, nonché, in solido, al pagamento delle spese del doppio grado.

Secondo la prospettazione accusatoria, recepita dai giudici di appello, gli imputati avevano posto in essere una serie di comportamenti estorsivi nei confronti di proprie lavoratrici dipendenti, costringendole ad accettare trattamenti retributivi deteriori e non corrispondenti alle prestazioni effettuate e, in genere, condizioni di lavoro contrarie alla legge e ai contratti collettivi.

*(Omissis)*

I giudici di secondo grado rilevavano che l'idoneità della condotta degli imputati a integrare l'elemento strutturale della minaccia emergeva da un complesso di elementi, quali l'ingiustizia della pretesa, la personalità sopraffattrice dei soggetti agenti, le circostanze ambientali quanto mai favorevoli ai datori di lavoro.

*(Omissis)*

1.2. Avverso la sentenza di secondo grado hanno proposto ricorso per cassazione L. G. e L. A., per mezzo del loro difensore, nonché L. M. di persona.

1.2.1. Il difensore di L. G. e L. A. deduce:

– violazione dell'art. 606, lett. *b*, cod. proc. pen. con riferimento all'art. 629 cod. pen.; secondo la difesa la violazione delle norme collettive risultava concordata tra le parti sin dall'origine, senza ricorso ad alcuna violenza;

– violazione dell'art. 606, lett. *e*, cod. proc. pen. con riferimento all'art. 629 cod. pen. e agli artt. 1427-1434-1435 cod. civ.;

– mancanza di motivazione; secondo la difesa la Corte d'Appello non avrebbe motivato sul punto del difetto di costrizione delle dipendenti nella determinazione dell'accordo contrattuale; inoltre non avrebbe tenuto conto dell'estraneità alla gestione di L. G.

1.2.2. L. M. deduce:

– violazione di legge e vizio di motivazione e, in particolare, violazione degli artt. 192 e 194 cod. proc. pen. e 629 cod. pen. Secondo il ricorrente, la sentenza impugnata avrebbe omesso di differenziare le posizioni degli imputati e vagliare la credibilità dei testimoni; avrebbe, quindi, individuato la prova di tale costringimento nel mero condizionamento ambientale, che non potrebbe ascriversi al datore di lavoro.

*(Omissis)*

2.1. I due ricorsi, articolandosi sotto il duplice profilo della violazione di legge e del vizio di motivazione, si incentrano su una comune e principale doglianza: entrambi i ricorrenti lamentano, infatti, che la Corte territoriale non abbia adeguatamente apprezzato la circostanza che la violazione delle normativa a tutela del lavoratore aveva costituito, nello specifico, il risultato di un accordo tra le parti, di tal che l'accordo, seppure illecito e nullo sotto il profilo privatistico, non integrerebbe un fatto rilevante agli effetti dell'art. 629 cod. pen., per difetto del requisito della minaccia.

Ciò posto, e considerato che la sostanziale identità delle censure consente una trattazione per buona parte unitaria, il nodo centrale della decisione si rivela quello della qualificazione giuridica della condotta ascritta agli imputati; a tal fine occorre verificare se la ricostruzione del fatto storico sia suscettibile di censura sotto il profilo logico e, quindi, accertare se la fattispecie sia stata correttamente inquadrata nel paradigma dell'art. 629 cod. pen. *(Omissis)*

L'evento finale della disposizione patrimoniale lesiva del patrimonio proviene, infatti, dalla stessa vittima ed è il risultato di una situazione di costrizione determinata dalla violenza o dalla minaccia del soggetto agente. In particolare il potere di autodeterminazione della vittima non è completamente annullato, ma è, tuttavia, limitato in maniera considerevole *(Omissis)*.

In questa prospettiva anche lo strumentale uso di mezzi leciti e di azioni astrattamente consentite può assumere un significato ricattatorio e genericamente estorsivo, quando lo scopo mediato sia quello di coartare l'altrui volontà; (*Omissis*) (cfr. Cass. pen., Sez. II, 17 ottobre 1973, n. 877). Allo stesso modo la prospettazione di un male ingiusto può integrare il delitto di estorsione, pur quando si persegua un giusto profitto e il negozio concluso a seguito di essa si riveli addirittura vantaggioso per il soggetto destinatario della minaccia (cfr. Cass. pen., Sez. II, 28 aprile 1992, n. 1071).

(*Omissis*)

Si spiega così perché la «minaccia», da cui consegue la coazione della p.o., possa presentarsi in molteplici forme ed essere esplicita o larvata, scritta od orale, determinata o indeterminata, e finanche assumere la forma di esortazioni e di consigli. Ciò che rileva, al di là delle forme esteriori della condotta, è, infatti, il proposito perseguito dal soggetto agente, inteso a perseguire un ingiusto profitto con altrui danno, nonché l'idoneità del mezzo adoperato alla coartazione della capacità di autodeterminazione del soggetto agente.

(*Omissis*)

Merita puntualizzare che – contrariamente a quanto dedotto dal ricorrente L. M. – i riscontri fattuali dell'accusa non sono stati attinti dalle sole deposizioni di «persone (pretesamente) portatrici di interessi confliggenti con quelli dell'imputato», di cui non sarebbe stata valutata l'attendibilità, ma risultano desunti da un complesso di elementi di prova orale e documentale, ivi inclusi i risultati degli accertamenti effettuati dall'Ispettorato del lavoro, confermati in sede di deposizioni testimoniali; (*Omissis*)

Il L. M. lamenta che i giudici di appello abbiano confuso i due concetti di «accordo contrattuale» e «trattative», senza considerare che «la trattativa o libera contrattazione non è un presupposto necessario per l'instaurarsi di un rapporto di lavoro dipendente» (così a p. 3 del ricorso).

Orbene ritiene il Collegio che l'osservazione del ricorrente, seppure fa leva su un'indubbia improprietà espressiva, non scalfisce la valenza motivazionale della decisione impugnata, la quale si fonda sul principale rilievo dell'irrelevanza del formale ricorso al contratto, allorché questo risulta strumentalizzato al perseguimento di un ingiusto profitto.

(*Omissis*)

Valga considerare che questa Corte è costante nel ritenere che un accordo contrattuale tra datore di lavoro e dipendente, nel senso dell'accettazione da parte di quest'ultimo di percepire una paga inferiore ai minimi retributivi o non parametrata alle effettive ore lavorative, non esclude, di per sé, la sussistenza dei presupposti dell'estorsione mediante minaccia, in quanto anche uno strumento teoricamente legittimo può essere usato per scopi diversi da quelli per cui è apprestato e può integrare, al di là della mera apparen-

za, una minaccia, ingiusta, perché è ingiusto il fine a cui tende, e idonea a condizionare la volontà del soggetto passivo, interessato ad assicurarsi comunque una possibilità di lavoro, altrimenti esclusa per le generali condizioni ambientali o per le specifiche caratteristiche di un particolare settore di impiego della manodopera (*ex plurimis* Cass. pen., Sez. II, 24 gennaio 2003, n. 3779; Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 2002, n. 5426).

(*Omissis*)

Orbene, nelle vicende all'esame, i giudici di merito hanno elencato tali e tanti comportamenti prevaricatori dei datori di lavoro in costante spregio dei diritti delle lavoratrici (si pensi non solo all'erogazione di retribuzioni inferiori ai minimi sindacali e alla correlativa pretesa di far firmare prospetti-paga per importi superiori a quelli corrisposti, ma anche all'assenza di copertura assicurativa, alla mancata concessione delle ferie, alla prestazione di lavoro straordinario non retribuito ecc.) da rendere evidente, con la stessa eloquenza dei fatti, da un lato, che gli imputati, al di là del ricorso a esplicite minacce, si sono costantemente avvalsi della situazione del mercato del lavoro a essi particolarmente favorevole e, dall'altro, che il potere di autodeterminazione delle lavoratrici è stato compromesso dalla minaccia larvata, ma non per questo meno grave e imminente, di avvalersi di siffatta situazione. In tale contesto si rivelano infondate le deduzioni dei ricorrenti – ai limiti del merito – in ordine all'esistenza di un accordo contrattuale: invero ciò che rileva agli effetti dell'art. 629 cod. pen. è che l'«accordo» non fu raggiunto liberamente, ma (nella descritta situazione) estorto.

(*Omissis*)

2. Per la parte in cui sollecitano specifiche questioni i ricorsi richiedono alcune osservazioni aggiuntive.

Innanzitutto – rettificando la motivazione dei giudici di appello (*Omissis*) – occorre dire che la circostanza che le dipendenti potessero agire innanzi al giudice del lavoro non esclude, ma anzi conferma l'ingiustizia della pretesa; mentre il fatto che il L. sia rimasto inadempiente alle obbligazioni di pagamento accertate nel processo del lavoro, attiene all'aspetto risarcitorio e/o ripristinatorio.

(*Omissis*)

2.3. Per quanto riguarda, poi, la specifica posizione del L. G. si osserva che i giudici di appello, pur dando atto che «le redini della situazione» erano in mano a L. A., hanno individuato una serie di elementi di fatto (le modeste dimensioni dell'azienda, il rapporto di coniugio tra i due coimputati del medesimo reato, l'atteggiamento ostruzionistico tenuto da entrambi nel corso della visita ispettiva) univocamente deponenti per una gestione familiare dell'azienda e, correlativamente, per un ruolo attivo del ricorrente nella consumazione dell'estorsione.

(*Omissis*).

2.4. Infine, per quanto riguarda la prescrizione excepta in udienza dalla difesa di L. M., si osserva (*Omissis*) che alla fattispecie si applica il «vecchio» testo degli artt. 157 e 160 cod. pen., deve osservarsi che non è ancora decorso il termine di anni quindici di prescrizione.

In definitiva per la prevalenza delle ragioni di infondatezza su quelle di inammissibilità, i ricorsi vanno rigettati con i consequenziali provvedimenti in ordine alle spese processuali. (*Omissis*)

(1) L'ACCETTAZIONE DI ILLECITE CONDIZIONI LAVORATIVE  
NON ESCLUDE IL DELITTO DI ESTORSIONE

1. — *Il fatto all'origine del giudizio della Corte* — Secondo la sentenza 5 ottobre 2007, n. 36642, emanata dalla seconda Sezione penale della Corte di Cassazione, il comportamento del datore di lavoro il quale, approfittando di una marcata posizione di forza nel rapporto contrattuale, «costringe» il lavoratore alla conclusione di un contratto, le cui sottostanti condizioni siano difformi e lesive del patrimonio giuridico che gli fa capo, costituisce reato, integrando il delitto di «estorsione».

La fattispecie trattata nella sentenza in commento ha a oggetto gli esiti di una estesa indagine effettuata dall'ispettorato del lavoro di Nuoro, nella quale si iscrive la vicenda dei datori di lavoro che avevano costretto alcune lavoratrici, mediante la seria prospettiva della perdita del posto, ad accettare condizioni retributive non corrispondenti alle prestazioni effettuate e ai parametri stabiliti nel contratto, tenuto conto anche delle condizioni di mercato caratterizzato da uno sbilanciamento tra la domanda e l'offerta di lavoro.

Il Tribunale di Nuoro, nonostante tali circostanze fossero state processualmente accertate, aveva tuttavia ritenuto non ravvisabile una responsabilità penale di tipo estorsivo, per carenza della cd. «coartazione della volontà», così come prevista dall'art. 629 cod. pen., in quanto «il licenziamento aveva costituito una condizione preesistente all'assunzione per le dipendenti che non avessero voluto accettare le chiare, anche se illegali, condizioni proposte dagli imputati».

Al contrario la Corte d'Appello di Cagliari rilevava che la condotta degli imputati, debitamente «circostanziata», era stata idonea a integrare l'elemento della «minaccia», seppure implicita, e quindi a coartare la volontà dei dipendenti, in relazione a un complesso di elementi, quali la personalità sopraffattrice dei soggetti agenti, le circostanze ambientali – il mercato del lavoro nettamente favorevole a questi ultimi –, l'ingiustizia della pretesa (assunzione in mancanza di libretto di lavoro, di copertura assicurativa, di ferie, di straordinari, con prospetti paga di importi superiori a quelli effettivamente percepiti). Riformava quindi la sentenza di assoluzione di primo grado pronunciata con la formula «perché il fatto non sussiste» e riteneva gli imputati responsabili del reato di estorsione in danno dei lavoratori.

I difensori degli imputati adivano la Corte di Cassazione con due ricorsi, articolati sotto il duplice profilo della violazione di legge e del vizio di motivazione.

Secondo le dedotte doglianze, le condizioni lavorative erano state il risultato di un accordo tra le parti che, seppure illecito e nullo sotto il profilo privatistico, non avrebbe, tuttavia, potuto integrare un fatto penalmente rilevante, qualificabile *ex art.* 629 cod. pen.

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi, alla stregua del consolidato orientamento interpretativo già assunto in materia, ha affermato che il comportamento dei datori di lavoro integra il delitto di estorsione aggravata e continuata, in relazione alle circostanze di fatto emerse in dibattimento e alla fattispecie complessivamente considerata.

Secondo il ragionamento della S.C., le lavoratrici dipendenti avevano accettato trattamenti retributivi deteriori e non corrispondenti alle prestazioni effettuate in forza della minaccia prospettata, riguardante la loro non assunzione (o licenziamento), che le aveva messe in condizione di tale soggezione e dipendenza da non consentire, senza un apprezzabile sacrificio della autonomia decisionale, alternative meno drastiche di quelle alle quali le stesse si sono considerate costrette (Cfr. anche Cass. pen., Sez. II, n. 13043/2000).

La cd. «coartazione relativa» del potere di autodeterminazione della vittima ha costituito, quindi, l'effetto della condotta estorsiva mediante minaccia, di cui al delitto previsto dall'art. 629 cod. pen.

In particolare la «minaccia», si ribadisce nella sentenza in esame, può estrinsecarsi in molteplici forme: può essere esplicita, larvata, scritta, orale determinata, indeterminata o esplicitarsi sotto forma di esortazione e anche di consigli da parte del soggetto agente, al fine di perseguire un ingiusto profitto con altrui danno.

Nella fattispecie, conclude la Suprema Corte, «gli imputati [...] si sono costantemente avvalsi della situazione del mercato del lavoro a essi particolarmente favorevole e il potere di autodeterminazione delle lavoratrici è stato compromesso dalla minaccia larvata, ma non per questo grave e imminente, di avvalersi di siffatta situazione».

«Lo stesso ricorso formale al contratto è irrilevante allorché questo risulta strumentalizzato al perseguimento di un ingiusto profitto, in un quadro globale di timore delle dipendenti, in ragione della particolare situazione [...] del lavoro, in cui l'offerta superava di gran lunga la domanda, e in presenza di comportamenti costantemente prevaricatori dei datori di lavoro in forza dei quali anche le lavoratrici, le quali avevano accettato di «rinunciare» alla pretesa di rivendicare i propri diritti fin dall'inizio, lo fecero per una scelta che non fu libera ma condizionata».

Peraltro «l'elemento che le dipendenti potessero agire innanzi al giudice del lavoro», per la S.C., «non esclude ma anzi conferma l'ingiustizia della pretesa» (Cass. pen., Sez. II, n. 36642/2007).

2. — *Alcuni precedenti conformi* — Questo orientamento, espresso da ultimo nella suindicata sentenza, costituisce un passo importante nel percorso interpretativo della giurisprudenza di legittimità del diritto penale nel rapporto di lavoro, qualificando e punendo come reato deplorabili quanto diffuse prassi ricattatorie perpetrate dai datori di lavoro nei confronti dei dipendenti, secondo una doppia lettura del relativo comportamento illecito di tipo sostanziale-sanzionatoria, così come prevista e disciplinata nel diritto del lavoro e nel diritto penale, estendendo e intensificando una forma di tutela rafforzata mediante sanzione penale.

La sentenza in commento, peraltro, trova conforto in precedenti pronunce conformi attinenti a fattispecie similari all'interno di una giurisprudenza già formata.

È risalente, ma di alto valore simbolico, il principio espresso a tutela dei lavoratori che afferma come sono «persone offese dal reato di estorsione i dipendenti che, coartati, maltrattati e suggestionati, sono costretti a lavori ingrati per conto del datore del lavoro, senza ricavare alcuna retribuzione, salvo il minimo sostentamento per una mera sopravvivenza» (Cass. pen., Sez. II, 18 marzo 1986, in *Riv. pen.*, 1987, p. 489).

In questo senso è stato imputato e condannato per estorsione il titolare di azienda che aveva minacciato di licenziare i dipendenti per ottenere la firma di ricevute di pagamento per retribuzioni superiori a quelle che aveva effettivamente versato, oppure la restituzione in contanti di stipendi apparentemente versati a mezzo di assegni bancari (Trib. S. Angelo dei Lombardi, 24 febbraio 2002, Casale, in *Giur. mer.*, 2002, p. 1356).

È altresì configurabile il delitto in esame in una fattispecie – simile a quella odierna – in cui il datore di lavoro, minacciando i dipendenti di licenziamento, li aveva costretti, in un contesto di accertato timore di questi di perdere il posto, ad accettare una retribuzione inferiore a quella risultante nella busta paga (Cass. pen., Sez. II, 10 marzo 2005, in *Gdir*, 2005, n. 23, p. 72).

Si conosce da tempo la possibile divaricazione tra condizioni formali e trattamento di fatto a cui vengono sottoposti i prestatori di lavoro, i cui diritti siano apparentemente disciplinati e tutelati in un contratto formalmente corretto.

Per questo motivo il taglio interpretativo della Suprema Corte si è fatto più preciso, andando a esaminare e discernere all'interno di tale forma del negozio giuridico, intesa come strumento elettivo di disciplina e garanzia dei diritti dei lavoratori, e stabilendo che la responsabilità penale del datore di lavoro non può essere esclusa dall'esistenza di un formale contratto e dalle statuizioni in esso contenute. Si deve invece avere riguardo alle sottostanti condizioni di fatto accettate in forza del comportamento antiggiuridico attuato dal datore di lavoro e alla sua «idoneità» a influire in modo vincolante sulla volontà del lavoratore, anche mediante approfittamento del condizionamento esterno costituito dalla carenza di alternativa di lavoro (Cfr. Cass., Sez. II pen., 11 febbraio 2002).

La Corte è costante nel ribadire che un accordo contrattuale tra datore di lavoro e dipendente non esclude di per sé la sussistenza dei presupposti dell'estorsione mediante minaccia, in quanto anche uno strumento teoricamente legittimo può integrare, al di là della mera apparenza, una minaccia, ingiusta, perché è ingiusto il fine a cui tende, e idonea a condizionare la volontà del soggetto passivo, interessato ad assicurarsi comunque una possibilità di lavoro, altrimenti esclusa per le generali condizioni ambientali o per le specifiche caratteristiche di un particolare settore di impiego della manodopera (Cfr. Cass. pen., Sez. II, 13 novembre 2001, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 608; Cass. pen., Sez. II, n. 3779/2003; Cass. pen., Sez. I, n. 5426/2002).

3. — *Etimologia e analisi del delitto* — Dopo avere sinteticamente delineato la fattispecie rimessa alla decisione della Suprema Corte e averne focalizzato i passaggi salienti della trama argomentativa, ci si può soffermare sull'analisi del delitto di estorsione, che sarà principalmente concentrata sugli elementi costitutivi quali evidenziati nel ragionamento del Supremo Collegio nella sentenza n. 36642/2007.

L'estorsione costituisce una fenomenologia delittuosa in costante espansione e suscita un significativo allarme sociale, essendo peraltro una tipica modalità operativa della criminalità organizzata.

L'etimo della parola è interessante; essa deriva dal verbo latino *extorquere* il cui significato originario ancora oggi è conservato: togliere con la forza; in senso transitivo, ottenere per mezzo della violenza, dell'inganno o di pressioni; la ulteriore derivazione è dal verbo *torquere*: far volgere, girare, piegare, curvare ecc.; la sua forma passiva, *torqueri*, significa «essere tormentato».

Essa è disciplinata dall'art. 629 cod. pen. e prevista come il fatto di chi, «mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o a omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni e con la multa da euro 516,00 a euro 2.065,00. La pena è della reclusione da sei a venti anni e della multa da euro 1.032,00 a euro 3.098,00, se concorre taluna delle circostanze aggravanti...».

In relazione al bene tutelato dalla norma, il delitto in esame si presenta come «pluri-offensivo» in quanto lede sia la «libertà morale», ossia l'interesse all'autodeterminazione del proprio comportamento, sia il «patrimonio della vittima della coazione», anche se questo sia formato con i proventi di attività illecite (Cass. pen., Sez. II, 22 marzo 1986).

La sua collocazione nel settore «delitti contro il patrimonio», e l'utilizzazione di termini quali «profitto, danno», crea un'ottica di tutela focalizzata prioritariamente sull'integrità del patrimonio della vittima.

È opportuno evidenziare, per gli operatori del diritto, ai fini di una stigmatizzazione processuale della relativa condotta, che per questo reato, con delle distinzioni che in questa sede non interessano, non si applica la causa di «non punibilità» prevista dall'art. 649 cod. pen., correlata ai casi in cui il comportamento venga diretto in danno dei «congiunti» – coniuge non legalmente separato; ascendente, discendente, affine in linea retta, adottante, adottato; fratello o sorella conviventi –; causa prevista invece per gli altri «delitti contro il patrimonio» ricompresi nel Titolo XIII del codice penale. Ciò significa che il reato estorsivo è configurabile anche nei confronti di tali «rapporti parentali» che possono caratterizzare determinate forme di organizzazione del lavoro.

4. — *Soggetti della norma ed elemento soggettivo del reato* — L'estorsione è un reato «comune»: non è richiesta alcuna qualifica particolare da parte dell'autore.

Se il soggetto agente è un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che agisce abusando delle sue qualità o funzioni, si avrà il diverso delitto di concussione.

Il soggetto passivo è identificato in chi abbia il potere giuridico di disporre dei beni o diritti, la cui cessione o rinuncia costituisce il profitto del reo.

Il comportamento può comunque rivolgersi in danno di terze persone, al fine di costringere il titolare del potere giuridico di disposizione suaccennato alla condotta estorta nei termini previsti dall'art. 629 cod. pen.

La vittima dell'estorsione può essere anche un soggetto collettivo-ente pubblico, associazione non riconosciuta o società commerciale.

Per larga parte di dottrina e giurisprudenza, il dolo richiesto nel delitto in esame è «generico», e consiste nella «previsione e volontà dell'agente» di procurare a sé o ad altri un «ingiusto profitto con altrui danno», nella consapevolezza che esso non è fonda-

to su alcuna pretesa giuridicamente riconosciuta, accompagnate dalla «coscienza e volontà» di usare la «violenza o la minaccia» a questo scopo (Cass. pen., Sez. II, 1° ottobre 2004, C., in *Ced* 230709; Cass. pen., Sez. II, 12 marzo 2004, M., in *Ced* 229705; Cass. pen., Sez. II, 14 ottobre 2003, T., in *Ced* 227611).

Pertanto, qualora l'autore agisca nella convinzione ragionevole della legittimità della propria pretesa, il reato è da escludersi, potendo semmai venire in rilievo una ipotesi di «esercizio arbitrario delle proprie ragioni» (Art. 393 cod. pen.; Cass. pen., Sez. II, 19 aprile 1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2446).

5. — *La modalità della condotta: la violenza e la minaccia* — Sotto il profilo «oggettivo» l'estorsione è un reato a «condotta vincolata», caratterizzato dall'uso, in modalità alternative o congiunte, della violenza o della minaccia.

Queste sono finalizzate al conseguimento di un «vantaggio» per l'estorsore e determinano un «pregiudizio» per la vittima, secondo la condotta «tipicamente» descritta nell'art. 629 cod. pen.

Per quanto riguarda le connotazioni giuridiche della minaccia nel reato in esame, secondo consolidato orientamento in dottrina e giurisprudenza, essa si manifesta con la prospettazione a una persona di un male futuro la cui verifica dipende dalla volontà dell'autore.

È fondamentale il rilievo per cui è indifferente la forma o il modo della minaccia purché comunque, in relazione alle circostanze concrete, sia «seria e idonea» a incutere timore e a coartare la volontà del soggetto passivo (Cass. pen., Sez. III, 19 maggio 2001, n. 20382).

Sui tratti estrinseci della minaccia esiste un orientamento consolidato, riportato nella sentenza in commento. È nota la sentenza della S.C. che afferma come «sono indifferenti la forma o il modo della minaccia, potendo questa essere manifesta o implicita, palese o larvata, diretta o indiretta, reale o figurata, orale o scritta, determinata o indeterminata, purché comunque idonea, in relazione alle circostanze concrete, a incutere timore e a coartare la volontà del soggetto passivo» (Cass. pen., Sez. II, 19 maggio 2001, n. 20382; cui *adde* Cass. pen., Sez. VI, 29 aprile 1999, in *Ced Cassazione*, 1999, RV 214396; Cass. pen., Sez. II, 13 novembre 2001, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3460; Cass. pen., Sez. II, 23 settembre 2004, in *Dir. pen. proc.*, n. 9/2005, p. 1117, e da ultimo Cass. pen., Sez. II, 15 marzo 2006, n. 9114, inedita a quanto consta).

Peraltro, la connotazione di una condotta come minacciosa, e la sua idoneità a integrare l'elemento costitutivo del delitto, deve essere valutata anche in relazione alle condizioni socio-culturali nelle quali essa è posta in essere e in relazione a concrete circostanze oggettive, quali «la personalità sopraffattrice dell'agente, le circostanze ambientali in cui lo stesso opera» (Cass. pen., Sez. VI, 26 gennaio 1999).

La minaccia può anche riguardare:

1) un comportamento «omissivo»: si minaccia, per esempio, di omettere di compiere un'azione che il soggetto agente invece sarebbe giuridicamente tenuto a compiere – ipotesi di rilievo in tema dei rapporti tra locatore e conduttore (In dottrina vedi Mantovani, *Diritto, p.s., patrimonio*, p. 148; L. Conti, in *Enc. dir.*, vol. XV, p. 998);

2) l'«esercizio di un diritto», che si configura quando la minaccia di esercitare un diritto tenda a ottenere fini diversi da quelli per cui il diritto, che si è minacciato di esercitare, è stato attribuito.

Dunque il «negozio giuridico», in sé mezzo lecito, può essere utilizzato per fini anti-giuridici, in quanto contrari al nostro ordinamento. Si parla in certi casi di «estorsione contrattuale».

Nella sentenza in commento, la Suprema Corte puntualmente rileva che «anche l'uso strumentale di mezzi leciti e di azioni astrattamente consentite potrà assumere un significato ricattatorio e genericamente estorsivo, quando lo scopo mediato sia quello di coartare l'altrui volontà» (Cfr. Cass. pen., Sez. II, n. 877/1973).

Se ne desume che, nel delitto di estorsione, l'effetto della violenza o della minaccia ben può essere costituito dalla sottoscrizione di un atto in danno del «firmatario coatto».

In giurisprudenza, si afferma, quindi, il principio generale in virtù del quale, nella figura dell'estorsione mediante la minaccia di esercitare un diritto, è necessario che taluno faccia uso, o minacci di fare uso, di mezzi giuridici per conseguire scopi diversi da quelli per cui gli stessi sono stati previsti, e tali mezzi dipendano dalla volontà del soggetto agente al fine di coartare la volontà altrui per la soddisfazione di fini personali non conformi a giustizia.

Da tale premessa ne deriva che anche una minaccia dalla parvenza esteriore di legalità costituisce intimidazione illegittima, idonea come tale a integrare il reato *de quo*. Ciò allorquando sia fatta non già con l'intenzione di esercitare un diritto, bensì allo scopo di coartare l'altrui volontà e ottenere prestazioni non dovute nell'*an* o nel *quantum*, e quindi un profitto ingiusto e iniquo ottenuto attraverso l'esercizio del diritto che viene strumentalizzato per scopi *contra ius*: diversi, cioè, da quelli per cui esso è riconosciuto e tutelato oppure del tutto non giuridicamente tutelato (Cfr. Cass. pen., Sez. II, 30 dicembre 1997, in *Gdir*, 1998, n. 2, p. 97; Cass. pen., Sez. II, 24 settembre 1991, in *Riv. pen.*, 1992, p. 738; Cass. pen., Sez. II, 17 maggio 1996, in *Gdir*, 1996, n. 26, p. 70; Cass. pen., Sez. II, 25 ottobre 1999, in *Ced Cassazione*, 2000; Cass. pen., Sez. II, 16 gennaio 2003, in *Cass. pen.*, 2004, p. 870).

6. — *Effetti della minaccia: il costringimento psichico* — Da quanto finora esposto si capisce come l'estorsione appartiene ai delitti patrimoniali posti in essere con la «cooperazione artificiosa» della vittima e in cui si concreta quella necessaria «collaborazione» della «persona offesa dal reato», non puramente meccanica, ma cosciente e volontaria, dovuta alla «violenza o minaccia» del «reo».

La violenza o minaccia secondo la previsione normativa, devono essere dirette a creare uno stato di «costrizione psichica», al fine di ottenere un profitto ingiusto per sé o per altri con altrui danno, di modo che tra i due elementi esista un rapporto strumentale ed eziologico. Tuttavia la «costrizione» attuata non attraverso la «minaccia o la violenza», bensì mediante altre forme di convincimento o di pressione, non è condotta punibile a titolo di estorsione, ma eventualmente ad altro titolo (per esempio, di truffa).

In seguito a siffatta situazione, si verifica che il soggetto passivo dell'illecito lavoristico-penalistico è posto nell'alternativa di scelta tra il permettere che l'agente consegua il vantaggio economico voluto, accettandone le condizioni lavorative lesive, ovvero subire un «pregiudizio diretto e immediato» — nel caso di specie, la perdita del posto di lavoro — secondo il brocardo *tamen coactus voluit*.

Sul punto, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ritengono sufficiente che l'atto violento o minaccioso comprometta le facoltà volitive in modo anche solo «relativo»: l'art. 629 cod. pen. troverebbe dunque applicazione qualora il soggetto passivo conservi una ragionevole possibilità di scelta tra il male prospettato dall'agente e quello derivante dalla condotta spesa, configurandosi anche solo quando la vittima sia «intimorita», ovvero versi in una situazione di provvisorio disturbo e sconvolgimento della coscienza, incidendo, quindi, sulla libertà di autodeterminazione della «vittima», limitata nella concreta alternativa di scelta tra un «male minore» e un «male maggiore».

La Cassazione con giurisprudenza consolidata osserva sul punto: «non si richiede che la volontà del soggetto passivo per effetto della minaccia sia completamente esclusa, bastando che la minaccia sia tale da lasciare in chi la subisce la possibilità di scelta tra l'accettare la richiesta dell'agente o subire il male minacciato; anche in tal caso, infatti, la possibilità di autodeterminazione non è libera, rimanendo la volontà del soggetto passivo condizionata in maniera più o meno grave dal timore di subire il pregiudizio minacciato che non deve necessariamente risolversi in un costringimento psichico assoluto» (In tal senso cfr. Cass. pen., Sez. II, 14 dicembre 2000, n. 13043; Cass. pen., Sez. II, 17 ottobre 1995, in *Foro it.*, 1997, II, p. 51; cfr. altresì Cass. pen., Sez. II, 17 gennaio 1997, in *Riv. pen.*, 1997, p. 170).

È opportuno rilevare come la valutazione sulla «idoneità» della condotta volta a coartare la vittima vada effettuata con giudizio *ex ante*, a nulla rilevando che il soggetto passivo non sia stato intimidito (Cfr. Cass. pen., Sez. II, 12 novembre 1982).

Sul punto, si ritengono interessanti due pronunzie che rassomigliano, per certi elementi, alla fattispecie su cui si è da ultimo pronunciata la Corte di Cassazione.

La prima esamina il caso del dirigente di una ditta che aveva ottenuto il consenso dei dipendenti a versare loro una retribuzione inferiore a quella che sarebbe spettata in proporzione al lavoro svolto: in questo caso stabilisce la S.C. che l'estorsione non è esclusa per il solo fatto del consenso prestato da questi ultimi al trattamento retributivo peggiore, ma occorre accertare in concreto una eventuale minaccia sia pure implicita nel comportamento dell'imputato, specie se combinata con una situazione di scarsità occupazionale. Di qui la cassazione con rinvio al giudice di merito (Cass. pen., 11 febbraio 2002, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 608, con nota di A. Palladini).

La seconda pronunzia tratta il caso di un imprenditore che, in procinto di fallire, corrisponde alle dipendenti consenzienti un trattamento retributivo inferiore al dovuto, ricevendone quietanze per somme maggiori loro spettanti. Qui la Corte – a parere di chi scrive – non ha ritenuto sussistere estorsione poiché non era stata processualmente accertata alcuna «minaccia», neppure implicita, da parte del datore di lavoro volta a ottenere il consenso delle dipendenti, probabilmente perché il rischio di perdere il posto di lavoro veniva «oggettivamente» ricollegato alla situazione economica della società (Cass. 28 marzo 2003, in *Dir. giust.*, 2003, n. 21, p. 28).

In sostanza, la S.C. ritiene sussistere la minaccia costitutiva del delitto di estorsione tutte le volte che, «avuto riguardo alla personalità sopraffattrice dell'agente, all'organizzazione di cui è espressione, alle circostanze ambientali, all'ingiustizia della pretesa, alle particolari condizioni della vittima, questa, di fronte alla ingiusta richiesta dell'agente, venga a trovarsi ragionevolmente nella condizione di dovere subire la volontà, per evitare, in caso di mancata adesione, il paventato verificarsi di un più grave pregiudizio» (Cass. 13 febbraio 1995, *ivi*, 1996, p. 498).

7. — *L'antigiuridicità del comportamento e l'ingiustizia del profitto* — Il «profitto ingiusto», nel delitto di cui alla sentenza n. 36642/2007, deve intendersi come qualsiasi utilità anche di natura non patrimoniale, immediata o meno, anche solo temporanea e transitoria, che non derivi da alcuna pretesa giuridicamente tutelata (Così, fra le altre, Cass. pen., Sez. II, 22 aprile 1993, in *Ced Cassazione* 194418).

La dottrina più accreditata e la giurisprudenza ritengono che non sussista estorsione, ma eventualmente altri reati (esercizio arbitrario delle proprie ragioni e violenza privata) quando il profitto abbia come suo fondamento una pretesa comunque riconosciuta e tutelata dall'ordinamento giuridico (si pensi a un credito liquido ed esigibile, una obbligazione naturale). Sul punto, peraltro, vi è diversificazione di posizioni interpretative.

Un orientamento ritiene «ingiusto» il profitto conseguito con mezzi di per sé anti-giuridici, in cui la pretesa non sia affatto riconosciuta e tutelata dal nostro ordinamento (*non iure*).

Secondo un diverso orientamento, invece, l'ingiustizia del profitto si riferisce ai casi in cui il soggetto agente operi mediante un mezzo coattivo legittimo o comunque non anti-giuridico, ma utilizzato per uno scopo diverso da quello per cui è concesso dal diritto.

È questo l'orientamento assunto dalla II Sezione penale della Corte di Cassazione nella sentenza in esame.

Icasticamente, rientra nella prima teoria, ossia della pretesa sfornita di riconoscimento giuridico, il caso in cui una dipendente veniva violentemente percossa dal datore di lavoro per costringerla a firmare una quietanza con cui questa rinunciava alle sue spettanze.

Secondo costante orientamento, trattasi di estorsione in concorso con altri reati: la rinuncia a crediti del dipendente non riscossi per prestazioni lavorative svolte, e rilascio di relativa quietanza liberatoria, costituisce atto di disposizione patrimoniale che integra il requisito del profitto ingiusto per il debitore liberato e del correlativo danno per il creditore rinunciante, se attuato con le modalità tipiche del delitto in esame. Ciò, indipendentemente dall'invalidità della rinuncia e dall'impugnabilità innanzi al giudice civile (Vedi Cass. 20 gennaio 1997, in *Dir. prat. lav.*, 1997, p. 553).

Nel secondo filone interpretativo rientrano casi maggiormente *in limine* che portano oscillazione interpretativa.

Sono quelli in cui la pretesa del reo trovi qualche fondamento giuridico e in cui il danno subito dalla vittima non sia del tutto ingiusto.

Per il primo aspetto si pensi alla tematica delle «obbligazioni naturali», contemplate dall'ordinamento ma sfornite di tutela giuridica diretta. Per il secondo aspetto, alle obbligazioni contrarie al buon costume o in contrasto con norme imperative (Il caso del *pusher* che con minacce o percosse costringa altra persona a farsi consegnare una certa somma quale prezzo della droga consegnata: Cass. 16 ottobre 1990, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2078).

7.1. — *Levento* — Il risultato della condotta è rappresentato da un atto di disposizione patrimoniale di qualsiasi tipo da parte della vittima (positivo come, ad esempio, una donazione, o negativo come una remissione di debito o l'omettere di azionare un credito) e relativo a qualunque bene, mobile o immobile.

La dottrina maggioritaria ritiene che «il danno» debba assumere un contenuto esclusivamente «patrimoniale», nel senso che debba avere conseguenze giuridiche pregiudizievoli sul patrimonio del disponente.

Peraltro, si ritiene che il reato non possa sussistere, neanche in forma tentata, nell'ipotesi di atto radicalmente nullo secondo i principi civilistici (*Contra* Cass. pen., Sez. II, 23 febbraio 1991).

Al contrario, esso sussiste nel caso in cui l'atto invalido sia annullabile o rescindibile.

7.2. — *Casi limite* — Nel *genus* delle intimidazioni attraverso la prospettiva dell'esercizio di un diritto rientrano certamente taluni comportamenti riguardanti il rapporto di lavoro, correlati alla tematica dei «ricatti» sul lavoro.

Ci si riferisce a situazioni in cui, per esempio, la minaccia di licenziamento nei confronti di un soggetto passibile di «giusta causa» o «giustificato motivo» sia collegata ad altri comportamenti illegittimi del datore di lavoro.

È esemplificativo il caso del titolare di un esercizio commerciale che, con un impianto interno, aveva ripreso la cassiera mentre si impossessava di denaro dalla cassa. La lavoratrice era stata convocata dal titolare. Questi le esibiva due documenti, una lettera di dimissioni e una denuncia-querela all'autorità, minacciando che avrebbe presentato la denuncia-querela se la dipendente non avesse firmato la lettera di dimissioni. La commessa si convinceva così a firmare le dimissioni, oltre a una quietanza liberatoria dell'ultima mensilità e del trattamento di fine rapporto.

Il giudice di merito aveva qualificato il fatto come estorsivo *ex art.* 629 cod. pen. nei termini finora analizzati: «costrizione» mediante «minaccia», come «prospettazione di un male ingiusto»; il datore di lavoro avrebbe in questo modo evitato le conseguenze della controversia giudiziaria collegata al licenziamento per giusta causa.

Giunto il caso dinanzi al S.C., dopo una precedente pronuncia di cassazione con rinvio ad altro giudice di merito e riqualificazione del fatto da parte di quest'ultimo come reato di cui all'art. 393 cod. pen. («esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone»), i giudici di legittimità hanno stabilito che non poteva sussistere estorsione in quanto, per la sua integrazione, era necessario l'elemento dell'intenzione di non pagare le competenze maturate dalla dipendente; la minaccia del datore di lavoro, in effetti, si era tradotta nell'intenzione di riequilibrare una precedente situazione ingiusta, essendo stato accertato che il datore stesso aveva fatto una «offerta reale» alla cassiera per il pagamento dell'ultimo stipendio e del Tfr, nella sussistenza di un oggettiva situazione di risoluzione del contratto di lavoro (Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 12 aprile 1999, in *Riv. pen.*, 2000; cui *adde* Cass. pen., Sez. II, 19 aprile 1996, in *Giust. pen.*, 1997, II, p. 403, e in *Lav. prev. oggi*, 1997, p. 1263, con nota di Meucci, *Dimissioni ottenute sotto la minaccia di licenziamento e di denuncia penale: estorsione o esercizio arbitrario delle proprie ragioni?*).

In conclusione, la sentenza in commento si segnala per gli interessanti collegamenti tra l'illecito lavoristico e l'illecito penale. Ponendosi nel solco di pronunzie antecedenti, essa costituisce un passo decisivo verso il consolidamento dell'orientamento interpretativo assunto in casi analoghi a tutela dei diritti del lavoratore.

In particolare, l'elemento emergente nella fattispecie esaminata dal S.C. nella decisione in esame può enuclearsi nell'interessante principio ermeneutico, foriero di mol-

teplici interventi giudiziari, in base al quale anche uno strumento teoricamente legittimo, come un accordo contrattuale, può essere usato per scopi «antigiuridici» e assumere rilievo penale, se dissimula un fine ingiusto (*contra ius e non iure*) nel sottoporre il dipendente a condizioni di lavoro illecite, considerato il «potere contrattuale» del datore di lavoro che abbia l'effetto di «coartare» la volontà del prestatore di lavoro «bisognoso», indebolendo significativamente il suo potere di autodeterminazione.

È d'immediata percezione, tuttavia, che quanto affermato in via di principio deve essere rapportato, attraverso il vaglio del giudice di merito nei relativi gradi di giudizio, a una ricostruzione «circostanziata» del fatto, condotta con somma ponderazione ed equilibrio, che accerti la fenomenologia concreta della vicenda lavorativa, al fine della sua eventuale «qualificazione» come delitto previsto e disciplinato dall'art. 629 del nostro codice penale.

Vincenzo Lombardi  
*Avvocato in Roma*

CASSAZIONE, 13 aprile 2007, n. 8905, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Balletti, P.M. Nardi (conl. conf.) – S. (avv. Pettini) c. Comune di Firenze (avv.ti Peruzzi e Lorizio).

**Impiego pubblico – Istituti superiori e università – Personale – Domanda di «docente esterno» per l’inserimento nella graduatoria di selezione per l’insegnamento in scuola secondaria superiore pubblica – Applicabilità *ratione temporis* della legge n. 62 del 2000 – Disciplina prevista nell’art. 1 di detta legge – Conseguimento di apposito titolo abilitativo alla data di entrata in vigore della stessa legge – Necessità – Conseguenze – Fattispecie.**

*Affinché gli appartenenti al personale degli insegnanti ricompresi nella categoria dei «docenti esterni» potessero essere inseriti nella graduatoria per le selezioni ai fini del passaggio nel ruolo dei docenti delle scuole secondarie superiori pubbliche era necessario, con riferimento all’applicabilità *ratione temporis* della legge n. 62 del 2000, che, al momento dell’entrata in vigore di detta legge, gli aspiranti fossero necessariamente muniti di apposito titolo di abilitazione, come previsto dall’art. 1, comma 4, della stessa legge, mentre la specifica deroga contemplata dal comma 4-bis del citato art. 1 era da considerarsi estensibile ai soli docenti già in servizio presso le anzidette scuole secondarie nei termini dalla medesima legge sanciti (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata con la quale era stata rigettata la domanda di una «docente esterna», assegnata a una cattedra per corsi serali, per l’inserimento nella graduatoria del ruolo dei docenti di un istituto tecnico industriale, siccome sprovvista del predetto titolo abilitativo, valutando anche la congruità della relativa motivazione sul punto in virtù del quale la situazione della ricorrente non sarebbe potuta ricadere nell’ambito della sanatoria accordata esclusivamente al personale già in servizio, al momento di entrata in vigore della legge n. 62 del 2000, presso gli istituti scolastici che si trovavano in lista d’attesa ai fini del conseguimento del cd. «pareggiamento»). (1)*

(*Omissis*) I – Con il primo motivo di ricorso la ricorrente – denunciando «omessa insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, nonché violazione di norme di diritto in riferimento alla legge n. 62/2000» – rileva criticamente che «nel caso di specie la legge n. 62, cit., prima del 29 dicembre 2000 non poteva applicarsi all’Istituto Leonardo da Vinci in quanto tale istituto non rientrava nel novero delle scuole riconosciute come paritarie [sicché] a detto istituto continuava ad applicarsi la normativa previgente che non richiedeva il possesso dell’abilitazione». Con il secondo motivo la ricorrente – denunciando «vizi di motivazione e violazione

di norme di diritto sotto diverso e ulteriore aspetto» – ritiene «non condivisibile la tesi sostenuta dalla Corte d'Appello, secondo cui la necessità dell'abilitazione discenderebbe non già dall'art. 77 del d.P.R. n. 417/1974 (giustamente ritenuto non applicabile ai passaggi di ruolo *de quibus*) ma direttamente dall'art. 19 della deliberazione comunale n. 1218/1053, relativo ai passaggi di ruolo come quello in esame» e censura la sentenza impugnata per non avere considerato che «nel caso di specie dovesse trovare applicazione, in mancanza di diverse indicazioni nel bando della procedura (det. n. 9097/2000), la normativa statale, alla quale il Comune di Firenze si era costantemente appellato, e che per i passaggi di ruolo tra scuole dello stesso grado e mantenendo la stessa materia (o classe di concorso) non prevedeva il requisito dell'abilitazione (cosa assolutamente pacifica ed espressamente riconosciuta anche nella sentenza impugnata)».

II – I cennati motivi di ricorso, esaminabili congiuntamente in quanto intrinsecamente connessi, si appalesano infondati.

II/a – Al riguardo la normativa da applicare nella specie è quella contenuta: a) nell'art. 352 del d.lgs. n. 297/1994 («Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado»), secondo cui «le denominazioni stabilite dalle leggi per le scuole e istituti di istruzione secondaria ivi compresi gli istituti d'arte e i licei artistici possono essere assunte soltanto dalle scuole non statali che abbiano fini e ordinamenti didattici conformi a quelli delle corrispondenti istituzioni statali e svolgono l'insegnamento nello stesso numero di anni e con l'identico orario»; b/1) nell'art. 1, comma 2, della legge n. 62/2000 («norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione»), secondo cui sono definite scuole paritarie «a tutti gli effetti degli ordinamenti vigenti, in particolare per quanto riguarda l'abilitazione a rilasciare titoli di studio aventi valore legale, le istituzioni scolastiche non statali, comprese quelle degli enti locali che, a partire dalla scuola per l'infanzia, corrispondono agli ordinamenti generali dell'istruzione, sono coerenti con la domanda formativa delle famiglie e sono caratterizzate da requisiti di qualità ed efficacia di cui ai commi 4, 5 e 6»; b/2) nel successivo comma 4 dell'art. 1, cit., che prescrive che i docenti di una scuola paritaria debbano essere forniti «del titolo dell'abilitazione»; b/3) nel successivo comma 4-*bis* che indica espressamente i termini anche temporali della seguente eccezione: «ai fini del comma 4 il requisito del titolo di abilitazione deve essere conseguito, dal personale in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge presso le scuole secondarie che chiedono il riconoscimento, al termine dell'anno accademico in corso alla data di conclusione su tutto il territorio nazionale della prima procedura concorsuale per titoli ed esami che verrà indetta successivamente alla data sopraindicata».

L'espressa previsione della cennata eccezione conferma l'imprescindibilità del possesso del titolo di abilitazione alla data di entrata della legge n. 62/2000 per i docenti «esterni» – e, cioè, per quelli non già in servizio presso le scuole secondarie – essendo consentita, appunto, la specifica deroga esclusivamente per i docenti in servizio presso le scuole secondarie nei termini sanciti *ex lege*.

La Corte d'Appello di Firenze, nella corretta applicazione di tale normativa sicuramente applicabile *ratione temporis* alla controversia in esame, ha ritenuto che «la situazione della S. non poteva ricadere nell'ambito della sanatoria accordata esclusivamente al personale già in servizio, al momento di entrata in vigore della legge n. 62/2000 (pubblicata sulla *Gazz. Uff.* n. 67 del 21 marzo 2000) presso gli istituti scolastici che erano in lista di attesa ai fini del conseguimento del “pareggiamento”», per cui, rientrando tale valutazione nell'ambito di un accertamento fattuale compiuto dal giudice di appello mediante completa e congrua motivazione, le censure sollevate al riguardo dalla ricorrente si caratterizzano anche per la loro inammissibilità.

II/b – In relazione alle doglianze della ricorrente in merito all'interpretazione dell'art. 19 della deliberazione comunale n. 1218/1050 fattane dalla Corte d'Appello di Firenze, esattamente nella sentenza impugnata è stato precisato come, a seguito della estensione al personale docente dei corsi serali comunali delle norme sullo stato giuridico del corrispondente personale dello Stato, la cennata deliberazione abbia espressamente sancito che «si è reso necessario effettuare un esame delle norme contenute nei d.P.R. nn. 417-418-419/1974 al fine di individuare le disposizioni applicabili al personale direttivo e docente» ed è stato statuito che «ciò conferma la non automatica applicabilità delle surriferite norme alla diversa realtà delle istituzioni scolastiche del Comune di Firenze»: decisione questa che la Corte territoriale ha congruamente e correttamente motivato nel senso che «la previsione, per il passaggio di cattedra da un ruolo dei “corsi serali” a un ruolo di un istituto tecnico industriale, del requisito dell'abilitazione era pienamente legittima in quanto: a) era frutto della libertà organizzativo-didattica e amministrativa riservata in via esclusiva all'amministrazione comunale; b) non confliggeva con nessuna norma di legge o, comunque, sovraordinata; c) era coerente con la profonda diversità dell'insegnamento impartito dai corsi serali (cioè dai “corsi di preparazione agli esami”) e dall'Istituto tecnico industriale *de quo*, istituto legalmente riconosciuto (con “piena validità, a tutti gli effetti, degli studi compiuti e degli esami sostenuti”)».

(*Omissis*)

III – In definitiva, con riferimento alle considerazioni svolte, il ricorso proposto da R. S. deve essere respinto.

Ricorrono giusti motivi (consistenti nel differente esito del giudizio nei due gradi di merito) per dichiarare interamente compensate le spese del giudizio di legittimità.

Per questi motivi

La Corte rigetta il ricorso; compensa le spese del presente giudizio di casazione. (*Omissis*)

#### (1) SCUOLA PARITARIA E ABILITAZIONE ALL'INSEGNAMENTO

Con la pronuncia in esame la Suprema Corte ha respinto il ricorso presentato da una lavoratrice, titolare dell'insegnamento di scienze giuridiche ed economiche in un corso serale comunale, avverso la decisione della Corte d'Appello di Firenze che, riformando la sentenza di primo grado, aveva negato il suo diritto a essere inserita nella graduatoria di cui alla selezione indetta dal Comune di Firenze per il passaggio nel ruolo di un istituto tecnico industriale legalmente riconosciuto. La ricorrente, alla data di scadenza del termine stabilito per la presentazione delle domande, risultava, infatti, sprovvista del requisito dell'abilitazione, espressamente previsto dalla determinazione dirigenziale con cui era stata indetta la selezione.

Al possesso del titolo di abilitazione, quale requisito attestante «l'idoneità didattica del soggetto», con particolare riguardo alla «specifica preparazione, in relazione all'insegnamento cui si aspira» (G. Della Valle Pauciullo, *Cenni sull'accesso all'insegnamento secondario e primario e sui rapporti contenziosi inerenti al medesimo*, in *Riv. giur. scuola*, 2004, f. 6, p. 948), faceva riferimento già la legge 19 gennaio 1942, n. 86, all'art. 6, individuando in esso una condizione per l'ottenimento del riconoscimento legale, presupposto quest'ultimo della piena validità degli studi compiuti e degli esami sostenuti presso le scuole non statali destinatarie del relativo provvedimento amministrativo.

Affinché potesse aver luogo, per effetto della concessione del riconoscimento legale, l'equiparazione degli effetti giuridici dell'istruzione impartita dalle scuole legalmente riconosciute a quelli derivanti dall'istruzione statale, la legge del 1942 imponeva, dunque, che dette scuole assumessero personale insegnante munito del relativo titolo di abilitazione, in quanto «requisito legale pertinente alle mansioni di assunzione» (In questi termini G. Branca, *Scuole parificate, rapporti di impiego e competenza giurisdizionale*, in *Riv. giur. scuola*, 1963, II, p. 768).

La norma in discorso è poi confluita nell'art. 355 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, «Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado», in forza del quale il riconoscimento legale delle istituzioni scolastiche non statali «che abbiano fini e ordinamenti didattici conformi a quelli delle corrispondenti istituzioni statali e svolgono l'insegnamento nello stesso numero di anni e con l'identico orario» (art. 352, comma 1) presuppone – fra gli altri requisiti – anche il possesso da parte del personale insegnante «degli stessi titoli prescritti per l'esercizio [...] dell'insegnamento nei corrispondenti tipi di scuole statali». Ove non sia riscontrabile la prescritta conformità di ordinamenti didattici con le corrispondenti istituzioni scolastiche statali non può parlarsi di scuole e istituti di istruzione secondaria ma, come nel caso venuto all'attenzione della Corte, di «corsi di prepa-

razione agli esami» (O «corsi scolastici», vedi M. Antonucci, *L'equiparazione tra scuole pubbliche e private*, in *Trib. amm. reg.*, 2001, n. 2, p. 146), da intendersi come «qualsiasi attività organizzata che, indipendentemente dalla metodologia didattica seguita, ha lo scopo di impartire un'istruzione volta al conseguimento di un titolo di studio di istruzione secondaria e artistica» (art. 352, comma 2).

Il possesso dell'abilitazione da parte degli insegnanti è oggi annoverato dall'art. 1, comma 4, legge 10 marzo 2000, n. 62, recante «Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione», fra i requisiti necessari per il riconoscimento della parità alle scuole non statali.

All'origine di tale legge è rinvenibile l'obiettivo di dare compiuta attuazione all'art. 33, comma 4, Cost., che attribuisce al legislatore il compito di «fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità», allo scopo di assicurare alle scuole paritarie «piena libertà» e «ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali». In questa direzione l'istituto della parità scolastica si pone come «un'ipotesi del tutto distinta» dalle preesistenti forme di equiparazione fra istruzione statale e istruzione privata (M. Gigante, *Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica nell'ordinamento dell'istruzione*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 430; sul punto vedi anche N. Daniele, *Riflessioni sulla parità scolastica*, in *Riv. giur. scuola*, 2002, f. 3, p. 389), ovvero il riconoscimento legale (riguardante le scuole aperte sia da enti che da privati cittadini) e il pareggiamento (riguardante le scuole tenute da enti pubblici o dagli enti ecclesiastici di cui all'art. 29 del Concordato con la Santa Sede), con le quali si era realizzata la mera «giustapposizione» fra scuole private e scuole pubbliche.

La legge sulla parità scolastica ha, infatti, modificato la stessa fisionomia del sistema nazionale di istruzione, nel quale – come sottolineato dalla Circolare n. 31 del 18 marzo 2003 – «le istituzioni scolastiche sia statali che paritarie concorrono, nella loro specificità e autonomia, a realizzare l'offerta formativa sul territorio». Nel nuovo sistema scolastico integrato, che trova «sicuri riferimenti costituzionali» (A. Mattioni, *Scuola privata e pubblica*, in *Digesto D. P.*, vol. XIII, p. 645), sembra quindi non esservi più spazio per le preesistenti figure di scuole non statali abilitate a rilasciare titoli di studio aventi valore legale, ovvero le scuole legalmente riconosciute, parificate e pareggiate (Su tali distinzioni vedi A. Mura, voce *Istruzione privata*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, 1990, pp. 6-7, e M. Gigante, *Il concetto di «parità» tra scuole statali e non statali e le modalità di attuazione del principio*, in *Foro amm.*, 1972, III, pp. 745-746). Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, infatti, queste ultime, alla luce della disciplina transitoria dettata dall'art. 1, comma 7, della legge n. 62/2000, «potevano conservare l'originario *status* sino alla fine dell'anno scolastico 2002-2003, dovendo poi tali scuole operare la scelta se integrarsi nel sistema nazionale di istruzione, richiedendo la parità, oppure rimanerne fuori» (Tar Lazio Roma, Sez. III, 19 settembre 2005, n. 7202, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2005, 9, p. 2853). Certamente in tale ultima ipotesi, come chiarito dalla richiamata circolare, «fino alla piena attuazione dell'art. 1, comma 7, della legge n. 62/2000, rimangono in vigore le norme e le istruzioni per le scuole non statali [...] secondarie pareggiate e legalmente riconosciute».

Al fine di garantire che gli istituti paritari (appartenenti non solo a privati ma anche agli enti locali, come nel caso di specie) assicurino un trattamento scolastico realmente equipollente a quello offerto dalle corrispondenti scuole statali – così da

soddisfare quanto prescritto dall'art. 33, comma 4, Cost. – l'articolo unico della legge n. 62/2000 predispose una trama di requisiti e obblighi, che rappresentano altrettanti presupposti per ottenere il riconoscimento della parità. Quest'ultimo – a sua volta – non è più oggetto di un atto amministrativo di concessione, come il riconoscimento legale e il pareggiamento, ma di un atto di accertamento costitutivo scevro da ogni valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione, in quanto subordinato esclusivamente all'accertamento di natura costitutiva circa la sussistenza dei requisiti oggettivi che la legge espressamente individua [Vedi N. Daniele, *La parità scolastica*, in *Riv. giur. scuola*, 2000, f. 3, pp. 367-368; Idem, *Riflessioni sulla parità scolastica*, cit., p. 391; M. Renna, *Le scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione*, in C. Marzuoli (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Il Mulino, 2003, pp. 169-170]. Per ottenere il riconoscimento della parità l'art. 1, comma 4, della legge n. 62/2000, accanto all'esistenza di un progetto educativo in armonia con i principi della Costituzione; alla disponibilità di locali, arredi e attrezzature didattiche propri del tipo di scuola e conformi alle norme vigenti; all'istituzione e al funzionamento degli organi collegiali improntati alla partecipazione democratica; al libero accesso alla scuola a tutti gli studenti in possesso dei prescritti titoli di studio i cui genitori ne facciano richiesta, inclusi quelli portatori di *handicap*; alla costituzione di corsi di studio completi e alla stipulazione di contratti individuali di lavoro per il personale dirigente e insegnante che rispettino i contratti collettivi nazionali di settore, richiede espressamente il possesso del titolo di abilitazione da parte del personale docente.

L'obbligo per le scuole non statali di avvalersi di docenti abilitati – previsto, come si è detto, già nella legislazione anteriore alla Costituzione – risponde a un «principio generale» (N. Daniele, *La parità scolastica*, cit., p. 369) e si configura quale «condizione essenziale» per conseguire la parità (G. Della Valle Pauciullo, *Cenni sull'accesso all'insegnamento secondario e primario e sui rapporti contenziosi inerenti al medesimo*, cit., p. 953), condizione addirittura «scontata» (M. Renna, *Le scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione*, cit., p. 175) se si tiene conto dell'equipollenza del trattamento scolastico cui fa riferimento la norma costituzionale, che si traduce in «una funzionale equivalenza tra scuole statali e scuole paritarie» e «non si esaurisce nel mero riconoscimento del titolo di studio, ma implica un riconoscimento della qualità del servizio di istruzione erogato dall'istituzione scolastica paritaria da considerare alla stregua e quindi né deteriore né inferiore, a quello assicurato dalla scuola statale» (Tar Lazio Roma, Sez. III, 2 marzo 2006, n. 331, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2006, 3, p. 1007; negli stessi termini anche Tar Lazio Roma, Sez. III, 22 febbraio 2007, n. 1552, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2007, 2, p. 554).

Tale requisito, inoltre, al pari degli altri elencati dall'art. 1, comma 4, della legge n. 62/2000, costituisce non solo condizione necessaria per il riconoscimento della parità, ma anche presupposto indefettibile perché la scuola, riconosciuta paritaria, possa continuare a operare nell'ambito del sistema integrato di istruzione conservando siffatta qualificazione (Vedi Tar Piemonte Torino, Sez. I, 11 agosto 2004, n. 1504, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2004, p. 1967, ove si afferma la legittimità del decreto di sospensione per un anno della parificazione di una scuola privata, adottato dall'autorità scolastica ai sensi dell'art. 1 della legge n. 62/2000, «per non essere la scuola stessa riuscita a reperire insegnanti abilitati»).

A ogni modo, se l'insegnamento in un istituto secondario paritario richiede il possesso del titolo di abilitazione, la medesima condizione sussiste anche nell'ipotesi in cui non di scuola paritaria si tratti (per non aver chiesto od ottenuto il riconoscimento della parità), ma di scuola legalmente riconosciuta. Pertanto, anche ove la Suprema Corte avesse ritenuto la legge n. 62/2000 non applicabile all'istituto secondario del caso di specie (divenuto paritario in data di poco successiva all'apertura della selezione), ciò non avrebbe comunque escluso la necessità dell'abilitazione, poiché la normativa previgente, la cui applicazione viene invocata nel primo motivo di ricorso, è rappresentata dal d.lgs. n. 297/1994 che – lo si è detto in precedenza – richiede il possesso del titolo abilitativo per l'insegnamento nelle scuole secondarie legalmente riconosciute.

La Corte di Cassazione reputa infondato anche il secondo motivo di ricorso con cui viene invocata l'applicazione della normativa statale che, «per i passaggi di ruolo tra scuole dello stesso grado e mantenendo la stessa materia (o classe di concorso), non prevedeva il requisito dell'abilitazione». In effetti, come chiarito dalla Corte d'Appello di Firenze nella sentenza sottoposta al vaglio della Suprema Corte, nei passaggi di ruolo in questione il requisito dell'abilitazione non è espressamente richiesto, non già perché superfluo, ma – semplicemente – perché dato per presupposto. Nel caso in questione, invece, la «profonda diversità dell'insegnamento impartito dai corsi serali [...] e dall'Istituto tecnico industriale *de quo*» – rimarcata dalla Corte territoriale – non consente di annoverare i primi nell'ambito delle scuole e degli istituti di istruzione secondaria e, di conseguenza, impedisce di considerare il passaggio di ruolo di cui trattasi come un trasferimento di un docente, che conservi l'insegnamento della medesima disciplina, da un istituto a un altro di pari grado.

L'impossibilità di prescindere dal possesso del titolo di abilitazione ai fini dell'inserimento in graduatoria per l'accesso nel ruolo di un istituto secondario legalmente riconosciuto o paritario si accompagna, nella fattispecie in esame, all'impossibilità (non meno evidente della prima) di considerare l'insegnamento delle scienze giuridiche ed economiche in un corso di preparazione agli esami come «titolo didattico specifico» per l'insegnamento della medesima disciplina in un istituto secondario equiparato a un istituto secondario statale (In questi termini, con riguardo al conferimento di incarichi di insegnamento nella scuola media, Tar Lazio Latina, 16 gennaio 1984, n. 9, in *Riv. giur. scuola*, 1987, p. 134).

Nelle argomentazioni della Suprema Corte, inoltre, l'espressa previsione dell'eccezione di cui al comma 4-*bis* dell'art. 1, legge n. 62/2000 (introdotto dall'art. 51, comma 10, legge 23 dicembre 2000, n. 388), in forza del quale, «ai fini di cui al comma 4 il requisito del titolo di abilitazione deve essere conseguito, dal personale in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge presso le scuole secondarie che chiedono il riconoscimento, al termine dell'anno accademico in corso alla data di conclusione su tutto il territorio nazionale della prima procedura concorsuale per titoli ed esami che verrà indetta successivamente alla data sopraindicata», escluderebbe ogni possibilità di prescindere dal possesso del titolo di abilitazione per i docenti «esterni».

In effetti, come sottolineato dal giudice di legittimità nella pronuncia in esame – della quale non si rinvergono precedenti in termini – la disposizione in questione contiene in sé la precisa delimitazione del proprio ambito soggettivo di applicazione,

ovvero i docenti che, al momento dell'entrata in vigore della legge n. 62/2000, siano già in servizio presso le scuole secondarie in «lista d'attesa» per ottenere il riconoscimento della parità.

Alla luce di tale previsione, non suscettibile di interpretazione analogica o estensiva dato il suo carattere di eccezione alla regola, il personale docente delle scuole secondarie che chiedono la parità può conservare l'incarico di insegnamento – ove sprovvisto del prescritto titolo abilitativo – a condizione che consegua l'abilitazione entro la tornata concorsuale espressamente indicata (Al riguardo vedi Tar Sicilia-Palermo, Sez. II, 22 febbraio 2005, n. 196, in *Riv. giur. scuola*, 2006, f. 3, pp. 549-550, ove è precisato che il regime transitorio in questione si riferisce «a tutti i modi di conseguimento dell'abilitazione presenti nell'ordinamento e non soltanto al conseguimento di essa tramite le scuole di specializzazione universitarie». Sui modi di conseguimento dell'abilitazione all'insegnamento nelle scuole primarie e secondarie v. G. Della Valle Pauciuolo, *Cenni sull'accesso all'insegnamento secondario e primario e sui rapporti contenziosi inerenti al medesimo*, cit., pp. 947 ss.).

La disposizione di cui all'art. 1, comma 4-bis, della legge n. 62/2000, lungi dal permettere di considerare tale personale «abilitato *ope legis*», non fa altro che configurare «l'ottenimento dell'abilitazione come condizione perché la scuola che si è vista riconoscere la parità possa continuare ad avvalersi di tale personale» (Tar Friuli Venezia Giulia Trieste, 27 gennaio 2003, n. 1, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2003, p. 36). In questo modo la novella operata dalla legge finanziaria del 2001 interviene a «sanare», con una soluzione di carattere transitorio, la questione relativa al personale docente sprovvisto di abilitazione, in servizio presso le scuole non statali che chiedono la parità, con l'intento di fugare il rischio del licenziamento materializzatosi alla luce del vincolo legale imposto dall'art. 1, comma 4, della legge n. 62/2000.

È di immediata evidenza, tuttavia, che, al di fuori della deroga espressa che la legge si preoccupa di individuare nel dettaglio, delimitandone l'ambito soggettivo e temporale di applicazione, il possesso dell'abilitazione per l'accesso al ruolo di una scuola secondaria, sia essa statale, paritaria o legalmente riconosciuta, è (e resta) imprescindibile.

Angelica Brandi  
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro  
presso l'Università degli Studi di Bari*

CASSAZIONE, 11 aprile 2007, n. 8709, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Est. Balletti, P.M. Fedeli – A. e altri (avv. Trioni) c. Sar (avv. Pessi, Gentile e Greppi).

Cassa App. Genova 13 marzo 2004.

**Riposo settimanale – Cadenza ebdomadaria del riposo – Derogabilità – Limiti – Inadempimento contrattuale – Risarcimento del danno – Criteri di determinazione – Onere della prova.**

*L'attribuzione patrimoniale spettante al lavoratore a causa della perdita della cadenza settimanale del riposo, ex art. 36, comma 3, Cost. – avente natura risarcitoria di un danno (usura psico-fisica) correlato a un inadempimento del datore di lavoro –, deve essere stabilita dal giudice secondo una motivata valutazione che tenga conto della gravosità delle varie prestazioni lavorative e di eventuali strumenti e istituti affini della disciplina collettiva, nonché di clausole collettive che disciplinino il risarcimento riconosciuto al lavoratore nell'ipotesi de qua, non confondendosi siffatto risarcimento con la maggiorazione contrattualmente prevista per la coincidenza di giornate di festività con la giornata di riposo settimanale (principio affermato in fattispecie concernente dipendenti di società di autolinee con mansioni di guida espletate in turni comportanti attività lavorativa per sette o più giorni consecutivi, con conseguente slittamento del riposo settimanale, di media, una volta al mese). (1)*

(Omissis)

Con ricorso ex art. 414 cod. proc. civ., dinanzi al giudice del lavoro di Savona i lavoratori, dipendenti della Spa Autolinee Riviera (in acronimo, Sar) – come dianzi nominativamente indicati in epigrafe –, convenivano in giudizio la società datrice di lavoro esponendo di avere prestato servizio con mansioni di guida secondo turni programmati della società in osservanza di orari di lavoro comportanti lo svolgimento dell'attività lavorativa per sette o più giorni lavorativi consecutivi (con conseguente slittamento del riposo settimanale, di media, una volta al mese) e di avere percepito una retribuzione maggiorata del 20% in base a quanto previsto per il lavoro festivo dal Ccnl del 20 luglio 1976; i ricorrenti richiedevano, quindi, che venisse dichiarato l'inadempimento contrattuale della società consistente nella mancata concessione del riposo settimanale e, di conseguenza, la condanna della convenuta al relativo risarcimento del danno. Si costituiva in giudizio la Sar Spa che impugnava le avverse pretese e ne chiedeva il rigetto.

L'adito Tribunale di Savona accoglieva la domanda dei ricorrenti (escluso J. P.), ma – su appello della soccombente e ricostitutosi il contraddittorio – la Corte d'Appello di Genova, in integrale riforma dell'impugnata sentenza,

«respinge(va) le domande proposte dai ricorrenti in primo grado e compensa(va) integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio».

(*Omissis*)

Per la cassazione di tale sentenza gli originari ricorrenti hanno proposto ricorso affidato a due motivi. L'intimata Spa Sar resiste con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memoria *ex art.* 378 cod. proc. civ.

(*Omissis*)

2 - Il primo motivo del ricorso si appalesa fondato come può evincersi da quanto statuito in materia da questa Corte secondo cui:

a) ai sensi della legge 14 febbraio 1958, n. 138, art. 8 – la quale costituisce norma speciale rispetto alla disciplina generale contenuta nella legge n. 370 del 1934, art. 5 –, le imprese che gestiscono autoservizi pubblici di linea extraurbani adibiti al trasporto di viaggiatori sono obbligate a organizzare il lavoro dei propri dipendenti in modo tale che [...] a costoro sia assicurata la pausa di un giorno dopo sei giorni di lavoro (*Omissis*); b) sussiste – è stato specificamente ribadito – a carico delle imprese l'obbligo di organizzare il lavoro dei propri dipendenti in modo che a essi sia assicurato un giorno di riposo dopo sei giorni di lavoro e che il riposo coincida di norma con la domenica, con l'eccezione del personale viaggiante su linee extraurbane, per il quale, ai sensi della legge n. 138 del 1958, art. 8, comma 3, può essere consentito il cumulo di due riposi settimanali, ove ciò sia giustificato dalle esigenze di servizio e vi sia accordo tra le parti (Cass. n. 3484/1980); c) la contrattazione collettiva può validamente introdurre deroghe solo al principio della coincidenza del riposo settimanale con la domenica, mentre è illegittima la disciplina contrattuale che deroghi non solo alla coincidenza del riposo settimanale con la domenica, ma anche alla necessaria periodicità del riposo dopo sei giorni di attività lavorativa (Cass. n. 8514/1987); d) la maggiorazione per il lavoro prestato oltre il sesto giorno è dovuta anche nell'ipotesi in cui la successiva concessione di riposi compensativi consenta di ripristinare, in un più lungo arco di tempo, l'alternanza numerica tra giorni riposati e giorni lavorati, atteso che l'ininterrotto protrarsi dell'attività lavorativa determina, col passare del tempo, una maggiore gravosità di detta attività, che va pertanto compensata in ogni caso, perciò indipendentemente sia dalla concessione di riposi compensativi, che dalla concessione delle maggiorazioni previste per il lavoro domenicale (Cass. n. 7904/1997); e) «la deroga al principio del riposo settimanale dopo sei giorni lavorativi consecutivi, deroga prevista (come si è già constatato), per il personale viaggiante su linee extra-urbane dipendente da imprese esercenti il pubblico servizio di trasporto, dalla legge 14 febbraio 1958, n. 138, art. 8, che consente il cumulo di due riposi settimanali, comporta che sono possibili due ipotesi di cadenza del riposo settimanale – o dopo sei giorni o dopo dodici giorni con cu-

mulo di due giorni di riposo solo in presenza di determinati requisiti – ma non quella di spostare il giorno di riposo settimanale tra il settimo e l'undicesimo giorno; talché il lavoro prestato oltre il sesto giorno lavorativo in violazione della normativa sul diritto al riposo settimanale deve essere risarcito per il sacrificio derivante dal superamento dell'anzidetta disciplina legale» (Cass. n. 13703/2000, Cass. n. 7359/2001). In applicazione dei cennati principi deve rimarcarsi – in accoglimento delle censure formulate dai ricorrenti – che il lavoro prestato oltre il sesto giorno lavorativo in violazione delle normative sul diritto al riposo con cadenza settimanale (specificamente: art. 36 Cost., comma 3, e legge n. 138 del 1958, art. 8, comma 1) deve essere risarcito per il sacrificio derivante dal superamento della cennata disciplina legale e ciò anche se detta violazione avvenga in media una volta al mese dovendo la stessa essere considerata sempre un inadempimento datoriale da non eludersi con l'eufemistico termine «slittamento».

3 - Anche il secondo motivo di ricorso deve essere accolto alla stregua delle considerazioni che seguono.

Al riguardo, l'art. 36 Cost. tutela espressamente diritti economici derivanti dal contratto di lavoro, ancorché le disposizioni (in tema di retribuzione sufficiente, come di ferie e di riposo settimanale) abbiano lo scopo di garantire il benessere in senso ampio dei lavoratori dipendenti. Il comportamento antigiusuriero del datore di lavoro, in quanto tenuto in violazione dei precetti dell'art. 36 Cost., non vi è dubbio che possa ledere non solo i diritti economici ma anche diritti fondamentali. Per questo il pregiudizio di un diritto inviolabile della personalità deve essere da colui che lo invoca allegato e provato (con ampio ricorso alle presunzioni, allorché non si versi nell'ambito del pregiudizio della salute in senso stretto, in relazione al quale l'alterazione fisica o psichica è oggettivamente accertabile), nei suoi caratteri naturalistici (incidenza su di una concreta attività, pur non reddituale, e non mero patema d'animo interiore) e nel nesso di causalità dalla violazione dei diritti patrimoniali di cui all'art. 36 Cost. Su di un piano diverso e logicamente successivo, una volta accertato il cd. danno-evento (cioè il pregiudizio del diritto fondamentale), si colloca la valutazione del cd. danno-conseguenza, cioè dell'entità del sacrificio sofferto, ai fini di una liquidazione *naturaliter* equitativa. In particolare, vale precisare al fine della relativa decisione da parte del giudice di rinvio, che l'attribuzione patrimoniale spettante al lavoratore a causa della perdita della cadenza settimanale del riposo dell'art. 36 Cost., *ex* comma 3 – avente natura risarcitoria di un danno (usura psico-fisica) correlato a un inadempimento del datore di lavoro –, deve essere stabilita dal giudice secondo una motivata valutazione che tenga conto della gravosità delle varie prestazioni lavorative e di eventuali strumenti e istituti affini della disciplina collettiva, nonché di clausole collettive che disciplinino il

risarcimento riconosciuto al lavoratore nell'ipotesi *de qua*, non confondendosi cioè siffatto risarcimento – come erroneamente ha fatto la Corte d'Appello di Genova nella sentenza cassata – con la maggiorazione contrattualmente prevista per la coincidenza di giornate di «festività» con la giornata di riposo settimanale. (*Omissis*)

(1) L'ALTERAZIONE DELLA PERIODICITÀ EBDOMADARIA DEL RIPOSO:  
CONDIZIONI DI LEGITTIMITÀ E CONSEGUENZE ECONOMICHE

La sentenza in epigrafe affronta l'annosa questione concernente le condizioni di legittimità dello slittamento del riposo settimanale oltre il settimo giorno e le relative conseguenze economiche per il lavoratore interessato. A tale proposito, la Corte ripropone posizioni in parte già consolidate, in parte ancora in via di consolidamento, inclini a una interpretazione restrittiva della derogabilità del principio generale della periodicità ebdomadaria del riposo (soprattutto per quanto attiene alle fonti a ciò legittimate) e garantista dei diritti patrimoniali e non dei lavoratori che si trovino a prestare la propria attività oltre il sesto giorno consecutivo. La sentenza annotata si inserisce, dunque, in quel filone giurisprudenziale (Cfr. già Cass., Ss.Uu., 12 aprile 1976, n. 1268, in *Foro it.*, 1976, I, c. 915; Cass. 25 maggio 1983, n. 3629, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1601, con nota di M. Papaleoni, *Sul riposo settimanale a settopla squadra*; Cass., Ss.Uu., 22 maggio 1985, n. 3105, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 597), che ha fatto parlare in dottrina di «un progressivo irrigidimento del giudice delle leggi nell'ammettere una deroga [al] principio [enunciato al comma 3 dell'art. 36 Cost.]» [U. Carabelli, V. S. Leccese, *Introduzione*, par. II, in V. Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Milano, 2004, p. 35].

La fattispecie al vaglio interessa un settore, quello delle imprese che gestiscono autoservizi pubblici di linea extra-urbani, nel quale esigenze organizzative avevano richiesto, già nel 1958, l'intervento del legislatore al fine di regolare particolari modalità di godimento del riposo settimanale. L'art. 8 della legge 14 febbraio 1958, n. 138, tutt'oggi in vigore, dopo aver riconosciuto al comma 1 il diritto al riposo settimanale di 24 ore consecutive, ammette al comma 2, limitatamente al personale viaggiante, che esso possa cadere anche in giorno diverso dalla domenica, a seconda del turno assegnato; quindi, l'ultimo comma, che è quello sulla cui interpretazione interviene la sentenza in commento, consente «il cumulo di due riposi settimanali consecutivi quando sia reso necessario dalle esigenze del servizio o vi sia accordo tra le parti». Nel caso in questione, i lavoratori ricorrenti, tutti adibiti a mansioni di guida su turni programmati, chiedevano venisse dichiarato l'inadempimento contrattuale della società datrice, poiché avevano lavorato per sette o più giorni consecutivi (con conseguente slittamento del riposo settimanale, di media, una volta al mese); e che, per l'effetto, la stessa fosse condannata al risarcimento del danno, in quanto avevano percepito una retribuzione maggiorata della sola percentuale (pari al 20%) stabilita per il lavoro festivo dal Ccnl del 23 luglio 1976. La sentenza di primo grado che aveva accolto integralmente le richieste dei lavoratori è stata di contro riformata dalla Corte d'Appello di

Genova sulla base delle seguenti motivazioni. Nessun inadempimento contrattuale sarebbe stato configurabile a carico del datore di lavoro, il quale aveva osservato quanto prescritto dall'art. 16 del Ccnl applicabile, che, prevedendo espressamente l'ipotesi dello slittamento del riposo settimanale, riconosce in favore dei lavoratori, in aggiunta al riposo compensativo, il diritto al pagamento delle ore effettivamente lavorate, maggiorato nella misura prevista per il lavoro festivo. Nessun risarcimento (*rectius*, indennizzo), inoltre, sarebbe spettato ai lavoratori dal momento che l'usura psico-fisica poteva considerarsi esclusa dalla duplice condizione della sporadicità con la quale si era verificato lo slittamento e dal godimento del riposo compensativo ravvicinato a quello successivo.

La Corte di Cassazione, infine, accogliendo entrambi i motivi di ricorso sollevati dai lavoratori, ha confermato la sentenza di primo grado. Il Collegio riconosce preliminarmente la sussistenza di un inadempimento contrattuale della società resistente, sulla base del duplice rilievo dell'inapplicabilità della disposizione contrattuale (art. 16, Ccnl 23 luglio 1976), da un lato, e di una determinata interpretazione dell'art. 8, legge n. 138 del 1958, dall'altro. Il primo assunto risolve in termini categoricamente negativi una questione *apertis verbis* affrontata, ma diversamente definita dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 146 del 1971 (*Giur. Cost.*, 1971, II, p. 1641, con nota di S. Panunzio). Precisando, e non anche ribaltando, come pure alcuni autori hanno sostenuto, una posizione già introdotta nella precedente pronuncia n. 150 del 1967 (In q. *Riv.*, 1967, II, p. 635, con nota critica di A. Becca, *Prime osservazioni sul concetto costituzionale di riposo settimanale*, p. 637), la Consulta aveva affermato che, in mancanza di una costituzionale riserva di legge, la disciplina dell'esercizio del diritto del lavoratore al riposo periodico potesse essere disposta «non solo da norme di legge, ma anche da contratti collettivi aventi forza di legge, da altri contratti sia collettivi che individuali, o da regolamenti». Detta opinione è stata successivamente ripresa tanto dalla giurisprudenza di legittimità (*Ex plurimis*, Cass. 20 gennaio 1989, n. 342, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1106; Cass. 22 luglio 1995, n. 8014, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 591, con nota di F. Portera, *Il lavoro nel settimo giorno: condizioni di ammissibilità e criteri di adeguato compenso*; ma si veda Cass. 16 dicembre 1999, n. 14715, che ammette persino il differimento attraverso determinazioni unilaterali del datore su previsione della contrattazione collettiva) quanto da una parte della dottrina (Cfr. M. Casola, nota a Cass. 6 ottobre 1998, n. 9895, in *Foro it.*, 1999, I, c. 894). Non risulta, invece, argomentata nella sentenza in commento, ma solo assiomaticamente enunciata la tesi contraria, pure condivisa da numerosi precedenti giurisprudenziali (In termini espliciti, cfr. Cass. 30 maggio 1989, n. 2619, in q. *Riv.*, 1990, II, p. 480, con nota di G. Ziboni, per la quale le previsioni contrattuali, tanto collettive quanto individuali, sono nulle *ex art.* 1418, comma 1, cod. civ. perché contrarie alle norme imperative che sanciscono il diritto al riposo con cadenza ogni sei giorni; Cass. 23 dicembre 1991, n. 13895, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 908, con nota di M. Cavaggioni, *Sulla derogabilità del divieto di lavoro nel settimo giorno*; Cass. 28 novembre 1995, n. 12263, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1746; in forma di *obiter dictum*, cfr. Cass. 9 aprile 1986, n. 2557, in *Or. giur. lav.*, 1986, p. 492; in dottrina, manifesta forti perplessità C. Cester, *Sulla necessaria consecutività delle ore di riposo settimanale*, nota a Corte Cost. 4 febbraio 1982, n. 23, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, p. 82). La Corte, infatti, si limita laconicamente ad affermare che la contrattazione collettiva è legittimata a derogare soltanto al principio della coinci-

denza del giorno di riposo con la domenica e non anche a regolamentare in termini peggiorativi il diritto irrinunciabile al riposo settimanale, inteso come interruzione del lavoro di almeno 24 ore continuative da fruire in una qualsiasi sequenza di sette giorni consecutivi. *De iure condito*, tuttavia, l'orientamento restrittivo, cui aderisce la sentenza annotata, appare superato dal dato positivo contenuto all'interno dell'art. 9, comma 2, lett. *d*, del d.lgs. n. 66 del 2003, che riconosce ai contratti collettivi *tout court*, senza selezione oggettiva del livello di appartenenza, la facoltà di introdurre regimi derogatori alla «normale» cadenza del riposo settimanale. Pur a fronte dell'indeterminatezza del testo normativo, pare preferibile ritenere quanto meno che, nell'esercizio di tale facoltà, la contrattazione collettiva debba rispettare non solo le condizioni dettate dall'art. 17, comma 4, del medesimo decreto, cui espressamente rinvia la lett. *d* dell'art. 9, comma 2, ma anche i vincoli già elaborati in tema dalla «pluriennale giurisprudenza della Corte Costituzionale», su cui, più approfonditamente, *infra* (In termini, cfr. U. Carabelli, V. S. Leccese, *Introduzione*, par. II, cit., p. 32; adesivamente, A. Allamprese, G. Lella, *Riposi settimanali*, *ivi*, p. 352).

Espunta dal quadro normativo di riferimento la clausola contrattuale, la Corte si confronta, a questo punto, con l'interpretazione dell'unica disposizione normativa applicabile (art. 8, legge n. 138 del 1958). Viene in rilievo, dunque, il secondo argomento richiamato per supportare la conclusione formulata. Sulla scorta del dato testuale ivi riportato, che parla di «cumulo di due riposi settimanali consecutivi», la Corte riprende la lettura già sostenuta in altri precedenti (Cass. 30 maggio 1989, n. 2619, cit.; Cass. 13 ottobre 2000, n. 13703, in *D&G*, 2000, f. 40-41, 68; Cass. 30 maggio 2001, n. 7359, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 818, con nota di M. Lanotte, *Ferie e riposi settimanali non goduti, tra tutela della salute e danno presunto da usura psico-fisica*), secondo la quale la previsione consentirebbe soltanto due ipotesi di cadenza del riposo settimanale, dopo sei oppure dopo dodici giorni lavorativi, escludendo, viceversa, quella del differimento dello stesso tra il settimo e l'undicesimo giorno. *Ad adiuvandum* la Corte avrebbe potuto altresì richiamare, in via sistematica, il principio generale dell'interpretazione restrittiva delle norme speciali, alla cui categoria riporta espressamente il citato art. 8 in un altro passaggio della pronuncia. Benché, invero, l'art. 14 preleggi faccia testualmente riferimento a «norme eccezionali», intese come norme che derogano a un principio generale, la dottrina maggioritaria ritiene che il canone ermeneutico possa operare anche nei confronti delle norme speciali, quali sono le previsioni che si limitano a specificare il contenuto della disciplina generale, senza tuttavia negarlo [Cfr. per tutti G. Carcaterra, voce *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, 1988, p. 8]. Conseguentemente, introducendo l'art. 8 un profilo di specialità rispetto alla disciplina generale contenuta nell'art. 5, legge n. 370 del 1934 (quest'ultima sì norma eccezionale rispetto all'art. 1, comma 1, della medesima legge, nonché all'art. 2109 cod. civ. e all'art. 36, comma 3, Cost.), *ex art.* 14 delle preleggi la disposizione va interpretata nel senso che, laddove «sia reso necessario dalle esigenze del servizio o vi sia accordo tra le parti», è consentito soltanto «mettere insieme», «ammassare» (per usare sinonimi, ancorché del tutto a-tecnici, del termine impiegato dal legislatore) due giorni di riposo, e, quindi, soltanto renderli tra loro consecutivi. Poiché, nella fattispecie esaminata, la società aveva organizzato i turni lavorativi in modo che il riposo settimanale slittasse tra il settimo e l'undicesimo giorno, la Corte conclude che il comportamento posto in essere integri gli estremi dell'inadempimento contrattuale con conseguente di-

ritto del lavoratore «sacrificato» al risarcimento danni (Distinto dall'indennizzo, previsto per il caso in cui la deroga risulti legittima; su tale distinzione, cfr. Cass. 20 gennaio 1989, n. 342, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1106; Cass. 6 ottobre 1998, n. 9895, *ivi*, 1999, I, c. 894; Cass. 6 settembre 2007, n. 18708, in *Riv. it. dir. lav.*, II, in corso di pubblicazione, con nota di G. Lella, *Il compenso per il lavoro domenicale e per il lavoro prestato oltre il sesto giorno*). La conclusione riportata, pur rigorosa sul piano dell'interpretazione letterale, si esaurisce in un'operazione di verifica della riconducibilità della fattispecie concreta a quelle astrattamente previste dalla norma di legge, senza valutare l'effettiva conformità di queste ultime con la *ratio* sottesa all'istituto del riposo settimanale. Il citato art. 8, infatti, con particolare riferimento all'ipotesi in cui consente un sistema a periodicità dilatata (12+2), contraddistinto da una sequenza lavorativa più ampia e dall'accorpamento finale di due o più riposi giornalieri consecutivi, autorizza condotte datoriali che determinano di fatto per il lavoratore un sacrificio maggiore di quello derivante dallo slittamento variabile del riposo fra il settimo e l'undicesimo giorno. Occorrerebbe chiarire, pertanto, se questa alterazione, soprattutto se reiterata nel tempo, non comporti che sia «snaturato o eluso il rapporto – nel complesso – di un giorno di riposo e sei di lavoro», ovvero non impedisca che «nel ciclo di lavoro di un certo periodo di tempo rimanga ferma la media di ventiquattro ore di riposo dopo sei giornate lavorative», come richiesto dalla giurisprudenza costituzionale ai fini della legittimità di eventuali regimi derogatori alla normale cadenza ebdomadaria (In termini, Corte Cost. 12 dicembre 1967, n. 150, e Corte Cost. 18 giugno 1971, n. 146, entrambe citate). E, proprio applicando i criteri elaborati dalla richiamata giurisprudenza costituzionale, la Corte sarebbe pervenuta a diversa conclusione, riconoscendo la legittimità dello slittamento del riposo settimanale, così come realizzato nel caso *de quo*. Per un verso, invero, il settore nel quale si è consumata la vicenda pone in rilievo interessi apprezzabili, quali appunto quello alla circolazione, costituzionalmente garantito (richiamato nella sentenza n. 146 del 1971); per altro verso, la circostanza che lo slittamento si verificasse mediamente una volta al mese consente di ritenere nel complesso rispettata la normale sequenza, secondo il principio sopra enunciato; in ultimo, la concessione di un riposo compensativo ravvicinato temporalmente all'altro giorno di riposo avrebbe potuto far ritenere il differimento comunque contenuto «nei limiti di ragionevolezza sia rispetto alle esigenze particolari della specialità del lavoro, sia rispetto alla tutela degli interessi del lavoratore soprattutto per quanto riguarda la salute dello stesso» (cfr. ancora sentenza n. 146 del 1971). La Corte, invece, esclusi spazi residuali entro i quali l'autonomia privata possa operare al di fuori della specifica previsione di legge, respinge implicitamente queste aperture.

La qualificazione illegittima della condotta datoriale impone alla Corte di pronunciarsi sulle conseguenti richieste economiche formulate dai lavoratori. Il Collegio giudicante precisa, innanzi tutto, che la concessione di riposi compensativi non esclude, secondo orientamento prevalente, il diritto del lavoratore a una maggiorazione economica, salvo precisarne poi i criteri di computo (In senso analogo, Cass. 23 agosto 1997, n. 7904, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 102, con nota di F. Bano, *Sul riposo settimanale oltre il settimo giorno*, la quale riconduce «a una nozione di comune e generale esperienza che la protrazione dell'attività lavorativa determin[i], col passare del tempo, una maggiore gravosità di detta attività»; Cass. 13 ottobre 2000, n. 13703, *cit.*; cfr. Cass. 6 settembre 2007, n. 18708, *cit.*). Benché, invero, si versi in tema di slittamen-

to e non di perdita definitiva del riposo settimanale, per cui in ragione della concessione ritardata dello stesso è possibile il recupero entro un tempo utile delle energie psico-fisiche, a giudizio della Corte, «l'ininterrotto protrarsi dell'attività lavorativa determina, col passare del tempo, una maggiore gravosità di detta attività, che va pertanto compensata in ogni caso». La sussistenza dell'una o dell'altra ipotesi rileva piuttosto ai fini della quantificazione del ristoro spettante al lavoratore, essendo diversi i danni rispettivamente derivanti dal rallentamento nel recupero delle energie spese (Cass. 6 settembre 1991, n. 9409, in *Not. giur. lav.*, 1992, p. 209). Tale erogazione viene, peraltro, distinta sia da quella dovuta per il lavoro domenicale – sul quale la Corte non si sofferma – in ragione del principio della cd. duplicità del titolo o della doppia maggiorazione (Cfr., *ex multis*, Cass. n. 20 gennaio 1989, n. 342, cit., la quale ne evidenzia la «funzione satisfattiva del pregiudizio morale e materiale risentito dal lavoratore – [...] – per aver dovuto eseguire la prestazione nel settimo giorno»; Cass., Ss.Uu., 3 aprile 1989, n. 1607, in *Mass. giur. lav.*, 1989, p. 455; Cass. 8 ottobre 2003, n. 15046, in *Giust. civ.*, 2004, II, p. 2689, con nota di M. Mariani, *Ancora sul lavoro prestato oltre il sesto giorno: il possibile impatto della nuova disciplina sul riposo settimanale*), sia da quella erogata per il lavoro festivo (In questo senso, invece, Cass. 13 ottobre 2000, n. 13703, cit.). Non mancano, tuttavia, pronunce nelle quali è fatta espressamente salva l'ipotesi che il trattamento economico, previsto dalla contrattazione collettiva per il lavoro domenicale, risulti idoneo a compensare il lavoratore anche della maggiore gravosità del lavoro prestato nel settimo giorno (Si vedano Cass. 27 aprile 1992, n. 5015, *mass.*; Cass. 6 settembre 2007, n. 18708, cit., la quale pone sul datore di lavoro che ne invochi l'applicazione l'onere di provare l'esistenza di tali previsioni normative). In questa ipotesi, si profila un problema di interpretazione della clausola contrattuale *ex art.* 1362 cod. civ., al fine di stabilire se e, in caso di esito positivo, in quale misura la previsione collettiva risulti idonea a risarcire integralmente il lavoratore della maggiore penosità connessa al differimento del giorno di riposo.

Ai fini della concreta quantificazione dell'attribuzione patrimoniale, la Corte rinvia al principio della valutazione equitativa *ex art.* 1226 cod. civ. che dovrà essere effettuata dal giudice, caso per caso, sulla base del danno effettivamente patito, tenendo conto, a tal fine, innanzi tutto della specifica gravosità delle prestazioni erogate, e, in via sussidiaria, di «eventuali strumenti e istituti affini della disciplina collettiva, nonché [di] clausole collettive che disciplinino il risarcimento riconosciuto al lavoratore nell'ipotesi *de qua*» (*Ex pluribus*, Cass. 19 novembre 1987 n. 8514, *mass.*; Cass., Ss.Uu., 3 aprile 1989, n. 1607, cit.; Cass. 6 settembre 2007, n. 18708, cit.). Lo specifico rinvio alle sole previsioni contrattuali che disciplinano questa particolare ipotesi e, al limite, istituti affini, consente di apprezzare, ancora una volta, la prospettiva garantista adottata dalla Corte, e di evidenziare la diversità di approccio rispetto ad altre pronunce di legittimità, nelle quali emolumenti, previsti ad altri fini, sono considerati di per sé adeguati strumenti compensativi anche dello slittamento del riposo (Si vedano Cass. 2 marzo 1998, n. 2303, *mass.*; Cass. 18 gennaio 1999, n. 437, *mass.*; Cass. 23 agosto 1997, n. 7904, cit., le quali hanno sostenuto questa tesi per il personale ferroviario con riferimento all'indennità di utilizzazione e turno). Il rinvio alla valutazione equitativa, in ogni caso, produce l'effetto di ampliare i margini di discrezionalità del giudice di merito, posto che, per un verso, l'accertamento di fatto relativo al grado di penosità è incensurabile in sede di legittimità (Cass. 13 ottobre 2000, n. 13703, cit.), e che lo stes-

so riferimento alle previsioni collettive ha valore meramente indicativo sia in ordine all'*an* che in ordine al *quantum*, salva la configurabilità di vizi logici ed errori giuridici che inficiano la motivazione (In termini critici nei confronti di una giurisprudenza che «rifiuta ogni criterio di razionalità per affidarsi totalmente all'intuito del giudice», L. Nogler, *Sul danno alla salute per soppressione o differimento del riposo settimanale*, nota a Cass. 11 luglio 1996, n. 6327, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1997, p. 117).

Il ricorso al criterio di determinazione in via equitativa del *quantum debeatur* si attaglia alla qualificazione risarcitoria riferita dalla sentenza annotata all'attribuzione patrimoniale spettante al lavoratore (In tema, G. Galli, *I riposi settimanali e infrasettimanali*, in q. *Riv.*, 1968, I, p. 559; Cass., Ss.Uu., 10 novembre 1982, n. 5923, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1967; Cass. 4 marzo 2000, n. 2455, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, p. 48; Tar Campania Napoli, Sez. III, 3 gennaio 2007, n. 10, inedita a quanto consta). L'erogazione, in quanto diretta a indennizzare il prestatore per l'usura psico-fisica derivante dallo slittamento del riposo settimanale, costituisce titolo autonomo, ancorché di derivazione contrattuale (precisazione quest'ultima rilevante ai fini della prescrizione), rispetto alle pretese retributive connesse all'espletamento dell'attività lavorativa in quello stesso giorno. Proprio quest'ultimo rilievo pone in evidenza il limite della diversa tesi interpretativa, pur minoritaria, che attribuisce natura retributiva a tale erogazione (Cass. 27 gennaio 1996, n. 623, *mass.*; Cass. 4 novembre 1997, n. 10836, *mass.*). Per un verso, infatti, il riferimento all'art. 2126, comma 2, cod. civ., richiamato da questa giurisprudenza per argomentare la tesi della natura retributiva dell'attribuzione, non tiene conto della maggiore penosità del lavoro erogato, posto che la disposizione si limita a salvaguardare il diritto alla retribuzione (giornaliera) *sic et simpliciter* del prestatore. Per altro verso, desta perplessità il rinvio al principio di proporzionalità alla qualità del lavoro prestato *ex art. 36*, comma 1, Cost., che dovrebbe garantire il proporzionamento della retribuzione verso l'alto, a titolo di ristoro, soprattutto nel caso in cui il differimento del riposo settimanale avvenga *contra legem*, come la Corte ha ritenuto nella fattispecie giudicata. Proprio in quest'ultimo caso, infatti, pare quanto meno forzata l'impostazione che ravvisa nella maggiore penosità del lavoro erogato nel settimo giorno una mera «intensificazione anomala» della quantità e qualità del lavoro (Così, invece, Cass. 12 marzo 1996, n. 2004, *mass.*; Cass. 19 marzo 1999, n. 2555, *mass.*; Cass. 8 ottobre 2003, n. 15046, *cit.*). Occorre, peraltro, precisare che l'adesione all'una o all'altra tesi interpretativa non ha un'importanza solo teorica, ma rileva, altresì, sul piano pratico, ai fini del regime prescizionale applicabile. E, inverso, nell'ipotesi in cui si ritenga che il credito del lavoratore abbia natura retributiva, opererà la prescrizione quinquennale *ex art. 2948*, n. 4, cod. civ. (Cass. 15 luglio 1988, n. 4674, *mass.*; Cass. 4 dicembre 1984, n. 6365, *mass.*; Cass. 9 marzo 1981, n. 1331, in q. *Riv.*, 1981, II, p. 898); qualora, viceversa, allo stesso sia attribuita natura risarcitoria *ex contractu*, si applicherà la prescrizione ordinaria decennale ai sensi dell'art. 2946 cod. civ. (Cass. 22 gennaio 2004, n. 1135, *mass.*; Cass. 7 marzo 2002, n. 3298, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2756; Cass. 16 luglio 1992, n. 8627, in *Mass. giur. lav.*, 1992, p. 635).

Nell'ambito del risarcimento del danno, la sentenza annotata, adottando una prospettiva di più ampio respiro, riprende un discusso filone giurisprudenziale, ancora in via di definizione, che, sul condiviso presupposto interpretativo che l'art. 36 Cost. tuteli non solo i diritti economici, ma anche diritti fondamentali come quello inviolabile della personalità, distingue tra danni patrimoniali e danni non patrimoniali, con ap-

plicazione di differenti regimi probatori. Il lavoro prestato consecutivamente oltre il sesto giorno cagiona un danno da usura psico-fisica che, in quanto considerato *in re ipsa*, sarebbe oggetto, sul piano probatorio, di presunzione assoluta limitatamente all'*an*. Non a caso, la dottrina parla di «danno normativo», poiché il comportamento *contra ius* è ritenuto automaticamente produttivo di danni, salva la loro quantificazione (P. Tursi, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 284); con la (discussa) conseguenza che, una volta provata la violazione della norma o, comunque, l'inadempimento contrattuale da parte del datore, il lavoratore è esonerato dall'onere di dimostrare sia l'effettiva lesione subita che la sussistenza della colpa del datore inadempiente *ex art.* 1218 cod. civ. Il principio enunciato non è nuovo alla giurisprudenza di legittimità. Se si fa eccezione per l'istituto del demansionamento, per quanto qui rileva, il danno *in re ipsa* è stato prevalentemente riferito all'ipotesi della perdita definitiva del giorno di riposo piuttosto che a quella del mero slittamento (Cass. 17 aprile 1996, n. 3634, in *Not. giur. lav.*, 1996, p. 548; Cass. 5 maggio 1999, n. 4497, in *Or. giur. lav.*, 1999, I, p. 716; Cass. 4 marzo 2000, n. 2455, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 48, con nota di M. Palla, *Delle conseguenze derivanti dal lavoro prestato nel giorno di riposo settimanale*; Tar Campania Napoli, Sez. III, 14 settembre 2006, n. 8106; in termini critici, G. Bolego, *Sull'onere probatorio del danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro*, nota a Cass. 5 novembre 2003, n. 16626, e Cass. 8 novembre 2003, n. 16792, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, pp. 337 e 338, sulla base del rilievo sistematico che nel nostro ordinamento l'obbligazione risarcitoria deve essere riconducibile alla prova del danno che si assume sofferto; analogamente, Cass. 3 aprile 2003, n. 5207, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1346, con nota adesiva di G. Del Borrello, p. 3145).

A un diverso regime probatorio è, invece, sottoposta la richiesta di risarcimento di danni non patrimoniali, relativi alla salute e alla vita di relazione *lato sensu*. Secondo orientamento costante, in tali casi, grava sul lavoratore l'onore di provare, quand'anche attraverso il ricorso a presunzioni semplici e fatto notorio, sia il cd. «danno-evento», sia il nesso eziologico di quest'ultimo con la condotta inadempiente del datore (In tal senso, già Cass. 12 marzo 1996, n. 2004, cit.; Cass. 3 luglio 2001, n. 9009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 834, con nota di M. Mariani, *Lavoro prestato oltre il sesto giorno consecutivo e trattamento retributivo*). Soltanto dopo che siano state soddisfatte dette prove, si potrà procedere alla valutazione, eventualmente in via equitativa, del cd. «danno-conseguenza».

Elena Pietanza  
Dottore di ricerca in Diritto del lavoro  
presso l'Università di Bari

TRIBUNALE MODENA, 13 luglio 2007, Sez. lav. – Est. C. Ponterio – Gschwandler A. J. D. (avv.ti Martinelli, Conti e Moratti) c. Martini Spa (avv.ti Montuschi e Michinelli).

**Licenziamento individuale – Illegittimità – Clausola di stabilità – Clausola penale – Risarcimento – Liquidazione – Limiti.**

*La clausola penale concordata dalle parti assolve alla funzione di liquidazione preventiva del danno da inadempimento e vale inoltre a rafforzare il vincolo contrattuale.*

*Essa, proprio in quanto liquidazione anticipata e convenzionale del danno, è dovuta indipendentemente dalla prova di effettiva esistenza del danno e quindi nessun rilievo può attribuirsi all'aliunde perceptum, pure eccepito da parte convenuta.*

*Deve escludersi la possibilità di cumulare la penale con il risarcimento per l'illegittimo licenziamento.*

*La pretesa in tal senso avanzata è anzitutto in contrasto con la disciplina codicistica e, in particolare, con la previsione dell'art. 1384 cod. civ. secondo cui la clausola penale ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa.*

*Un eventuale cumulo sarebbe contrario alla stessa ratio della penale, quale liquidazione preventiva e convenzionale del danno da inadempimento, e realizzerebbe un duplice risarcimento per la medesima condotta inadempiente, quindi un indebito arricchimento della parte non inadempiente. (1)*

*(Omissis)*

Secondo l'unanime orientamento, la contestazione degli addebiti di cui all'art. 7, comma 2, legge n. 300/70, deve essere specifica, cioè contenere l'esposizione chiara e puntuale degli elementi fondamentali del fatto al fine di consentire al lavoratore una immediata ed efficace difesa (cfr. Cass. n. 2791/96; Cass. n. 5366/96; Cass. n. 2238/95; Cass. n. 5484/95).

Più esattamente, «l'art. 7, legge n. 300/70, va interpretato nel senso che la previa contestazione dell'addebito, necessaria in funzione della applicazione di sanzioni disciplinari, ha lo scopo di consentire al lavoratore l'immediata difesa e deve conseguentemente rivestire il carattere della specificità, che è integrato quando sono fornite le indicazioni necessarie ed essenziali per individuare, nella sua materialità, il fatto o i fatti nei quali il datore di lavoro abbia ravvisato infrazioni disciplinari o comunque comportamenti in violazione dei doveri di cui agli artt. 2104 e 2105 cod. civ.» (Cass. n. 7546/06; cfr. anche Cass. n. 11045/04; Cass. n. 1562/03).

L'esigenza di specificità della contestazione è poi funzionale al rispetto del principio di immodificabilità della causa del licenziamento quanto agli elementi di fatto (cfr. Cass. n. 16190/02; Cass. n. 10761/97).

La contestazione disciplinare mossa con lettera del 16 aprile 2004 è assolutamente priva dei requisiti anzidetti.

La Martini Spa ha contestato al dipendente di aver violato, nella fase delle trattative, l'obbligo di buona fede e correttezza per aver riferito in modo falso le ragioni delle proprie dimissioni dalla società Trilux.

*(Omissis)*

La violazione dell'obbligo di correttezza e buona fede, contestata dalla Martini Spa, ha quale presupposto logico e fattuale l'esistenza dei gravi comportamenti che si asserisce posti in essere dal Sig. Gschwandler.

La contestazione disciplinare, per essere specifica e consentire un concreto ed efficace esercizio del diritto di difesa, avrebbe dovuto contenere la esatta descrizione dei comportamenti in questione.

Il lavoratore non potrebbe difendersi dall'accusa di aver violato l'obbligo di buona fede e correttezza se non passando attraverso la difesa da quei gravi comportamenti che sarebbero stati posti in essere nei confronti del precedente datore di lavoro.

Il Sig. Gschwandler non potrebbe replicare alla contestazione se non spiegando di non aver taciuto alcunché per non avere mai posto in essere le condotte addebitategli o, comunque, adducendo le giustificazioni del caso ed eventualmente l'irrelevanza di condotte pregresse rispetto al rapporto con la Martini Spa.

Né a sanare il difetto di specificità può valere il fatto che il lavoratore si sia difeso nel merito, rispondendo alle contestazioni e contestando genericamente, a sua volta, quanto addebitato perché non corrispondente al vero (cfr. Cass. n. 7546/06; Cass. n. 2238/95).

La genericità della contestazione disciplinare si è tradotta, sul piano processuale, in genericità delle allegazioni e richieste istruttorie di parte convenuta al punto che all'udienza *ex art. 420 cod. proc. civ.* era del tutto ignoto al giudicante quali fossero i comportamenti tenuti dal ricorrente presso la Trilux oggetto della prima lettera di contestazione.

*(Omissis)*

La società convenuta, gravata dell'onere probatorio sulla giusta causa del licenziamento, ha chiesto di essere ammessa alla prova testimoniale sulle circostanze di cui capitoli nn. da 1) a 5).

La prova è stata giudicata inammissibile, con ordinanza del 7 marzo 2007, in ragione del contenuto estremamente generico dei capitoli formulati, privi di qualsiasi riferimento a dati fattuali concreti.

Non può sostenersi che il lavoratore abbia ammesso i fatti addotti dalla Martini Spa quanto ai problemi connessi alle dimissioni da Trilux.

*(Omissis)*

La contestazione di cui alla lettera del 16 aprile 2004, in quanto generica, è certamente inidonea a giustificare il licenziamento del lavoratore (cfr. Cass. n. 7479/03: «un licenziamento ingiustificato, ovvero un licenziamento non motivato (o, il che è lo stesso, motivato sulla base di una contestazione generica) è sicuramente un licenziamento illegittimo»).

La contestazione, comunque, è del tutto sfornita di prova.

La seconda lettera di contestazione del 22 aprile 2004 comprende cinque addebiti.

Il primo concerne i rapporti con il distributore svizzero (*Omissis*). La contestazione è visibilmente generica.

Non è in alcun modo specificato di quali problemi si tratta e, soprattutto, quale sia il comportamento materiale addebitato al lavoratore e idoneo a integrare una infrazione disciplinare.

Nella comparsa di risposta si sottolinea come la condotta rilevante sotto il profilo disciplinare deve ravvisarsi nelle omissioni e negligenze del lavoratore che avrebbe dovuto risolvere quei problemi.

Si tratta di mere tautologie.

La contestazione non può esaurirsi nell'accusa di aver tenuto comportamenti qualificati negativamente ma senza alcun riferimento a fatti specifici (cfr. Cass. n. 7546/06).

La contestazione è risultata poi sfornita di prova non essendo stati ammessi, in ragione della generica formulazione, i capitoli di prova testimoniale nn. 6 e 7.

Non solo, parte ricorrente ha prodotto i documenti nn. 15-19 da cui si evince come del problema cataloghi e scale sconti si fosse occupato direttamente il direttore generale (*Omissis*).

Considerazioni analoghe valgono per la contestazione n. 2 riguardo alla quale il lavoratore non è stato in grado neanche di abbozzare una difesa.

Si parla di un possibile importante ordine da parte di un rivenditore spagnolo senza alcun riferimento all'oggetto e all'epoca dello stesso e a comportamenti specifici addebitabili al ricorrente.

Al punto n. 3 si contesta al sig. Gschwandler una difformità sui modi di realizzazione e stampa del catalogo Martini Spa nella versione Usa e sulla distribuzione dei relativi costi tra la Martini Spa e la Euroлите Spa.

Ancora una volta manca l'indicazione di un comportamento specifico a carico del ricorrente.

(*Omissis*)

Le richieste probatorie ripropongono la genericità della contestazione e sono state respinte come inammissibili.

La documentazione, prodotta unicamente da parte ricorrente, depone peraltro nel senso di un diretto coinvolgimento del direttore generale nella gestione dei cataloghi da destinare al mercato Usa.

Al punto 4) si contesta che i distributori di Francia e Belgio hanno manifestato una generale insoddisfazione in merito ai rapporti intrattenuti col ricorrente.

*(Omissis)*

Valgono i rilievi di genericità già fatti per gli altri addebiti.

Non è precisato di quali accordi commerciali si tratti, l'epoca degli stessi e la condotta che l'azienda avrebbe potuto pretendere dal dipendente.

Una generale insoddisfazione espressa da alcuni clienti non equivale a contestazione di fatti materiali e comportamenti specifici ma costituisce solo un giudizio negativo proveniente da terzi.

*(Omissis)*

I capitoli di prova formulati ai punti nn. 14 e 15 sono stati giudicati inammissibili proprio in ragione delle valutazioni pretese dai testimoni.

Le contestazioni disciplinari di cui alla lettera del 22 aprile 2004 sono risultate generiche e, comunque, sfornite di prova, come tali inidonee a sorreggere la legittimità del licenziamento.

Non solo, le accuse, seppure generiche, di negligenza, trascuratezza, superficialità paiono logicamente incompatibili con l'assenza di qualsiasi precedente disciplinare a carico del ricorrente e con la soddisfazione per l'attività del medesimo manifestata dalla società nel giugno 2003 con la conclusione del patto di stabilità.

L'ultima contestazione disciplinare è stata mossa con lettera del 23 aprile 2004 e concerne la presenza del ricorrente alla Fiera di Francoforte il 22 aprile 2004.

Il sig. Gschwandler era stato esonerato dal partecipare alla Fiera di Francoforte (cfr. doc. 34 ric.).

Il medesimo ha chiesto alla società di poter usufruire di un giorno di ferie il 22 aprile e si è recato autonomamente alla Fiera di Francoforte.

*(Omissis)*

Non è addebitata al ricorrente alcuna condotta denigratoria nei confronti della Martini Spa ma, al più, l'aver comunicato a terzi o comunque lasciato intuire l'esistenza di problemi nel suo rapporto di lavoro.

È difficile attribuire rilievo disciplinare a tale condotta posto che il ricorrente era stato esonerato dal partecipare alla Fiera ma nessun divieto gli era stato imposto.

Plausibili e comprensibili devono ritenersi le esigenze di aggiornamento professionale del predetto e anche la necessità di non perdere i contatti col mercato, quindi con le aziende del settore e i vari distributori in base alle proprie esigenze lavorative, di carriera o di semplice occupazione.

Le criticità del suo rapporto di lavoro con la Martini Spa erano in quel momento evidenti e chiare.

L'assenza del ricorrente nello stand Martini Spa avrebbe comunque creato sospetti nei terzi, così come la sua presenza quale autonomo visitatore. Non può intravedersi alcuna violazione dei doveri di correttezza e buona fede nella decisione del ricorrente di usufruire di un giorno di ferie e recarsi alla Fiera di Francoforte e, comunque, si tratta di condotta certamente *inidonea* a costituire giusta causa di licenziamento.

Il licenziamento irrogato al ricorrente il 4 maggio 2004 deve quindi dichiararsi illegittimo.

È incontestata l'esistenza del requisito occupazionale che rende operativo il regime di tutela reale dettato dall'art. 18 Statuto lavoratori.

Dalla accertata illegittimità del licenziamento deriva l'obbligo per il datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro e di risarcirgli il danno.

Ai fini del risarcimento del danno, occorre considerare che il 30 giugno 2003 le parti hanno concluso un patto di durata minima del seguente tenore: «1. Le parti si impegnano a non recedere dal rapporto in corso per la durata di anni tre a decorrere dalla sottoscrizione della presente. Resta fermo il diritto delle parti di risolvere il rapporto di lavoro in corso nella sola ipotesi di fatti, posti in essere dall'altra parte, che possono costituire giusta causa di recesso.

2. Nel caso in cui una parte receda prima della scadenza del termine di durata minima garantita, senza che ricorra un'ipotesi di giusta causa, sarà tenuta a pagare all'altra parte, a titolo di penale, una somma pari alle retribuzioni di seguito elencate».

La Suprema Corte ha più volte statuito la legittimità delle clausole di stabilità relativa del rapporto di lavoro [cfr. Cass. n. 1086/80 «la cosiddetta clausola di stabilità relativa, inserita nella disciplina pattizia o regolamentare, si traduce, in una preventiva rinuncia del datore di lavoro alla facoltà di recesso e garantisce al prestatore di lavoro la conservazione del posto per una durata minima, che può essere anche fissata in relazione a un determinato limite di età, prima del quale il lavoratore non può essere licenziato o collocato in quiescenza, salvo l'insorgenza di fatti disciplinari gravi o di altri fatti espressamente concordati»; Cass. n. 10043/96: «la clausola di stabilità relativa del rapporto lavorativo per una durata minima garantita è legittima (non essendo incompatibile con le norme dettate dalla legge 18 aprile 1962, n. 230, sull'apponibilità del termine nel contratto di lavoro) e non altera la sostanziale natura del contratto di lavoro a tempo indeterminato, traducendosi soltanto in una preventiva rinuncia del datore di lavoro alla facoltà di recesso e quindi in una garanzia per il lavoratore della conservazione del posto per una durata minima»; cfr. anche Cass. n. 19903/05].

La giurisprudenza prevalente equipara gli effetti della risoluzione del rapporto durante il periodo di irrecedibilità convenzionale all'ipotesi di recesso *ante tempus* dal contratto a termine [in tal senso Cass. n. 3574/75: «la clausola, inserita nella disciplina patrizia o regolamentare di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con cui viene fissato un limite di età prima del quale il lavoratore non può essere licenziato, se non per eventi particolari, configura una clausola di relativa stabilità o di durata minima garantita in favore del prestatore d'opera; in tale ipotesi, il rapporto di lavoro si comporta, per siffatta durata minima, come un contratto a tempo determinato, con la conseguenza che, in caso di recesso ingiustificato, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al dipendente, a titolo di risarcimento del danno, le retribuzioni che lo stesso avrebbe percepito ove il rapporto non fosse stato risolto anticipatamente»; Cass. n. 10043/96: «il contratto di lavoro cui accede una clausola di durata minima garantita, pur dovendosi considerare come contratto a tempo indeterminato, per il periodo di vigenza della clausola si configura invece come contratto a tempo determinato con le conseguenze scaturenti da tale sua natura sia in ordine alle condizioni di risoluzione che in ordine al risarcimento danni in seguito all'inadempimento della clausola suddetta. Ulteriore corollario di tale assunto è che solo dopo l'avvenuta scadenza della clausola il contratto di lavoro riacquista tutti i connotati tipici dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, che ricadono per la loro disciplina risolutoria e per la quantificazione dei danni da risarcire al lavoratore nelle ipotesi di licenziamento inefficace o illegittimo (perché privo di giusta causa o di giustificato motivo) nel generale ambito applicativo della legge 11 maggio 1990, n. 108»].

Nel caso di specie, oltre alla clausola di durata minima, è stata concordata tra le parti una penale risarcitoria per l'ipotesi di recesso prima della scadenza della durata minima e in assenza di giusta causa. L'entità della penale risarcitoria, per il caso di recesso entro i primi due anni dalla stipula, è stata stabilita come pari alle retribuzioni nette che le parti avrebbero dovuto rispettivamente corrispondere o percepire dal momento del recesso alla data del termine.

Tale clausola riveste tutti i caratteri della clausola penale disciplinata dall'art. 1382 cod. civ. (cfr. Cass. n. 3221/90: «ove in un contratto di lavoro a tempo indeterminato sia inserita una clausola di stabilità relativa, essa è pienamente legittima, non trovando ostacolo nella legge n. 604 del 1966 sul giustificato motivo di licenziamento, e le parti possono prevedere, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, che, in caso di ingiustificato anticipato recesso da parte del datore di lavoro, questo sia tenuto a corrispondere al lavoratore una determinata prestazione al fine di risarcirlo del danno conseguente al mancato rispetto del periodo minimo di

durata del rapporto, rivestendo tale ulteriore pattuizione tutti i caratteri della clausola penale *ex art. 1382 cod. civ.*»).

Come è noto, la clausola penale concordata dalle parti assolve alla funzione di liquidazione preventiva del danno da inadempimento e vale inoltre a rafforzare il vincolo contrattuale (cfr. Cass. n. 3600/89; Cass. n. 591/05).

Essa, proprio in quanto liquidazione anticipata e convenzionale del danno, è dovuta indipendentemente dalla prova di effettiva esistenza del danno (cfr. art. 1382, comma 2, cod. civ.) e quindi nessun rilievo può attribuirsi nel caso in esame all'*aliunde perceptum*, pure eccepito da parte convenuta [cfr. Cass. n. 11204/98: «il creditore per conseguire la penale deve provare l'inadempimento del debitore, mentre non deve fornire la prova dell'esistenza del danno e del suo ammontare. La clausola penale costituisce, infatti, una pattuizione accessoria del contratto, che svolge, oltre alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale, quella di stabilire, in via preventiva, la prestazione dovuta per il caso di inadempimento o ritardo, con l'effetto di determinare e limitare a tale prestazione (sempre che non sia stata pattuita la risarcibilità del danno ulteriore) la misura del risarcimento dovuto, indipendentemente dalla prova della concreta esistenza del danno effettivamente sofferto»; cfr., anche Cass. n. 3440/79 e Cass. n. 10260/02 sulla qualificazione come penale della misura minima di cinque mensilità di cui all'art. 18, legge n. 300/70].

Deve infine escludersi la possibilità di cumulare la penale con il risarcimento per l'illegittimo licenziamento.

La pretesa in tal senso avanzata dal ricorrente è anzitutto in contrasto con la disciplina codicistica e, in particolare, con la previsione dell'art. 1384 cod. civ. secondo cui la clausola penale ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa.

Un eventuale cumulo sarebbe contrario alla stessa *ratio* della penale, quale liquidazione preventiva e convenzionale del danno da inadempimento, e realizzerebbe un duplice risarcimento per la medesima condotta inadempiente, quindi un indebito arricchimento della parte non inadempiente.

È ovvio che il danno coperto dalla penale risarcitoria è solo quello prodotto fino alla scadenza del termine di durata minima, posto che la previsione della penale è connessa alla citata clausola di stabilità.

Nel caso in esame, è emerso dal libero interrogatorio del ricorrente e dalle produzioni documentali dello stesso, come questi abbia trovato una nuova occupazione presso la Gewiss Spa a partire dal 20 settembre 2004 e, quindi, pochi mesi dopo il licenziamento e molto tempo prima della scadenza del periodo di durata minima.

La penale risarcitoria assorbe quindi interamente il danno da illegittimo licenziamento.

I conteggi prodotti dal ricorrente sull'importo della penale risarcitoria non sono stati contestati da parte convenuta né è stata domandata una riduzione della penale medesima.

La società convenuta va quindi condannata a corrispondere al ricorrente la somma di euro 132.986,00 a titolo di penale risarcitoria, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali sulla somma via via rivalutata dalla data di maturazione del diritto al saldo.

La Martini Spa va inoltre condannata al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali in relazione alla somma di cui sopra. Non può trovare accoglimento la domanda di risarcimento danni da demansionamento.

Il compito di seguire i nuovi mercati, fino ad allora inesplorati, rientra perfettamente nell'ambito delle mansioni di *export manager*, né può intravedersi uno svuotamento di mansioni o l'attribuzione di mansioni inferiori solo in ragione del modesto fatturato rappresentato dai nuovi Stati o del minor numero di collaboratori.

Non solo, il compito di seguire mercati nuovi e certamente di difficile penetrazione commerciale poteva, in teoria, rappresentare l'occasione di nuove esperienze professionali, quindi un accrescimento in senso lato. Deve poi rilevarsi l'assoluta mancanza di prove quanto all'esistenza di un danno da demansionamento (cfr. Cass., Ss.Uu., n. 6572/06).

Parte ricorrente non ha allegato né dimostrato specifici pregiudizi professionali direttamente ricollegabili allo svolgimento, per un breve lasso di tempo, del compito di seguire i nuovi mercati.

Né pare sufficiente il ricorso a elementi presuntivi che, anzi, depongono in senso contrario, specie se si considera il rapido reperimento da parte del ricorrente di una nuova e soddisfacente occupazione.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

Per questi motivi

Visto l'art. 429 cod. proc. civ.,

definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda o eccezione disattesa e respinta, annulla il licenziamento intimato dalla parte convenuta al ricorrente il 4 maggio 2004 perché illegittimo.

Ordina alla Martini Spa, in persona del legale rappresentante protempore, di reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro. (*Omissis*)

(1) VIOLAZIONE DELLA CLAUSOLA DI DURATA MINIMA GARANTITA  
E RISARCIMENTO PER IL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO

La sentenza in commento ripropone un tema – quello del rilievo della pattuizione di una clausola di stabilità volta a garantire la durata minima del rapporto di lavoro – già più volte affrontato anche dalla recente giurisprudenza di legittimità (Vedi, da ultimo, Cass., Sez. lav., 7 settembre 2005, n. 17817, in q. *Riv.*, 2006, II, p. 275; Cass., Sez. lav., 14 ottobre 2005, n. 19903, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 617) e riconferma per l'ennesima volta l'indirizzo giurisprudenziale in forza del quale le cd. «clausole di durata minima garantita» non contrastano con norme e principi propri dell'assetto predisposto dal nostro ordinamento giuridico a tutela della posizione del lavoratore.

Nel caso di specie un lavoratore era stato assunto da una società con la qualifica di quadro e successivamente aveva stipulato con il datore di lavoro un patto di stabilità della durata di tre anni. Meno di un anno dopo la stipula del patto il lavoratore veniva licenziato in tronco. Impugnato il licenziamento e radicata la causa davanti al giudice di merito, il Tribunale di Modena rilevava la genericità della contestazione disciplinare posta a fondamento del recesso datoriale, giudicandola del tutto inidonea a giustificare il licenziamento del dipendente, non potendo detta contestazione esaurirsi nell'accusa di aver tenuto comportamenti qualificati negativamente ma senza alcun riferimento a fatti specifici. Dichiarato così illegittimo il licenziamento – e ritenuta incontestata l'esistenza del requisito occupazionale atto a rendere operativo il regime di tutela previsto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori – il giudice di merito si è concentrato sul rilievo da attribuire, ai fini del risarcimento del danno, al patto di durata minima garantita concluso dalle parti e alla clausola penale posta a corredo dello stesso.

Nell'ambito delle diverse forme che può assumere la stabilità convenzionale (Per un inquadramento del tema con riguardo al sistema delle fonti vedi Dell'Olio, *La stabilità convenzionale*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 1, pp. 181 ss.), nel caso di specie le parti avevano posto in essere un *pactum de non recedendo*, non preclusivo peraltro in quanto tale – come è noto – in via assoluta del recesso (Dell'Olio, *op. ult. cit.*, p. 186), che infatti il datore ha prospettato come licenziamento per giusta causa. D'altra parte la clausola di stabilità non altera la sostanziale natura del contratto a tempo indeterminato (che dunque non si esaurisce alla scadenza della stessa), ma si sostanzia in una garanzia per il lavoratore della conservazione del posto per una durata determinata, traducendosi in una preventiva rinuncia del datore di lavoro alla facoltà di recesso per il medesimo periodo di tempo [Vedi Dell'Olio, *La stabilità*, cit., p. 186; Mainardi, *Dimissioni e risoluzione consensuale*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2007 (II ed.), pp. 419 ss., alle pp. 421 ss.; Idem, *L'estinzione del rapporto nella sistematica del codice civile. Dimissioni e risoluzione consensuale*, in Bessone (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, vol. XXIV, *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, Torino, 2007, III, pp. 3 ss., alla p. 76; Garattoni, *La clausola di durata minima e il licenziamento del dirigente apicale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, pp. 617 ss.; in giurisprudenza vedi già Cass., Sez. lav., 15 novembre 1996, n. 10043, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 284; Cass., Sez. lav., 25 giugno 1987, n. 5600, in *Not. giur. lav.*, 1987, p. 494].

Tali clausole trovano spesso utilizzo anche nell'ambito delle cd. «tecniche di fidelizzazione» delle imprese nei confronti dei propri dipendenti (Vedi sul tema Zoli, *Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, pp. 449 ss., e in *Studi in onore di Mario Grandi*, Padova, 2005, pp. 877 ss.; Russo, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, Milano, 2004); proprio per questo la dottrina non ha mancato di interrogarsi intorno a una possibile antitesi tra detti strumenti e le tecniche tradizionali del diritto del lavoro, che realizzano la protezione del dipendente tramite la limitazione dei poteri della controparte datoriale (Vedi sul punto Garattoni, *La clausola...*, cit., p. 618). Se, infatti, quando il vincolo è posto a carico del solo datore di lavoro (o è reciproco, come nel caso di specie) non si pongono problemi particolari (Anche se in dottrina vi è chi ha sottolineato come – anche a fronte di clausole di stabilità «simmetriche» – l'asimmetria fra la disciplina legislativa o collettiva del recesso datoriale e quella del recesso del lavoratore «fa sì che il sacrificio imposto al lavoratore con l'inibizione temporanea sia più grave di quello imposto al datore di lavoro»: così Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003, p. 390), la questione diventa sicuramente più delicata laddove le clausole di durata minima vengano, appunto, utilizzate quali strumenti di fidelizzazione, cioè allorché il datore si assicuri la stabilità del vincolo con lavoratori contrattualmente forti e, di conseguenza, l'effetto del vincolo gravi solo sul lavoratore, potenzialmente «prezioso» «non solo [...] per quanto concerne il loro bagaglio di *know how*, ma anche per il costo degli investimenti in termini formativi sostenuti» (Così Menegatti, *La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sulla legittimità delle clausole di durata minima garantita*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, I, pp. 229 ss.; vedi sul punto anche Federici, *Vincoli convenzionali alla libertà di recesso del lavoratore e condizioni di ammissibilità delle clausole di durata minima del rapporto di lavoro*, in *q. Riv.*, 2006, II, pp. 280 ss.; Bano, *Clausola di durata minima garantita e costo dell'addestramento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, pp. 539 ss.). A questo proposito, se la dottrina più risalente esprimeva una valutazione negativa, ritenendo clausole siffatte lesive della tutela predisposta dall'ordinamento per il lavoratore subordinato in materia di recesso [Vedi Isenburg, *Le clausole di durata minima garantita nel contratto individuale di lavoro*, in *q. Riv.*, 1975, I, pp. 19 ss., e pp. 91 ss.; vedi, in particolare, a p. 116: «In caso di clausola unilaterale, vincolante [...] il prestatore di lavoro, la clausola è nulla e non può pertanto esplicare alcuna efficacia...»]; nello stesso senso, valorizzando il *favor libertatis*, Miglioranzi, *L'apposizione di vincoli di durata al rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1964, I, pp. 259 ss.], la dottrina più recente si divide tra chi esclude che un tale vincolo convenzionale, diretto a limitare la facoltà di recesso del lavoratore, sia in contrasto con il sistema di tutele previsto dalla legge, osservando come il vincolo sia sostanzialmente assunto all'interno di un assetto di interessi che non appare pregiudizievole per il lavoratore stesso [Vedi Russo, *Le tecniche giuridiche di fidelizzazione del personale: dagli strumenti «difensivi» agli strumenti «offensivi» nella prospettiva del nuovo «mercato del lavoro»*, in Malandrini e Russo (a cura di), *Lo sviluppo del «capitale umano» tra innovazione organizzativa e tecniche di fidelizzazione*, Milano, 2006, pp. 167 ss.; Idem, *Problemi e prospettive...*, cit., pp. 93 ss.; Melea, *La «clausola di stabilità»*, in *Dir. prat. lav.*, 1994, pp. 2365 ss.] e chi, valorizzando quella che appare una premessa comunque condivisa da dottrina e giurisprudenza («Entrambe ritengono inammissibile la creazione in via contrattuale di un regime di stabilità diretto a eliminare *in toto* la libertà del lavoratore di fuoriuscire in qualsiasi momento dal rap-

porto di lavoro»: così Federici, *Vincoli convenzionali...*, cit., p. 282), ritiene che compito dell'esegeta nell'interpretazione di detta clausola limitativa del recesso non sia tanto quello di definire la natura della norma su cui si fonda la libertà di recesso (l'art. 2118 del codice civile), «quanto quello di accertare, tramite la ricostruzione della effettiva volontà delle parti, se l'obbligazione corrispettiva assunta dal datore di lavoro sia esterna e indipendente rispetto alla sua posizione debitoria derivante dall'essere parte del rapporto principale e tale da costituire obbligo autonomo a eseguire un'ulteriore prestazione [...] rispetto al complesso di prestazioni già dedotte nel contratto di lavoro, oppure, alternativamente, se rispetto a quest'ultima posizione debitoria costituisca fonte di prestazioni complementari scaturenti dal rapporto principale e già incombenenti sul datore di lavoro» (Così Federici, *op. ult. cit.*, p. 283). A fronte di tali diversi orientamenti della dottrina, la giurisprudenza di legittimità sembra invece decisamente propendere per l'ammissibilità della clausola di durata minima, anche laddove il vincolo sia posto solo a carico del lavoratore, rilevando come non sia ravvisabile alcun contrasto di tali clausole con norme e principi dell'ordinamento, dal momento che «nessun limite è [...] posto dalla legge all'autonomia privata per quanto attiene alla facoltà di recesso dal rapporto attribuita al lavoratore, di cui egli può liberamente disporre» (Così Cass., Sez. lav., 11 febbraio 1998, n. 1435, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, pp. 539 ss.; Cass. 7 settembre 2005, n. 17817, cit.; nella giurisprudenza di merito vedi Trib. Venezia 23 ottobre 2003, in *Lav. giur.*, 2004, p. 692); inoltre i giudici di legittimità hanno anche avuto modo di escludere una possibile configurabilità della clausola in questione come «vessatoria», dal momento che un'interpretazione estensiva del catalogo tassativo di cui all'art. 1341, comma 2, cod. civ., se pur possibile, sarebbe comunque sempre da compiere con riferimento a ciascun tipo di clausola e alle esigenze di tutela del contraente per adesione, non vedendosi come la limitazione alla facoltà di recesso nel contratto di lavoro possa essere assimilata al suo opposto, e cioè alle condizioni che stabiliscono facoltà di recesso dal contratto a favore di chi dette clausole abbia predisposto (Cass., Sez. lav., 11 febbraio 1998, n. 1435, cit.; sul punto vedi anche Barraco, *Commento a Trib. Venezia 23 ottobre 2003*, in *Lav. giur.*, 2004, pp. 694 ss., alle pp. 695-696; Menegatti, *La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi...*, cit., p. 234). D'altra parte la giurisprudenza ha più volte puntualizzato – con una valutazione «del tutto coerente con la valutazione degli interessi che vengono in gioco in tali fattispecie contrattuali» (Così Menegatti, *La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi...*, cit., p. 233) – come la previsione di un corrispettivo costituisca la condizione di legittimità delle clausole di stabilità «unilaterale», ovvero con un vincolo assunto a esclusivo carico del lavoratore (Vedi Cass., Sez. lav., 11 febbraio 1998, n. 1435, cit.; Trib. Venezia 23 ottobre 2003, cit.). Non è d'altra parte detto che la controprestazione debba necessariamente comportare un obbligo monetario del datore di lavoro (Vedi Zoli, *Clausole di fidelizzazione...*, cit., p. 456; Menegatti, *La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi...*, cit., p. 234; Russo, *Problemi e prospettive...*, cit., p. 96), potendo, ad esempio, consistere in formazione aggiuntiva o anche nella garanzia di un percorso di carriera (Menegatti, *op. e loc. ult. cit.*; Russo, *op. e loc. ult. cit.*).

Nel caso di specie, peraltro, la clausola pattuita aveva carattere «simmetrico», assumendo la veste di *clausola di durata minima garantita*: in queste ipotesi, come si è detto, il corretto bilanciamento degli interessi pare a molti, in dottrina e giurisprudenza, già scontato, operando la limitazione del recesso su entrambe le parti del rapporto

(Vedi Zoli, *Clausole di fidelizzazione...*, cit., p. 456; nella giurisprudenza di merito vedi anche Trib. Torino 11 maggio 2001, in *Giur. Piem.*, 2001, p. 462; Trib. Bergamo 14 marzo 2001, in *Lav. prev. oggi*, p. 348, secondo cui detta clausola non è mai peggiorativa rispetto alla situazione di libera recedibilità), anche se non manca in dottrina chi sottolinea come la soluzione non sia affatto «così piana» (Garattoni, *La clausola di durata minima...*, cit., p. 619; Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 390; Mainardi, *L'estinzione del rapporto*, cit., p. 76; di conclusione che pare «quanto meno discutibile» parla anche Menegatti, *La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi...*, cit., p. 234). In effetti più di una perplessità potrebbe sorgere laddove si consideri come ben diverso appare in tali ipotesi il «peso» del sacrificio imposto alle parti: se il datore perde solo la possibilità di recedere per motivi oggettivi dal rapporto, il lavoratore si vede invece privato della possibilità di recesso *ad nutum* (Nello stesso senso Menegatti, *op. e loc. ult. cit.*). La sentenza in commento non prende peraltro in considerazione tale profilo, limitandosi a ribadire l'orientamento giurisprudenziale consolidato quanto alla legittimità della clausola di stabilità relativa del rapporto di lavoro; il giudice di merito si sofferma invece maggiormente sugli effetti della risoluzione del rapporto durante il periodo di irrecedibilità convenzionale, sposando la tesi prevalente che equipara dette conseguenze a quelle derivanti da un recesso *ante tempus* dal contratto di lavoro a tempo determinato: ciò significa che il recesso datoriale avvenuto in assenza di giusta causa e dunque in violazione della clausola di durata minima dovrebbe comportare la condanna a corrispondere le retribuzioni dovute sino allo spirare della durata minima pattuita, fatto salvo l'eventuale maggior danno subito dal lavoratore e la speculare possibilità di riduzione in caso di *aliunde perceptum* (In giurisprudenza vedi, tra molte, Cass., Sez. lav., 14 ottobre 2005, n. 19903, cit.; Cass., Sez. lav., 15 novembre 1996, n. 10043, cit.; Cass., Sez. lav., 3 febbraio 1996, n. 924, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1997, p. 800; Cass., Sez. lav., 9 giugno 1995, n. 6520, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 597; Cass., Sez. lav., 10 marzo 1984, n. 1676, in *Dir. prat. lav.*, 1984, p. 644; Cass., Sez. lav., 12 aprile 1980, n. 2365, in q. *Riv.*, 1981, II, p. 133; Corte d'App. Venezia 6 febbraio 2004, in *D&L*, 2004, p. 990; diversamente, Trib. Forlì 9 aprile 1981, in *Giur. merit.*, 1983, I, p. 68, secondo cui le norme del codice civile relative al risarcimento del danno spettante in caso di recesso anticipato da un contratto a tempo determinato non trovano applicazione quando il contratto collettivo stabilisca a priori l'entità del risarcimento spettante al lavoratore; sul profilo specifico del rilievo dell'*aliunde perceptum* vedi Cass., Sez. lav., 3 febbraio 1996, n. 924, cit., annotata da Bonardi, *Recesso dal contratto di lavoro con clausola di durata minima e onere della prova dell'aliunde perceptum*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, pp. 801 ss.).

Nel caso deciso dal Tribunale di Modena, peraltro, oltre alla clausola di durata minima le parti avevano concordato una penale risarcitoria per l'ipotesi di recesso *ante tempus* in assenza di giusta causa (sull'ammissibilità dell'utilizzo della clausola penale anche in caso di clausola di stabilità con vincolo a esclusivo carico del lavoratore vedi di recente Cass., Sez. lav., 7 settembre 2005, n. 17817, cit.): l'entità della stessa, per il caso di recesso entro i primi due anni dalla stipula della clausola, era stata stabilita come pari alle retribuzioni nette che le parti avrebbero dovuto, rispettivamente, corrispondere o percepire dal momento del recesso alla data del termine di durata minima garantita. Dal momento che la clausola penale *ex art.* 1382 cod. civ. assolve alla funzione di liquidazione preventiva del danno da inadempimento, essa è dovuta indipen-

dentemente dalla prova dell'esistenza effettiva del danno [Per una interessante panoramica sulla funzione svolta dalla penale nei diversi sistemi giuridici europei vedi Medici, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, pp. 321 ss.; sul tema vedi anche Trimarchi, *La clausola penale*, Milano, 1954; Marini, *La clausola penale*, Napoli, 1984; Sacco e De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 1993, pp. 160 ss.; Galgano, *Artt. 1382-1384*, in Scialoja e Branca (a cura di), *Comm. al Cod. Civ.*, Bologna-Roma, 1993; Santaroni, *Spunti comparatistici in materia di clausola penale*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Torino, 1994, pp. 1059 ss.; Mattei, *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pp. 443 ss.; Mazzaresse, *Clausola penale*, in Schlesinger (diretto da), *Comm. al Cod. Civ.*, Milano, 1999; Gallarati, *La clausola penale: funzione deterrente e risarcitoria*, in *Giur. it.*, 2003, cc. 450 ss.; sul potere del giudice di esercitare anche d'ufficio il potere di diminuire equamente la penale concordata dalle parti vedi, da ultimo, Cass., Ss.Uu., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 2985 ss., che ha avallato un orientamento di recente emersione, particolarmente patrocinato dalla prima Sezione civile].

Alla luce dunque della funzione della penale, come sopra specificata, da un lato, il giudicante nella sentenza in commento – con cui ha riconosciuto l'illegittimità del licenziamento e ordinato la reintegrazione del lavoratore – ha escluso che potesse rilevare l'*aliunde perceptum*, pure eccepito dalla parte datoriale, e, dall'altro, ha parimenti escluso la possibilità di cumulare la penale con il risarcimento per l'illegittimità del licenziamento, ritenendo detta pretesa vuoi in contrasto con il disposto normativo che specifica come la clausola penale abbia l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, sia con la stessa *ratio* della previsione di una clausola penale, quale strumento di liquidazione convenzionale e preventiva del danno da inadempimento. Nel caso di specie, il giudice ha rilevato come sia emerso a livello probatorio che il lavoratore ricorrente aveva trovato una nuova occupazione pochi mesi dopo il licenziamento e molto tempo prima della scadenza fissata nel patto di durata minima: il Tribunale ha dunque ritenuto assorbito il danno da illegittimo licenziamento nella penale risarcitoria (nel caso concreto di importo sicuramente consistente, essendo il licenziamento stato intimato dopo neppure un anno rispetto ai tre previsti dalla clausola di durata minima garantita). Soluzione che appare sostanzialmente condivisibile alla luce del disposto dell'art. 1382 cod. civ., non risultando essere stata pattuita tra le parti l'(eventuale) risarcibilità del danno ulteriore, che si può sempre convenire a mente del comma 1 della norma ora citata e che, peraltro, necessita poi di specifica prova in giudizio.

Roberta Nunin  
*Professore Associato di Diritto del lavoro  
nell'Università di Trieste*

TRIBUNALE GENOVA, 11 maggio 2007, Sez. lav. – Est. Basilisco – X  
(avv.ti Gobessi e Parodi) c. Y Spa (avv. Dosio).

**Lavoro a tempo parziale – Trasformazione del tempo pieno in tempo parziale per ragioni familiari – Fungibilità dei lavoratori – Sussistenza del *fumus boni iuris* – Procedimento ex art. 700 cod. proc. civ.**

*La disposizione di cui all'art. 57-bis del Ccnl del commercio ha carattere imperativo per il datore di lavoro; in particolare, l'uso dell'indicativo è espressivo dell'obbligo imposto dalla norma al destinatario corrispondente al diritto del lavoratore di ottenere una riduzione di orario, al sussistere del presupposto numerico e di fungibilità. L'ordinamento riconosce alla lavoratrice madre un diritto non condizionato dal suo stato familiare.*

*La previsione del rientro in servizio entro alcune settimane e la documentata impossibilità di fare altrimenti fronte, da allora, all'assistenza della figlia integrano il pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile al diritto in questione. (1)*

*(Omissis)*

Risulta che ella abbia richiesto la trasformazione dell'orario a venti ore settimanali già il 5 ottobre 2006 [all. 8 al ricorso], ricevendo risposta negativa il successivo 18 [all. 9] così motivata: «... le mansioni a lei affidate richiedono la presenza costante durante l'arco della giornata lavorativa e riteniamo che un impiego *part-time* comprometterebbe in modo grave la funzionalità dell'ufficio dove svolge la sua attività e di conseguenza dell'azienda. Non è nelle nostre possibilità poterla inserire eventualmente anche in altro ambito aziendale a tempo parziale in quanto l'organico attuale copre abbondantemente ogni necessità di personale».

*(Omissis)* Quest'ultima ha invocato a suo vantaggio l'applicazione dell'art. 57-bis del Ccnl di settore. Questo, sotto la rubrica «*Part-time post maternità*», dispone: «Al fine di consentire ai lavoratori assunti a tempo indeterminato l'assistenza al bambino fino al compimento del terzo anno di età, le aziende accoglieranno, nell'ambito del 3 per cento della forza occupata nell'unità produttiva, in funzione della fungibilità dei lavoratori interessati, la richiesta di trasformazione temporanea del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale da parte del genitore».

«Nelle unità produttive che occupano da 20 a 33 dipendenti non potrà fruire della riduzione di orario più di un lavoratore. Il datore di lavoro accoglierà le richieste in funzione della fungibilità dei lavoratori interessati e in base al criterio della priorità cronologica della presentazione delle domande...».

L'uso dell'indicativo (*accoglieranno*) è espressivo di un obbligo imposto dalla norma al destinatario (*le aziende*). Il carattere imperativo della disposizione, per il datore di lavoro, è confermato dal precetto di apertura del comma 2, formulato in termini di divieto, ma interpretabile solo nel senso di disconoscimento d'un diritto soggettivo, altrimenti sussistente in capo al lavoratore: infatti non può certo negarsi alle parti di un contratto di lavoro di accordarsi liberamente per un *part-time*, fuori dei limiti stabiliti dalla clausola normativa. Da questa lettura deriva la conseguenza che l'ipotesi del comma 1 contempla invece un diritto alla riduzione d'orario, in capo al lavoratore, a fronte del quale il datore di lavoro ha una posizione di soggezione.

Si tratta di contrapposte situazioni giuridiche ovviamente non illimitate (*Omissis*).

Quanto alla fungibilità occorre considerare il cospicuo numero di dipendenti con mansioni amministrative e, tra questi, il fatto che il reparto contabilità, cui (*Omissis*) appartiene, annoveri altre due impiegate esperte (*Omissis*) e (*Omissis*) (di livello pari o superiore al suo), oltre al responsabile (*Omissis*) (quadro) e alla neo assunta (*Omissis*) (anch'ella di pari livello).

Parte convenuta ha precisato che la ricorrente è addetta agli adempimenti relativi a fornitori, cassa, registrazioni contabili di banca e recupero crediti, coadiuvando il collega (*Omissis*). Si tratta di compiti notoriamente usuali nella funzione contabilità di un'azienda di certo praticabili anche da colleghi di livello ed esperienza analoghi, quali sono gli altri componenti l'ufficio.

(*Omissis*)

Nell'ottica richiamata, a nulla rileva il rapporto di collaborazione diretta, esistente tra il responsabile del reparto e la ricorrente, giacché la professionalità delle altre colleghe è idonea ad assicurare l'instaurazione di analoga relazione.

V'è dunque nell'organico aziendale personale sufficiente e idoneo a fronteggiare la riduzione d'orario chiesta dalla ricorrente. Sussistendone i presupposti, la clausola di cui all'art. 57-*bis* Ccnl va pertanto applicata alla sua situazione.

La sua domanda risulta pertanto supportata dal *fumus boni iuris*.

La previsione del rientro in servizio entro alcune settimane e la documentata [all. 15 ric.] impossibilità di fare altrimenti fronte, da allora, all'assistenza della figlia integrano il pericolo d'un pregiudizio imminente e irreparabile al diritto che è stato accertato.

(*Omissis*)

Il ricorso è pertanto fondato anche nel suo requisito d'urgenza.

(*Omissis*)

Dal pieno accoglimento del ricorso consegue la soccombenza di (*Omissis*) Spa nella ripartizione degli oneri della lite, che si liquidano a favore della ricorrente come da dispositivo. (*Omissis*).

(1) L'ADATTAMENTO DELL'ORGANIZZAZIONE AZIENDALE  
COME CONSEGUENZA DIRETTA DI UN OBBLIGO CONTRATTUALE  
ASSUNTO IN SEDE COLLETTIVA

1. — *Introduzione* — La decisione in commento è frutto di un ricorso d'urgenza operato *ex art. 700 cod. proc. civ.*, volto all'accertamento del diritto di una lavoratrice alla modifica dell'orario di lavoro, con riconoscimento del tempo parziale al rientro dal periodo di astensione obbligatoria per maternità, e alla relativa condanna del datore di lavoro a provvedere in tal senso, attraverso l'applicazione di una norma del Ccnl stipulato per il settore commercio. La questione, che in prima approssimazione sembra essere ancora allo stadio iniziale del percorso giudiziale, è di particolare interesse, sia alla luce del nuovo regime caratterizzante l'ordinanza di accoglimento emessa ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. (Vedi art. 669-*octies*, commi 6 e 7, cod. proc. civ., come modif. dalle leggi n. 80/2005, n. 168/2005 e n. 51/2006), sia in quanto indicativa dello stato culturale caratterizzante il nostro tessuto produttivo, sovente ancora molto lontano dalle applicazioni concrete del principio di pari opportunità uomo-donna, da attuarsi anche attraverso la conciliazione dei tempi di lavoro con i tempi di vita privata.

Invero, la sentenza è di stimolo a due ordini di riflessioni: per un verso sembra essere di nuovo in discussione il riconoscimento in capo al lavoratore di un diritto soggettivo alla trasformazione del contratto di lavoro, per gli aspetti riguardanti la riduzione dell'orario, e tale quesito sorge nella fattispecie specifica della maternità; per altro verso, tende a riproporsi la tradizionale eccezione del datore di lavoro che ventila la violazione dell'art. 41 Cost., ritenendo, in siffatta ipotesi, essere messo in discussione il potere gestionale e organizzativo dell'imprenditore.

La resistenza dell'imprenditore nel riconoscere alla lavoratrice la piena tutela del diritto alla maternità, concependo in sostanza una simile protezione come un pericolo per la funzionalità aziendale, risulta aggravata dal fatto che, nel caso di specie, l'adattamento dell'organizzazione aziendale richiesto dalla trasformazione del contratto a tempo pieno in contratto *part-time* è, in realtà, conseguenza diretta di un obbligo contrattuale assunto in sede collettiva. Lo stato delle cose è poi tristemente arricchito dallo stridente contrasto tra la tempestività osservata nella risposta di rifiuto di concessione del *part-time* (appena 13 giorni dalla richiesta) rispetto all'ampio lasso di tempo intercorso tra la nascita del bambino e la pronuncia in commento (più di un anno), comprendente un periodo di nove mesi di aspettativa successivi alla nascita del bambino — prima del cui scadere, la lavoratrice formulava la richiesta di *part-time post* maternità ricevendone diniego da parte del datore — dopo i quali si è aperta una fase di trattative di circa sei mesi, tra datore e prestatrice di lavoro con il coinvolgimento di un'organizzazione sindacale, infruttuosa sul piano effettivo tanto da costringere la lavoratrice al ricorso d'urgenza di cui commentiamo gli esiti.

2. — *Le obiezioni della convenuta* — Prima di esprimere osservazioni circa le obiezioni mosse dal datore di lavoro è opportuno dare notizia delle caratteristiche dello stesso, operante nella veste giuridica di società per azioni, con una compagine d'organico di numero compreso tra 20 e 33 dipendenti. La società convenuta in giudizio ha sostanzialmente messo in discussione il carattere imperativo della disposizione contrattuale riguardante il «*part-time post* maternità» (art. 57-*bis*, Ccnl commercio), rifiutan-

do la richiesta di trasformazione presentata dalla lavoratrice. Guardando alle ragioni addotte a motivazione del predetto rifiuto, che non trovano rispondenza alcuna nei requisiti previsti dalla statuizione contrattuale, si evince, infatti, che la stessa ha praticamente omesso di considerarne l'esistenza.

Il rifiuto del *part-time* è stato per l'appunto ispirato a esigenze di salvaguardia dell'ufficio cui risultava addetta la lavoratrice e, conseguentemente, della funzionalità dell'azienda stessa, e confermato da una sorta di impossibilità di eventuale mutamento di mansioni, tuttavia non suffragata da elementi oggettivi. La linea difensiva in sede di giudizio non ha, peraltro, avanzato nel senso di fornire prova della carenza di professionalità interna utile a supplire alle esigenze connesse alla riduzione di orario pretesa dalla ricorrente. Piuttosto ha mosso obiezioni, ritenute irrilevanti dal giudice, come la vigenza dei nonni della minore e l'assenza del *periculum*, posto a base del ricorso.

3. — *La trasformazione del contratto su richiesta del lavoratore* — La richiesta del *part-time post maternità* è suscettibile di essere inquadrata nella fattispecie più ampia della trasformazione del contratto su richiesta del lavoratore. Pur se l'ipotesi si presta alla suddetta assimilazione, va precisato che dal quadro generale delle fonti si evince che la trasformazione del tempo pieno in tempo parziale assume certamente le foggie di un vero e proprio diritto soggettivo, di cui è titolare il lavoratore, solo quando è riconducibile a ipotesi specifiche previste dalla contrattazione collettiva e/o che si caratterizzano per un particolare stato del lavoratore, come nel caso della maternità, diversamente da quanto avviene nell'ipotesi legale correlata a cause di tipo oggettivo riconducibili alle scelte dell'imprenditore (Per di più, in passato, è stato affermato che il lavoratore non può vantare un diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, se la norma contrattuale o aziendale si limita ad attribuirgli una mera facoltà di richiesta, comunque subordinata, in quanto ad accettazione, alla autonoma discrezionalità datoriale; vedi Trib. Torino, 14 marzo 1996, in *Lav. giur.*, 1996, p. 410. Per una pronuncia di merito che esclude che dalla domanda del lavoratore, dipendente di ente locale, discenda l'esistenza di un diritto soggettivo alla trasformazione del rapporto, vedi Tribunale Chiavari, 7 febbraio 2000, in *D&L*, 2000, p. 405, e in *Giurisp. merito*, 2000, p. 681).

Riprova di quanto sopra è il caso tipico della trasformazione del rapporto di lavoro su richiesta del lavoratore previsto dall'art. 5, comma 3 (e successive modificazioni), del d.lgs. n. 61/2000, in occasione di nuove assunzioni di personale a tempo parziale. In proposito va ricordato che, all'emanazione del d.lgs. n. 61/2000, la formulazione a-tecnica e ambigua della norma ha aperto un dibattito volto a chiarire la posizione soggettiva dei lavoratori ricadenti nella fattispecie di cui all'art. 5. Questo oggi risulta tuttavia riformulato per effetto del d.lgs. n. 276/2003, in maniera tale da spingere a escludere la sussistenza di un diritto soggettivo alla trasformazione. È venuta meno, infatti, la parte della norma che sanciva l'obbligo di motivazione del rifiuto datoriale alla richiesta di trasformazione, anche se è fatta salva la possibilità che esso venga introdotto dalla contrattazione collettiva (Vedi M. Mariani, in *Comm. Grandi, Pera*, p. 1759).

4. — *La decisione del giudice* — Le considerazioni sin ora espresse sono coonestate nella sentenza in epigrafe in cui il giudice, nell'accertare la sussistenza dei requisiti

previsti per l'applicazione della norma contrattuale di cui al già citato art. 57-*bis*, opera una veloce analisi del predicato utilizzato al comma 1 per qualificare il comportamento cui è tenuto il datore di lavoro. A differenza della previsione legale di cui all'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 61/2000, che impone al datore di lavoro di «prendere in considerazione le eventuali domande», quella di cui all'art. 57-*bis* sancisce che, nel rispetto di limiti numerici e di fungibilità dei lavoratori interessati, «le aziende accoglieranno [...] la richiesta di trasformazione da parte del genitore».

In siffatta formula il Tribunale di Genova ha identificato l'espressione di un obbligo imposto alle aziende e quindi il carattere imperativo della disposizione. In più, dall'interpretazione del comma 2 della norma – che dispone, in caso di unità produttive che occupano da 20 a 33 dipendenti, nel senso di limitare a uno il numero di fruitori della trasformazione, vietando la possibilità agli eventuali altri richiedenti – il giudice ha ricavato la sussistenza del diritto del lavoratore alla riduzione di orario, a fronte di cui il datore di lavoro viene a trovarsi in una posizione di soggezione.

Come precisato nella decisione, il riconoscimento del *part-time post* maternità previsto dall'art. 57-*bis* non dispone, tuttavia, posizioni giuridiche soggettive illimitate. Il diritto del lavoratore alla trasformazione del rapporto per l'assistenza del proprio figlio fino al compimento del terzo anno di vita è, infatti, agganciato alla sussistenza dei due presupposti prima richiamati. In sede processuale, mentre la ricorrenza del presupposto numerico è stata cosa non controversa tra le parti, la soddisfazione del criterio di fungibilità della prestatrice di lavoro ha necessitato della mediazione specifica del giudice che ha potuto dirimere la questione mutuando la nozione di «lavoratori fungibili» enucleata in materia di licenziamenti collettivi. A tal fine è stato perciò osservato che l'infungibilità della lavoratrice deve essere ricondotta a connotati oggettivi e non può quindi essere ravvisata nelle particolari relazioni personali o nelle predisposizioni soggettive maturate nell'esperienza lavorativa. Né tanto meno è da ritenersi ammissibile la prova testimoniale, non potendosi rimettere alla valutazione di un testimone o di un informatore la definizione della natura fungibile o infungibile di una prestazione (Vedi Trib. Roma 16 gennaio 2007). Essa va piuttosto accertata con riferimento al livello professionale «similare», alla tipologia «analogica» delle mansioni, finanche eventualmente alla copertura territoriale, in quanto, secondo il giudice (che richiama giurisprudenza di legittimità riferita all'art. 5, legge n. 223/1991, vedi Cass. 10 maggio 2003, n. 7169), tali criteri operano nel senso di garantire la maggiore trasparenza della valutazione datoriale, cosa da assicurarsi vista la già chiarita sussistenza di un diritto soggettivo della lavoratrice.

In altro caso analogo (relativo all'art. 87, Ccnl settore terziario) e coevo a quello in commento (Trib. Roma 16 gennaio 2007), il giudice ha accolto la posizione della ricorrente, parificando il criterio della fungibilità a quello della priorità cronologica della presentazione delle domande – nel senso di riconoscerlo criterio di selezione tra diverse domande – ed escludendo che esso costituisca motivo per il rifiuto del *part-time*, qualora vi sia una sola domanda (Ammettendo, solo come mera ipotesi di lavoro, che l'infungibilità della lavoratrice sia utile giustificazione al diniego ha, inoltre, specificato che si tratterebbe comunque di un'eccezione il cui onere della prova grava sul datore di lavoro).

In considerazione di quanto detto nella sentenza del Tribunale genovese, la portata oggettiva del criterio di infungibilità assolverebbe, peraltro, alla funzione di circo-

scrivere la discrezionalità del giudice vincolandolo a un'interpretazione rispettosa dell'art. 41 Cost., sebbene secondo il Tribunale romano, cit., nel caso di specie, non entri in discussione il potere gestionale e organizzativo dell'imprenditore, in considerazione del fatto che l'adattamento dell'organizzazione aziendale è conseguenza diretta di un obbligo contrattuale assunto in sede collettiva.

5. — *Il diritto al part-time post maternità come diritto alla conciliazione dei tempi, quindi come espressione di pari opportunità uomo-donna nel lavoro e nelle prospettive di carriera* — A questo punto, intendiamo arricchire gli spunti di riflessione espressi nell'introduzione sviluppando alcune considerazioni circa il significato assunto dalla tutela della maternità nel quadro generale delle politiche per l'occupazione. Sebbene il tema si presterebbe a ben più ampia trattazione, non possiamo esimerci dall'esprimere almeno quanto strettamente utile a una valutazione critica delle sentenze richiamate in questa nota.

Va anzitutto ricordato che il nostro ordinamento è stato significativamente arricchito dalla normativa emanata nel rispetto degli obblighi comunitari di recepimento delle direttive volte ad assicurare il principio di pari opportunità uomo-donna. Come noto, tale principio costituisce l'evoluzione del principio di parità di trattamento e assicura che a situazioni analoghe non corrispondano trattamenti difformi, non solo con riguardo al presente, quindi in una dimensione statica, ma in un'ottica di apertura al futuro, che cerca di eguagliare le prospettive di carriera femminili a quelle maschili. La legge 8 marzo 2000, n. 53, di recepimento della direttiva sui cd. congedi parentali, contiene quindi disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità che andrebbero interpretate nel senso su espresso. Le esigenze di questa sede non consentono di soffermarci sullo scarso ricorso degli uomini italiani all'istituto del congedo parentale, né sul ricorso pratico alle cd. azioni positive previste dal Capo III, art. 9, della predetta legge che è, appunto, dedicato alle misure a sostegno della flessibilità di orario (tra cui, con riguardo al *part-time* reversibile, si veda lett. a), ma il loro solo accenno può essere utile a evidenziare quanto sia complessa la problematica culturale entro cui le lavoratrici madri o quelle che solo aspirino a diventarlo, debbono far valere i loro diritti. [Segnaliamo solo che in materia è oramai vigente un T.U., d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, che ha pure subito un intervento correttivo con il d.lgs. 23 aprile 2003, n. 115. In origine sull'argomento vedi D. Gottardi, in *Lav. e dir.*, 1999, pp. 507 ss.; L. Calafà, D. Gottardi, in *Dir. merc. lav.*, 1999, 3, I, e *ibidem*, 2000, I e II; R. Del Punta, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, pp. 149 ss.; successivamente vedi Del Punta, Gottardi (a cura di), *I nuovi congedi*, Milano, 2001; M. Miscione (a cura di), *I congedi parentali: L. 53/2000*, Milano, 2001; Minale Costa, *Il Testo Unico sui congedi parentali*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, pp. 63 ss.; L. Calafà, *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova, 2004].

La necessità di adattare le esigenze aziendali a quelle sociali e personali del lavoratore genitore, soprattutto donna, radicano ha peraltro nello stesso tessuto costituzionale italiano (Vedi art. 37, comma 1, Cost.) e trova un'eco significativa nel sistema dei diritti fondamentali di matrice soprannazionale, che pure muove nel senso di costituirsi a base embrionale di una futura Costituzione europea (Vedi Carta di Nizza, artt. 7, 9, 33). Il rispetto effettivo di tali diritti concorre, secondo una ricostruzione dottrinale, alla realizzazione della libertà dal lavoro (Vedi Ales, *Libertà e «Uguaglianza solidale»*, in *Dir. lav.*, 2001, n. 2-3, pp. 112 ss.). La parificazione delle prospettive di car-

riera uomo-donna non può, dunque, che passare attraverso una flessibilità che, *una tantum*, operi al contrario. Oltre che tecnicamente corretta è, perciò, più che condivisibile l'apertura sensibile dei giudici che decidono rimediando alla chiusura culturale di alcuni imprenditori.

L'atteggiamento della parte convenuta, di invocare la vivenza dei nonni a sostegno della ventilata assenza di pregiudizio che giustifica la tutela cautelare, è stato giustamente «cassato» dal giudice che, anche alla luce della documentata impossibilità di fare fronte all'assistenza della bambina, ha affermato l'esistenza di un diritto soggettivo della lavoratrice madre non condizionato dallo stato familiare. Ancor più forti sono i toni espressi dal Tribunale romano, cit. (esemplare sul fronte della condanna di un atteggiamento imprenditoriale di «chiusura tanto incrollabile quanto ingiustificata»), secondo cui sarebbe riduttivo limitare l'apprezzamento del diritto in parola al solo piano economico, trascurando l'esigenza di agevolare i rapporti affettivi e familiari, la cui tutela costituzionale (artt. 29, 30, 31 e 37) è di tenore analogo a quella riconosciuta agli interessi imprenditoriali.

Anzi, a una lettura attenta dell'art. 41, commi 2 e 3, dovrebbero essere semmai questi ultimi a piegarsi in una logica di contemperamento. Per di più, nel caso specifico di cui ci occupiamo, il necessario bilanciamento di interessi era già stato compiuto in sede collettiva.

Questo appare un punto su cui non è possibile transigere, soprattutto in considerazione della possibilità concreta offerta dall'ordinamento alle imprese che intendano praticare politiche di conciliazione dei tempi. La già richiamata legge n. 53/2000 non manca, infatti, di prendere in considerazione l'onere economico di certe scelte prevedendo meccanismi utili a incentivare in primo luogo le imprese di più piccola dimensione (sotto i 50 dipendenti) (Circa le misure di attuazione della disposizione vedi L. Calafà, in *Comm. Grandi, Pera*, 2005, pp. 1790-1791).

6. — *Il nuovo regime dell'art. 669-octies, commi 6 e 7, cod. proc. civ.* — Sempre con riferimento ai profili di interesse enunciati in apertura di questa nota, concludiamo ricordando che secondo le più recenti modifiche in materia, il provvedimento di accoglimento emesso ex art. 700 cod. proc. civ., può definire il giudizio, nel senso che contiene per sua natura statuizioni destinate a produrre effetti definitivi, anche se *rebus sic stantibus*. La giurisprudenza pregressa aveva costantemente affermato la natura provvisoria delle misure cautelari in generale e della misura cautelare atipica. Con riferimento a quest'ultima aveva in particolare evidenziato il carattere interinale del provvedimento, suscettibile di essere assorbito o superato da altri provvedimenti adottati nel corso del giudizio (Vedi Cass. n. 3898/2003). I caratteri di strumentalità e provvisorietà tipici della tutela cautelare (Vedi Vullo, in Chiarloni, Consolo, *I procedimenti sommari e speciali*, 2005, II, p. 1258), risultano tuttavia erosi per effetto della riforma dell'art. 669-octies cod. proc. civ., appunto modificato al fine di evitare che i provvedimenti d'urgenza e, in generale, quelli cautelari volti ad anticipare gli effetti di una pronuncia di merito non perdano la loro efficacia quando non venga istaurato il giudizio di merito entro il termine perentorio oppure quando questo si estingua successivamente al suo avvio (Vedi Querzola, in Carpi, Taruffo, *Comm. breve al cod. proc. civ.*, 2006, 1976). L'ordinanza di accoglimento emessa ex art. 700 cod. proc. civ. non ha, infatti, ter-

mine perentorio per l'inizio del giudizio di merito e sopravvive, nella sua efficacia, all'eventuale estinzione di quest'ultimo.

Le specificazioni di richiamo a questo nuovo regime sono state operate dal Tribunale a sostegno della legittimità delle conclusioni formulate dalla ricorrente e quindi dell'ammissibilità del ricorso stesso, oltre che della necessità di una statuzione sulle spese del procedimento.

Serena Zitti

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

## I

TRIBUNALE FOGGIA, 11 aprile 2007 – Est. Colucci – Villani (avv. De Michele) c. Poste Italiane Spa (avv.ti Fiorillo e Carrieri).

**Contratto a termine – Imprese concessionarie di servizi nel settore postale – Contrasto con diritto comunitario – Disapplicazione – Illegittimità clausola di apposizione del termine senza indicazione della causale – Permanenza del rapporto di lavoro dopo la scadenza del termine.**

*L'articolo 1, comma 558, della legge del 23 dicembre 2005, n. 266, che aggiunge all'art. 2, d.lgs. n. 368/2001, il comma 1-bis, concernente le assunzioni a termine effettuate da imprese concessionarie di servizi nel settore delle poste, contrasta con la clausola n. 8, paragrafo 3, della Direttiva n. 99/77/Ce (clausola di non regresso); tale norma interna confligge altresì, più in generale, con la normativa comunitaria in materia di contratto di lavoro a termine. Il giudice ordinario è obbligato a disapplicarla o non applicarla. Anche per le imprese concessionarie di servizi nel settore delle poste vi è, quindi, il dovere della specifica indicazione delle ragioni che legittimano l'apposizione del termine. Pertanto, il contratto di lavoro a termine stipulato da Poste Italiane Spa senza l'indicazione di una causale specifica viola l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001. La clausola di apposizione del termine è quindi illegittima, con conseguente permanenza del rapporto di lavoro anche dopo la scadenza del termine. (1)*

## II

TRIBUNALE MILANO, 29 giugno 2007 – Est. Martello – Lippi (avv. Zezza) c. Poste Italiane Spa (avv. Amato).

**Contratto a termine – Imprese per le imprese concessionarie di servizi nel settore postale – Complementarietà e non alternatività rispetto all'art. 1, d.lgs. n. 368/2001 – Illegittimità clausola di apposizione del termine senza indicazione della causale – Permanenza del rapporto di lavoro dopo la scadenza del termine.**

*L'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 368/2001, introdotto dalla legge del 23 dicembre 2005, n. 266, è complementare e non alternativo rispetto all'art. 1 del d.lgs. stesso (se invece si interpretasse tale norma come alternativa rispetto all'art. 1, la stessa contrasterebbe con la Direttiva n. 99/77/Ce e andrebbe disapplica-*

*ta). Anche per le imprese concessionarie di servizi nel settore delle poste vi è, quindi, il dovere della specifica indicazione delle ragioni che legittimano l'apposizione del termine. Pertanto, il contratto di lavoro a termine stipulato da Poste Italiane Spa senza l'indicazione di una causale specifica viola l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001. La clausola di apposizione del termine è quindi illegittima, con conseguente permanenza del rapporto di lavoro anche dopo la scadenza del termine. (2)*

## I

*(Omissis)*

Con ricorso, depositato in questa cancelleria in data 2 ottobre 2006, Villani Armida Maria esponeva:

di aver lavorato, presso l'Area Sud 1 Upr di Orta Nova, alle dipendenze della società resistente, con inquadramento nel livello «D», qualifica di impiegato addetto alla sportelleria;

che tale assunzione avveniva mediante la stipulazione di un contratto a tempo determinato, dal 1° febbraio 2006 al 31 marzo 2006, ai sensi dell'art. 2, comma 1-*bis*, del d.l.vo n. 368/01, come introdotto dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266.

Dopo ampia esposizione di diritto sull'illegittimità dell'apposizione del termine al predetto contratto, per violazione dell'art. 1 del d.l.vo n. 368/01 e della Direttiva n. 1999/70/Ce relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces e sull'inesistenza, nel nostro ordinamento, di imprese concessionarie di servizi nel settore postale, si rivolgeva a questo giudice, chiedendo di:

dichiarare la nullità parziale del contratto di lavoro a tempo determinato dedotto in giudizio, con conseguente inefficacia e/o nullità del termine apposto al contratto medesimo, per violazione dell'art. 1 del d.l.vo n. 368/01 e della Direttiva n. 1999/70/Cee;

se del caso, accertare che lo Stato italiano, con l'art. 1, comma 558, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, nell'aggiungere all'art. 2 del d.l.vo n. 368/01 il comma 1, aveva travalicato i limiti di discrezionalità tracciati dalla Direttiva n. 1999/70/Ce quanto alla forma e ai mezzi per l'attuazione della Direttiva medesima;

dichiarare l'intercorrenza, tra le parti, di un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato dal 1° febbraio 2006, alle medesime condizioni di inquadramento e mansioni già poste nel contratto cui illegittimamente era stato apposto il termine finale;

per l'effetto, condannare la Poste Italiane Spa, al ripristino del rapporto di lavoro illegittimamente interrotto alla data del 16 marzo 2006, con corre-

sponsione, a titolo retributivo e/o risarcitorio, delle retribuzioni *medio tempore* maturate, oltre alla regolarizzazione contributiva e assicurativa.

Il tutto con vittoria di spese.

Si costituiva la Poste Italiane Spa, che resisteva, con articolate argomentazioni, alla domanda, della quale chiedeva il rigetto, con spese vinte.

All'odierna udienza la causa veniva discussa e decisa come da dispositivo e per i motivi che seguono.

*(Omissis)*

Orbene, riprendendo le argomentazioni sviluppate dalla difesa attorea nell'atto introduttivo e in sede di discussione della causa, che pur contengono taluni profili che espressamente si andranno a disattendere, va osservato quanto segue.

È incontrovertito tra le parti che il rapporto a tempo determinato sia stato motivato dal solo richiamo, fatto nel contratto di assunzione, al sopra menzionato «art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, così come modificato dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266».

La parte ricorrente ritiene che tale giustificazione non sia idonea, perché non rientra tra le «motivazioni» del ricorso all'apposizione del termine previste dall'art. 1 dello stesso decreto legislativo e perché la tipologia di «imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste» sarebbe sostanzialmente inesistente.

Poste Italiane, invece, assume di essere l'unica impresa concessionaria di servizi del settore poste e che il comma aggiunto all'art. 2 del decreto n. 368/01 dalla legge finanziaria per il 2006 configurerebbe una autonoma causale di ricorso a contratti a tempo determinato, che richiama espressamente quella già operante per le «aziende di trasporto aereo o da aziende esercenti i servizi aeroportuali e abbia luogo per lo svolgimento dei servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri e merci», nella previsione dell'originario unico comma del medesimo art. 2.

*(Omissis)*

È importante sottolineare che, venute meno le ragioni eccezionali e temporanee (dal 1° marzo 1998 Poste Italiane è una società per azioni, seppure con capitale interamente pubblico) che avevano giustificato l'adozione di un intervento normativo «di salvaguardia», è assolutamente pacifico che dal 1° luglio 1997 fino al 31 dicembre 2005 ai dipendenti della società resistente sia stata applicata la stessa legislazione generale prevista per i dipendenti privati in materia di contratto a tempo determinato, e cioè la legge n. 230/1962 e successive modifiche e integrazioni (fino al 23 ottobre 2001, salva la disciplina transitoria prevista dall'art. 11 del d.l.vo n. 368/2001), e poi il d.l.vo n. 368/2001, con decorrenza dal 24 ottobre 2001.

È anche utile evidenziare che per il settore aereo con la legge n. 84/86 (*Assunzione di personale a termine nelle aziende di trasporto aereo ed esercenti i servizi aeroportuali*) veniva introdotta una disciplina speciale in materia di contratto a tempo determinato, inserita nel testo dell'art. 1, comma 2, della previgente legge generale n. 230/1962, introducendo la lettera *f*: «quando l'assunzione venga effettuata da aziende di trasporto aereo o da aziende esercenti i servizi aeroportuali e abbia luogo per lo svolgimento dei servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri e merci, per un periodo massimo complessivo di 6 mesi, compresi tra aprile e ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti, e nella percentuale non superiore al 15% dell'organico aziendale che, al 1° gennaio dell'anno a cui le assunzioni si riferiscono, risulti complessivamente adibito ai servizi sopra indicati. Negli aeroporti minori detta percentuale può essere aumentata da parte delle aziende esercenti i servizi aeroportuali, previa autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro, su istanza documentata delle aziende stesse. In ogni caso, le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui alla presente lettera».

Di particolare rilievo, ai fini delle argomentazioni che si andranno a sviluppare nel vigore della nuova disciplina del contratto a termine introdotta dal d.l.vo n. 368/2001, che la Suprema Corte (cfr. Cass., Sez. lav., 15 febbraio 2006, n. 3309) abbia sottolineato che la legge n. 84/86 si poneva come disciplina speciale di settore, più favorevole alle aziende, rispetto alla disciplina delle intensificazioni di attività di cui alla legge n. 18/78, perché svincolata dalla sussistenza di particolari esigenze limitate nel tempo ed eventualmente cicliche o stagionali.

Come è noto, la Direttiva n. 1999/70/Ce del 28 giugno 1999 ha dato attuazione, ai sensi dell'art. 139, n. 2, Trattato Ce, all'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep del 1° marzo 1999 sul lavoro a tempo determinato.

Prescrizioni della Direttiva che meritano di essere riportate sono le seguenti:

– il 14° Considerando e la successiva clausola 1, che chiariscono la *ratio* della Direttiva con «l'intenzione di migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato, garantendo l'applicazione del principio di non discriminazione nonché di creare un quadro per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato»;

– il preambolo dell'allegato, contenente il testo dell'Accordo quadro recepito dalla Direttiva, precisa che «i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno a essere la forma comune dei rapporti di lavoro»; d'altra parte «i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori».

Quanto sopra viene riproposto nelle Considerazioni generali dell'Allegato laddove, al punto 6, si conferma «che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento».

Il successivo punto 7 precisa che «l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi», salvo poi aggiungere che «i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori, occupazioni e attività, atta a soddisfare sia datori di lavoro sia i lavoratori».

Queste premesse consentono di concludere che nella Direttiva:

- 1) tra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine sussiste un rapporto tra regola ed eccezione;
- 2) l'eccezione deve essere supportata da ragioni oggettive, valevoli per «alcuni settori, occupazioni, attività»;
- 3) detta eccezione deve essere specificata e comprovata;
- 4) l'insussistenza delle ragioni che sostengono l'eccezione riporta alla regola generale.

Tra le disposizioni di attuazione dell'Accordo (e, quindi, della Direttiva che lo ha recepito) la clausola n. 8 al comma 3 prevede, poi, la già sopra citata clausola di non regresso, che garantisce ai lavoratori il mantenimento del livello generale di tutela già offerto dalla normativa nazionale.

Il divieto di *reformatio in peius* previsto da detta clausola 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.

Sul punto è opportuno richiamare integralmente le conclusioni dell'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia europea nella causa C-144/04, concernente la domanda di pronuncia pregiudiziale della Direttiva n. 1999/70/Ce, con una specifica riflessione sulla clausola di non regresso nei Considerando dal n. 54 al n. 65:

(*Omissis*)

Con la sentenza del 22 novembre 2005 la Corte di Giustizia europea ha risolto la predetta causa C-144/04, accogliendo le considerazioni e le conclusioni dell'Avvocato Generale:

«50 A questo proposito, dalla formulazione stessa della clausola 8, punto 3 dell'Accordo quadro risulta che l'applicazione di questo non costituisce per gli Stati membri un motivo valido per ridurre il livello generale di protezione offerta ai lavoratori nell'ordinamento giuridico nazionale nel settore rientrante sotto il detto Accordo.

51 L'espressione "applicazione", utilizzata senza ulteriori precisazioni nella clausola 8, punto 3, dell'Accordo quadro non riguarda la sola iniziale trasposizione della Direttiva n. 1999/70, e, in particolare, del suo allegato contenente l'Accordo quadro, ma copre ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completano o modificano le norme nazionali già adottate».

(*Omissis*)

L'art. 2, comma 1, del d.l.vo n. 368/2001 reca la «disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo e i servizi aeroportuali» che, sostanzialmente, riproduce la lettera *f* dell'art. 1, comma 2, della legge n. 230/62, a suo tempo introdotta dalla legge n. 84/86, con l'unica modifica che risiede nella comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende interessate alle organizzazioni sindacali provinciali di categoria.

La parte ricorrente sostiene che non si tratti di disciplina speciale, ma di ulteriori oneri per le aziende del settore aereo, di predeterminazione temporale dei periodi di utilizzazione e di comunicazione alle Oo.Ss., che si aggiungerebbero a quelli già previsti dalla normativa generale, contenuta nell'art. 1 del decreto. In effetti, alcuni elementi deporrebbero in tal senso.

In primo luogo la stessa qualificazione di disciplina «aggiuntiva» (nella relazione governativa si parla di disciplina «particolare»).

Inoltre, il fatto che la precedente norma «speciale» fosse inserita nel testo dell'art. 1 della legge n. 230/62, che prevedeva anche l'obbligo della forma scritta, che ora è richiamato solo nell'art. 1 del d.l.vo n. 368/01 e non nel successivo art. 2.

Infine, la contraddizione dell'apposita menzione del lavoro aeroportuale, considerando la difficoltà di comprendere le ragioni «obiettive», che possano giustificare l'inserimento di una tipologia di ricorso al contratto a termine che avrebbe potuto esaustivamente essere ricompresa nel riferimento normativo operato nell'art. 1, comma 2, del decreto (anche alla luce delle considerazioni fatte dalle Sezioni unite nella sentenza n. 4566/06, nel confronto tra vecchia e nuova disciplina).

Tuttavia, appare più credibile che il legislatore delegato, seppure creando una disomogeneità normativa, abbia voluto conservare la tipologia autonoma e specifica già disciplinata nella lettera *f* dell'art. 1 della legge n. 230/62, per la particolarità del settore e alla luce dell'orientamento giurisprudenziale già formatosi in costanza della precedente disciplina (cfr. Cass., Sez. lav., n. 3309/2006, cit.).

D'altra parte, significativo è proprio il 10° Considerando dell'Accordo quadro recepito dalla Direttiva europea n. 99/70/Ce ove si precisa che «il presente Accordo demanda agli Stati membri e alle parti sociali la formula-

zione di disposizioni volte all'applicazione dei principi generali, dei requisiti minimi e delle norme in esso contenute, al fine di tener conto della situazione di ciascuno Stato membro e delle circostanze relative a particolari settori e occupazioni, comprese le attività stagionali».

Inoltre, tale assetto normativo, nell'interpretazione che viene qui accolta (causale autonoma di ricorso al contratto a termine) non contrasterebbe con il comma 3 della clausola n. 8 dell'Accordo quadro, proprio perché per i dipendenti del settore aeroportuale rimane inalterata la disciplina e inalterata la tutela. Altro discorso e altra problematica nascerebbero dall'eventuale uso ripetuto e abusivo di tale tipologia negoziale; si tratta, tuttavia, di una situazione che di fatto non si è verificata e che, quindi, non può essere delibata.

*(Omissis)*

Le argomentazioni della Poste Italiane Spa sono convincenti, e consentono di inquadrare esattamente la natura e la portata dell'intervento normativo operato con la finanziaria del 2006 e con l'aggiunta del comma 1-*bis* all'art. 2 del d.l.vo n. 368/01.

Effettivamente, poiché detta ultima norma contiene, nell'interpretazione accolta in questa sede, un'autonoma e speciale causale (diversa da quelle indicate nella norma generale di cui all'art. 1, comma 2, del medesimo decreto) di ricorso al contratto a termine per le aziende del settore aeroportuale, il comma aggiunto, richiamando la stessa normativa del comma 1, con decorrenza 1° gennaio 2006 si propone di ottenere per Poste Italiane Spa (unica impresa concessionaria) lo stesso effetto, cioè quello di godere di una «motivazione» autonoma per il ricorso ai contratti a tempo determinato nei confronti di tutti i propri dipendenti, sia quelli addetti ai servizi riservati che quelli addetti ai servizi «non riservati».

*(Omissis)*

Ma la problematica va risolta in maniera più decisiva, proprio alla luce della normativa comunitaria in materia di contratto a termine e dell'*iter* argomentativo fin qui seguito.

I punti incontrovertibili sono i seguenti:

1) il d.l.vo n. 368/01, nella versione originaria (cioè prima dell'aggiunta del comma 1-*bis* all'art. 2), costituisce normativa interna che dà tempestiva attuazione alla normativa comunitaria n. 77/99, sulla base di un procedimento normativo di trasposizione disciplinato dalla legge n. 86/89 (La Pergola) e della conseguente legge comunitaria per il 2000 n. 422/00;

2) fino al 31 dicembre 2005 i lavoratori a tempo determinato di Poste Italiane Spa, così come gli altri lavoratori privati e pubblici (fatta eccezione, nell'interpretazione restrittiva innanzi enunciata dell'art. 2 del d.l.vo n. 368/01, per i lavoratori del settore aeroportuale, cui già si applicava la stessa disciplina speciale con la legge n. 230/62, quindi prima della Direttiva co-

munitaria), godevano di un sistema di tutela specifico sull'obbligo di motivazione del ricorso al contratto a tempo determinato, previsto dal decreto attuativo, conformemente alla clausola 8, paragrafo 3, della Direttiva n. 99/77/Ce;

3) ben oltre la scadenza del termine per l'attuazione della Direttiva comunitaria (10 luglio 2001), con la legge finanziaria per il 2006, a decorrere dal 1° gennaio 2006 il legislatore interno modifica la stessa normativa di recepimento, riformando *in peius* il livello stesso di tutela ai lavoratori Poste garantito dalla normativa nazionale non solo in costanza della legge n. 230/62 (prima della Direttiva comunitaria e della sua attuazione), ma addirittura nella vigenza del decreto attuativo della norma comunitaria fino al 31 dicembre 2005;

4) vi è, da parte del legislatore interno, con l'art. 1, comma 558, della legge n. 266/2005, una chiara violazione della normativa comunitaria e, in particolare, della clausola n. 8, paragrafo 3, della Direttiva 99/77/Ce, che, in realtà, si traduce in una vera e propria violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., nel momento in cui la normativa comunitaria in questione è stata tempestivamente recepita secondo la specifica procedura della legge comunitaria e la illegittima modifica è avvenuta al di fuori e contro le regole interne di attuazione degli obblighi comunitari;

5) per quanto possa essere ancora rilevante, considerata la gravità e irreparabilità della violazione, non vi sono né appaiono in alcun modo esplicitamente neanche le ragioni (quelle esigenze eccezionali che legittimarono il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 21, ultimo periodo, del d.l. n. 510/96), che giustificano una tale forzatura nel processo di formazione delle leggi e di modifica *extra ordinem* di normativa comunitaria già recepita e trasposta.

Di fronte a questa situazione di contrasto tra normativa comunitaria (recepita) e normativa interna, vanno verificati i poteri del giudice nazionale.

A tal proposito le coordinate sono fornite dalla stessa Corte Costituzionale. Dopo una lunga e complessa evoluzione della propria giurisprudenza in materia, la Consulta ha dapprima riconosciuto la diretta applicabilità, con conseguente disapplicazione delle norme nazionali contrastanti, alle sentenze della Corte di Giustizia interpretative di norme comunitarie aventi effetti diretti nell'ordinamento interno (cfr. Corte Cost. 19 aprile 1985, n. 113), con efficacia *erga omnes* (sul punto, Corte Cost. 16 giugno 1993, n. 285 le ricomprende espressamente tra le fonti del diritto comunitario).

In un momento successivo, la prevalenza sul diritto interno è stata riconosciuta dalla Corte Costituzionale anche alle direttive, se provviste di effetti diretti alla stregua della giurisprudenza comunitaria, cioè se le di-

sposizioni in esse contenute siano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, in guisa tale che i singoli interessati possano farle valere dinanzi ai giudici nazionali (giudice ordinario), sia nell'ipotesi in cui lo Stato non le abbia tempestivamente recepite, sia nel caso in cui le abbia recepite in maniera inadeguata (cfr. Corte Cost. 18 aprile 2001, n. 168).

Proprio aderendo a questo ormai pacifico orientamento della Consulta, la Suprema Corte (cfr. Cass., Sezione Tributaria, 10 dicembre 2002, n. 17564) ha affermato che «il giudice nazionale deve verificare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni comunitarie vincolanti e fare applicazione delle medesime anche d'ufficio» e che «in considerazione dei principi della supremazia e dell'efficacia diretta dell'ordinamento comunitario, con la conseguenza che il giudice nazionale ha l'obbligo di "disapplicazione" (o, più correttamente della "non applicazione") della norma interna, incompatibile con quella comunitaria, vigente anche dopo l'entrata in vigore, a opera della legge costituzionale n. 3/01, del nuovo testo dell'art. 117, comma 1, della Costituzione, che alla potestà legislativa esercitata dallo Stato e dalle regioni ha dettato il limite del "rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario"».

La Grande Sezione della Corte di Giustizia nella cit. sentenza Adeneler del 4 giugno 2006 (causa C-212/04) ha così dichiarato al punto 4: «nell'ipotesi di tardiva attuazione nell'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato di una direttiva e in mancanza di efficacia diretta delle disposizioni rilevanti di quest'ultima, i giudici nazionali devono nella misura del possibile interpretare il diritto interno, a partire dalla scadenza del termine di attuazione, alla luce del testo e della finalità della direttiva di cui trattasi al fine di raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali che sono maggiormente conformi a tale finalità, per giungere così a una soluzione compatibile con le disposizioni della detta direttiva».

(*Omissis*)

Ancora, la Corte Costituzionale, con ordinanza 28 giugno 2006, n. 252, delibando una questione di legittimità costituzionale degli artt. 10, commi 9 e 10, e 11, commi 1 e 2, del d.l.vo 6 settembre 2001, n. 368 (in materia di diritto di precedenza nelle assunzioni dei lavoratori agricoli stagionali), ha restituito gli atti al giudice remittente, sulla base delle seguenti considerazioni:

«a oltre un anno dall'ordinanza di rimessione e dalle rispettive memorie di costituzione delle parti nel giudizio, è intervenuta la sentenza della Corte di Giustizia 22 novembre 2005, in causa n. C-144/04, che, nel fornire una lettura complessiva della Direttiva in questione, descrivendone l'ambito di applicazione, ha affermato che una *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 (punto 52 della motivazione) [...] pertanto è necessario restituire gli atti al rimettente, al precipuo fine di consentirgli la soluzione del problema interpretativo alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte di Giustizia, la quale, in ragione della sua natura, assume nella fattispecie valore di *ius superveniens* (ordinanze numeri 241/05, 125/04 e 62/03, tra le più recenti)».

La più volte citata sentenza Adeneler, successiva all'ordinanza della Corte Costituzionale, fornisce un ulteriore quadro interpretativo di carattere generale:

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

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

A quanto esposto consegue che l'art. 2, comma 1-*bis*, del d.l.vo n. 368/2001 contrasta con la normativa comunitaria in materia di contratto di lavoro a termine, come contenuta nell'Accordo quadro e come recepita nel testo originario, anche alla luce della interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia europea e il giudice ordinario è obbligato a disapplicarla o non applicarla. Pertanto, il contratto di lavoro stipulato da Poste Italiane Spa appare privo di motivazione, in violazione dell'art. 1, comma 2, del medesimo decreto legislativo n. 368/01, alla luce della Direttiva n. 70/99 (sul contratto a tempo determinato), tenendo conto della interpretazione della sentenza della Corte di Giustizia del 22 novembre 2005, causa C-144/04, considerata *ius superveniens*.

Va, pertanto, preliminarmente dichiarato che lo Stato italiano, con l'art. 1, comma 558, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, nell'aggiungere all'art. 2 del d.l.vo n. 368/01 il comma 1-*bis*, ha violato i limiti posti dalla Direttiva n. 1999/70/Ce.

In tale ambito va accolta la domanda per la declaratoria di illegittimità della clausola di apposizione del termine al contratto tra le parti la cui esecuzione ha avuto inizio il 1° febbraio 2006, con la conseguente successiva permanenza del rapporto di lavoro con la convenuta sino a quando non ne interverrà un valido ed efficace atto risolutivo.

(*Omissis*)

## II

(*Omissis*)

La parte ricorrente è stata assunta da Poste Italiane Spa con un contratto a tempo determinato stipulato «ai sensi dell'art. 2, comma 1-*bis*- del d.lgs. n. 368/2001, così come modificato dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266...».

La parte ricorrente considera illegittima l'apposizione del termine e, con l'odierno ricorso, chiede al giudice di dichiarare che fra le parti si è costituito un rapporto di lavoro a tempo indeterminato a far data dal primo giorno, e di ordinare conseguentemente alla convenuta di dar corso al rapporto di lavoro, reintegrando la parte ricorrente e retribuendola dalla data della illegittima cessazione del rapporto; il tutto con interessi e rivalutazione sulle retribuzioni arretrate.

In via subordinata, la parte Ricorrente ha chiesto al giudice di dichiarare non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del comma 1-*bis* dell'articolo 2 del d.lgs. n. 368 in relazione agli articoli 3, 10, 11, 76, 87 della Costituzione e, pertanto, di rimettere gli atti alla Corte Costituzionale per ogni conseguente statuizione.

In via ulteriormente subordinata, la parte ricorrente ha chiesto la remissione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea affinché valuti la contrarietà all'ordinamento europeo del comma 1-*bis* predetto e, in particolare, la contrarietà rispetto alla Direttiva n. 1999/70/Ce e agli atti a essa presupposti.

Si è costituita la Società convenuta contestando le affermazioni e le pretese avversarie, affermando la legittimità dell'apposizione del termine nel contratto stipulato con la parte ricorrente e del riferimento al comma 1-*bis* dell'articolo 2 ult. cit., ritenuto conforme alle previsioni normative sia della Costituzione italiana, sia della normativa comunitaria.

Ha concluso la convenuta chiedendo il rigetto del ricorso.

All'udienza, dopo il fallimento del tentativo di conciliazione e non occorrendo istruttoria, il giudice ha posto la causa in discussione e ha deciso come da dispositivo immediatamente letto.

*Motivi della decisione*

Il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Va rilevato, preliminarmente, che il contratto di lavoro in questione viene motivato con esclusivo riferimento all'articolo 2, comma 1-*bis* del decreto legislativo n. 368 del 2001.

In ragione di tale riferimento, la convenuta ritiene non essere necessaria alcuna specificazione o indicazione di altre ragioni giustificative, ritenendo che la norma ultima citata costituisca e comporti una deroga ai principi imposti dall'articolo 1 dello stesso decreto legislativo in materia di esplicitazione delle causali.

La tesi della convenuta non può essere accolta; e per più di una ragione.

In tal senso vanno considerate, in primo luogo, ragioni di carattere ermeneutico fondate sul tenore letterale della norma. L'art. 2, infatti, nella sua rubrica fa riferimento a una «disciplina aggiuntiva», con ciò evidenziando oltre ogni dubbio la volontà del legislatore di predisporre un assetto normativo che si pone come aggiuntivo e complementare rispetto alla norma che precede e alla quale, appunto, va ad aggiungersi. Si deve, quindi, già sotto questo profilo escludere che l'articolo 2 in questione e, *a fortiori*, il comma 1-*bis* sia sostitutivo o alternativo o esclusivo rispetto alla normativa di carattere generale posta dall'articolo 1 in materia di esplicitazione delle causali.

Osserva il giudice che ove il legislatore avesse voluto porre una deroga o una alternativa ai principi immediatamente prima affermati all'articolo 1, non solo non avrebbe parlato di «disciplina aggiuntiva» «ma avrebbe adottato espressioni diverse del tipo “disciplina derogativi” o «disposizioni speciali» o altre espressioni idonee a indicare la volontà di derogare o di porre eccezioni rispetto alla regola in precedenza affermata; ma anche, e soprattutto, avrebbe indicato nella norma stessa le ragioni della deroga.

Si deve, poi, sul piano ermeneutico sistematico, rilevare che la interpretazione predetta, che pone l'articolo 2 e, in particolare, il comma 1-*bis* in termini non alternativi all'articolo 1, è l'unica che appare conforme ai principi ispiratori della normativa comunitaria della quale il d.lgs. n. 368 del 2001 costituisce attuazione.

Osserva il giudice che il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, si apre ponendo la norma fondamentale dell'art. 1 che, da un lato, nel comma 1, indica in termini generali e generici le «ragioni» che possono legittimare l'apposizione del termine. Ma, dall'altro lato, e contestualmente, nel comma 2 richiede che nell'«atto scritto» siano «specificate le ragioni di cui al comma 1».

In tal modo e in tali termini, si assicura attuazione effettiva alla Direttiva comunitaria del 28 giugno 1999, n. 70, emanata in attuazione dell'Accordo quadro concluso il 18 marzo 1999 fra le organizzazioni intercategoriale e nel quale si considera che «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappre-

sentano la forma comune dei rapporti di lavoro», con espressione ripresa in termini letterali identici nel «Considerando» n. 6 delle allegate considerazioni generali.

L'attuazione del predetto Accordo quadro è esplicitamente indicata fra le finalità della predetta Direttiva nel suo art. 1 («scopo della presente Direttiva è attuare l'Accordo quadro...»).

Ritiene il giudice non possa essere dubbio che la Direttiva predetta (e gli atti e accordi che l'hanno preceduta) considerano il contratto a termine come una eccezione al generale principio della durata indeterminata del contratto di lavoro, e che, pertanto, le deroghe a tale principio si pongono come eccezione che, in quanto tale, deve essere motivata e argomentata con atto normativo di pari grado rispetto alla norma che il principio generale ha posto. In tal senso si veda l'esplicito disposto del «Considerando» n. 7 delle considerazioni generali allegata all'Accordo quadro predetto, laddove si precisa che «l'utilizzazione dei contratti di lavoro a tempo determinato (è) basata su ragioni oggettive». Si deve, quindi, affermare che i principi posti dall'articolo 1 del d.lgs. n. 368 hanno natura ed efficacia di principi generali, come evidenziato anche dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza n. 4588 del 2006 laddove ha evidenziato che «il decreto legislativo 368/2001 [...] ha ritenuto di [...] richiedere la specificazione in forma scritta delle ragioni giustificatrici del contratto a termine [...] al chiaro fine di agevolare il controllo giudiziario [...] sull'operato del datore di lavoro».

Analogamente pregnante appare la valutazione della Corte di Giustizia europea che, nel «Considerando» n. 74 della sentenza della Grande Sezione del 4 luglio 2006 (causa C-212/04 *Adelener*), ha affermato: «73. Così il fatto di ammettere che una disposizione nazionale possa, di pieno diritto e senza altra precisazione, giustificare contratti di lavoro a tempo determinato successivi equivarrebbe a ignorare la finalità dell'Accordo quadro, che consiste nel proteggere i lavoratori dall'instabilità dell'impiego, e a svuotare di contenuto il principio secondo il quale contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro ».

Se si ritenesse idonea la formulazione del contratto individuale, contenente il mero richiamo dell'art. 2, comma 1-*bis*, ult. cit., si finirebbe con l'attribuire al datore di lavoro una ampia e assoluta discrezionalità nella stipulazione di contratti a termine, il che costituirebbe la negazione sia degli intenti esplicitati nel già citato «Considerando» n. 7, laddove si richiede la sussistenza di «ragioni oggettive» (e nessuna di siffatte ragioni è indicata nel dell'art. 2, comma 1-*bis*, ult. cit.); sia della finalità che ispira la Direttiva comunitaria e lo stesso d.lgs. ult. cit., per i quali invece resta necessario un vaglio attento e puntuale circa le deroghe al principio generale della durata indeterminata del contratto di lavoro.

Le considerazioni che precedono, singolarmente e congiuntamente valutate, portano a concludere che il comma 1-*bis* dell'articolo 2, che ci occupa, non può considerarsi esclusivo o alternativo rispetto ai principi dell'articolo 1 che lo precede, per modo che da esso non può farsi derivare l'inesistenza dell'obbligo di motivazione e della causale per il contratto a termine.

In aggiunta a quanto sopra esposto, va rilevato, poi, che l'interpretazione fin qui adottata dell'articolo 2 in questione non solo appare conforme ai principi della normativa comunitaria, ma, inoltre e soprattutto, sarebbe comunque imposta dal principio della prevalenza dell'ordinamento comunitario europeo sull'ordinamento interno.

Tale principio ha, ormai, assunto dignità costituzionale con il nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione (come modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001) nel cui comma 1 si afferma che «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Di tale nuova gerarchia delle fonti e del nuovo rapporto fra normativa comunitaria e normativa statale si è fatta interprete la Corte Costituzionale che, anche in relazione alle Direttive, ha sancito la diretta applicabilità nell'ordinamento interno della normativa comunitaria e la sua prevalenza sull'ordinamento nazionale, con la conseguente disapplicazione delle norme nazionali contrastanti (cfr. Corte Costituzionale, 18 aprile 2001, n. 168).

Nello stesso senso si pone anche la Corte di Cassazione che (cfr. Cass., Sez. trib., 10 gennaio 2002, n. 17564) ha affermato che «il giudice nazionale deve verificare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni comunitarie vincolanti e fare applicazione delle medesime anche d'ufficio»; e anche che «in considerazione dei principi della supremazia e dell'efficacia diretta dell'ordinamento comunitario [...] Il giudice nazionale ha l'obbligo di “disapplicazione” (o, più correttamente, della “non applicazione”) della norma interna, incompatibile con quella comunitaria».

Consegue a ciò che, ove si dovesse ritenere fondata l'interpretazione che dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 368 fornisce la parte convenuta, se ne dovrebbe rilevare la contrarietà con l'ordinamento comunitario e, conseguentemente, si dovrebbe procedere alla sua «disapplicazione» (o, «non applicazione»).

Le considerazioni che precedono portano a concludere che, anche nel contesto normativo invocato dalla convenuta, permane il principio della specifica indicazione delle ragioni che possono legittimare l'apposizione del termine.

Occorre, quindi, che sia verificata la sussistenza in concreto delle condizioni di fatto e di diritto addotte dal datore di lavoro per legittimare

l'apposizione del termine nonché il legame funzionale fra le ragioni addotte e la singola assunzione.

Grava, quindi, sul datore di lavoro l'onere di dimostrare la ricorrenza in fatto e nello specifico delle particolari esigenze legittimanti la deroga, nonché il nesso eziologico fra tali esigenze e la stipulazione del singolo contratto a termine.

Nel caso di specie tale individuazione viene resa impossibile dalla stessa formulazione della motivazione del contratto individuale, consistente nel mero richiamo pedissequo e letterale della formula dell'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368 ult. cit.

Si tratta di richiamo così generale e generico che non è possibile alcun idoneo riferimento alle esigenze specifiche che hanno portato all'assunzione a termine.

Non vi è nodo, quindi, di apprezzare se vi sia e quale sia la relazione fra il contratto a termine e una situazione aziendale idonea a giustificarlo.

Le considerazioni fin qui svolte, singolarmente e congiuntamente valutate, portano a ritenere illegittimo il termine apposto al contratto stipulato con la parte ricorrente, per modo che questo deve essere considerato a tempo indeterminato sin dall'origine.

*(Omissis)*

(1-2) LA «DISCIPLINA AGGIUNTIVA» DEL CONTRATTO A TERMINE  
PER IL SETTORE DELLE POSTE E LA DIRETTIVA 1999/70/CE: VIOLAZIONE  
DELLA CLAUSOLA DI NON REGRESSO E POTERI DEL GIUDICE ITALIANO

1. — *Le due sentenze in breve* — Le due sentenze in epigrafe riguardano la legittimità di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato stipulati da Poste Italiane Spa ai sensi dell'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, introdotto con l'art. 1, comma 558, della legge 23 dicembre 2005 (d'ora in poi finanziaria 2006). Come è noto, il decreto, attuando la Direttiva n. 1999/70/Ce, ha ri-regolato la disciplina del contratto a tempo determinato, fino ad allora contenuta essenzialmente nella legge n. 230/1962 (ma si veda anche l'importante art. 23 della legge n. 56/1987, che aveva effettuato un ampio rinvio alla contrattazione collettiva in tema di causali del contratto a tempo determinato).

Nel caso sottoposto alla cognizione del Tribunale di Foggia, il ricorrente chiede la dichiarazione di illegittimità dell'apposizione del termine per violazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, nonché per violazione della Direttiva n. 1999/70/Ce, e chiede al giudice, inoltre, di verificare se lo Stato italiano, con l'art. 1, comma 558, della finanziaria 2006, abbia travalicato i limiti di discrezionalità della Direttiva del 1999, quanto alla forma e ai mezzi per l'attuazione della medesima.

Nel caso giudicato dal Tribunale di Milano, invece, la parte ricorrente, oltre a chiedere la dichiarazione dell'illegittimità dell'apposizione del termine, chiede al giudice, in

via subordinata, di rimettere gli atti alla Corte Costituzionale per la dichiarazione di incostituzionalità del comma 1-*bis* dell'art. 2, d.lgs. n. 368/2001, in relazione agli artt. 3, 10, 11, 76 e 87 Cost. Infine, in via ulteriormente subordinata, chiede la rimessione degli atti alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, affinché questa valuti la contrarietà del medesimo comma rispetto alla Direttiva n. 1999/70/Ce.

Entrambi i ricorrenti chiedono poi che il magistrato, accertata l'illegittimità dell'apposizione del termine, dichiari l'intercorrenza tra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato dalla data di stipulazione del contratto a tempo determinato, alle stesse condizioni economiche e retributive del contratto cui era stato illegittimamente posto il termine finale e condanni il datore di lavoro al ripristino del rapporto di lavoro, con corresponsione delle retribuzioni nel frattempo maturate e regolarizzazione contributiva e assicurativa.

In entrambi i casi i giudici di primo grado – seppure, come si vedrà, attraverso *iter* logici diversi – accertano l'illegittimità dell'apposizione del termine e accolgono pertanto la domanda, trasformando il contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato e condannando, conseguentemente, i due datori di lavoro alla corresponsione del trattamento retributivo e contributivo nel frattempo maturati.

2. — *Il dato normativo interno* — Le sentenze che si commentano offrono una serie cospicua di spunti interessanti, trattando una pluralità di complesse questioni tra loro collegate. Non essendo possibile, in questa sede, affrontarle tutte, si è scelto di privilegiare alcuni «nodi» la cui soluzione pare fondamentale al fine di comprendere appieno la vicenda giuridica e di valutare la soluzione fornita dagli organi giudicanti. Su altri aspetti, non meno importanti, non si potrà che rimandare agli specifici contributi della dottrina e agli orientamenti giurisprudenziali. Infine, si dovranno tralasciare ulteriori profili ritenuti, tutto sommato, di rilevanza minore.

Il dato normativo centrale su cui vertono le due sentenze è l'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Con questa norma, introdotta dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266 (d'ora in poi Finanziaria 2006), si è estesa alle «imprese concessionarie dei servizi nei settori delle poste» l'operatività del comma 1 dell'art. 2, il quale, per aziende di trasporto aereo o esercenti i servizi aeroportuali, ammette la stipulazione di contratti a termine per determinati periodi dell'anno, con alcuni limiti quantitativi. Sulla base dell'art. 2, comma 1-*bis*, i due datori di lavoro hanno stipulato con i ricorrenti un contratto a tempo determinato (d'ora in poi Ctd), senza preoccuparsi di indicare nello stesso le ragioni che hanno portato alla conclusione di un contratto di lavoro subordinato a termine piuttosto che a tempo indeterminato [Sulla dibattuta questione della necessaria temporaneità delle ragioni giustificatrici del Ctd v. per tutti V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, 3, p. 361, ove ampi riferimenti anche alla dottrina che ha addirittura sostenuto la «causalità» del Ctd; v. anche L. Menghini (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine - d.lgs. 368/2001*, IPSOA, Milano, 2002, pp. 62 ss.].

Nella soluzione dei due casi, la prima, fondamentale, questione ermeneutica con cui deve fare i conti l'interprete – e che ha condotto i due Tribunali a seguire *iter* logici diversi, pur nella sostanziale identità della soluzione finale – è stabilire se la disciplina dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, sia *integrativa* o *sostitutiva* rispetto alla regola generale, prevista dall'art. 1 del decreto stesso, dell'indicazione scritta ed espres-

sa, nel contratto di lavoro a termine, delle «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» che consentono il ricorso a questo modello negoziale.

I due giudici hanno, sul punto, opinioni opposte.

Il magistrato di Milano opta per la natura integrativa o *aggiuntiva* della disciplina dell'art. 2 rispetto all'art. 1 (Tesi già sostenuta da L. Zappalà, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, in *Dml*, 2001, p. 648). Alla base di questa scelta interpretativa viene posta la rubrica dell'art. 2 «Disciplina aggiuntiva» (la quale però, oltre a non avere valore precettivo, non sarebbe in ogni caso risolutiva della questione), nonché l'assenza di ragioni giustificatrici di una (eventuale) disciplina in deroga all'art. 1. L'organo giudicante, sulla base di questi argomenti – e tutto sommato in modo non molto convincente –, sembra ritenere sufficiente l'interpretazione «interna» a fondare l'illegittimità del Ctd in questione. Tale lettura, infatti, comporterebbe un'immediata soluzione del caso fondata solo su norme dell'ordinamento italiano, in quanto il Ctd in questione essendo, anch'esso, privo dell'indicazione delle ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive richieste secondo questa tesi dall'art. 1 anche per le imprese concessionarie dei servizi nei settori delle poste, risulterebbe, chiaramente, illegittimo. Nel prosieguo della motivazione il giudice, tuttavia, per motivare l'opzione per la natura «aggiuntiva» dell'art. 2, comma 1-*bis*, richiama le norme comunitarie e in particolare la Direttiva n. 1999/70/Ce, affrontando, come il magistrato foggiano, il tema dei rapporti fra disciplina interna e comunitaria in materia di Ctd.

Stranamente, però, il giudice di Milano prende in considerazione, nel seguito del suo ragionamento, solo il profilo del contrasto «generale» fra normativa italiana sul Ctd e normativa comunitaria (Direttiva n. 1999/70/Ce), non considerando – diversamente dal magistrato foggiano – l'altro, rilevante, profilo del divieto specifico di abbassamento delle tutele interne in materia di Ctd, divieto imposto al legislatore italiano dalla clausola di non regresso contenuta nell'Accordo quadro recepito nella Direttiva n. 1999/70/ Ce.

Per quanto riguarda il primo profilo segnalato, dal confronto dell'art. 2, comma 1-*bis*, con la normativa comunitaria il Tribunale di Milano evince che la scelta per la natura aggiuntiva della norma interna sarebbe «l'unica che appare conforme ai principi ispiratori della normativa comunitaria», aggiungendo che «ove [invece] si dovesse ritenere fondata l'interpretazione che dell'art. 2 fornisce la parte convenuta [Poste Italiane Spa], se ne dovrebbe rilevare la contrarietà con l'ordinamento comunitario e, conseguentemente, si dovrebbe procedere alla sua “disapplicazione” (o, “non applicazione”)».

Il magistrato foggiano non ritiene, invece, che il comma 1-*bis* dell'art. 2 configuri un'ipotesi in cui sia necessaria l'esistenza e l'indicazione espressa delle «ragioni» di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001. Il giudice, a supporto di tale scelta interpretativa, richiama alcune delle considerazioni espresse dalla dottrina (V. Speciale, cit., pp. 375 ss.) in relazione al comma 1 dell'art. 2 e, naturalmente, riferibili anche al comma 1-*bis* (cfr. Trib. Milano, 12 luglio e 8 ottobre 2007, e Trib. Napoli, 23 ottobre 2007). Innanzitutto, la dottrina ha notato che l'art. 2, comma 1 – il cui campo di applicazione è stato poi esteso dal comma 1-*bis* al settore postale –, non fa altro che riprodurre «ipotesi previste dalla precedente disciplina come autonome fattispecie di contratti a tempo determinato autorizzate dalla legge, riaffermando la volontà di individuare questi casi co-

me causali distinte» (V. Speciale, cit., p. 375; la norma «riprodotta» nel d.lgs. n. 368/2001 per il settore aeroportuale è l'art. 1, comma 2, lettera *f*; legge 18 aprile 1962, n. 230, introdotto con la legge 25 marzo 1986, n. 84). È stato rilevato, inoltre, che a favore della natura sostitutiva dei commi 1 e 1-*bis* dell'art. 2, depone anche il dato letterale, in quanto sembra significativa la constatazione che sia l'art. 1 che l'art. 2 del d.lgs. n. 368/2001, con identica espressione, configurano casi, o meglio, rispettivamente, ipotesi causali e settori in cui «è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto» (viceversa, riesce difficile pensare che il legislatore abbia voluto, con l'art. 2, comma 1, porre limiti *aggiuntivi* all'utilizzo del Ctd nel settore aeroportuale, caratterizzato da fisiologici aumenti stagionali dell'attività). L'opzione per la natura *sostitutiva* dell'art. 2, comma 1-*bis*, condivisa da chi scrive per le ragioni appena sintetizzate, porta il magistrato foggiano a dover accertare la compatibilità dell'introduzione di questa norma con la Direttiva n. 70/1999/Ce.

La parte ricorrente davanti al Tribunale di Foggia sostiene, infatti, che l'art. 2, comma 1-*bis*, abbia violato la Direttiva sul Ctd (n. 70/1999/Ce), in quanto la legge finanziaria 2006, introducendo il comma 1-*bis* nell'art. 2 del d.lgs. n. 368/2001, avrebbe provocato un *regresso*, cioè un abbassamento del livello della tutela che al lavoratore era garantito dalla legge n. 230/1962 (con le successive modifiche e integrazioni), vigente al momento dell'entrata in vigore della Direttiva (solo per inciso, va precisato che il regresso in questione non si configura invece nel caso del comma 1 dell'art. 2, perché in questa ipotesi il d.lgs. n. 368/2001 non fa altro che riprendere una disposizione, che regolava il lavoro a tempo determinato nel settore aeroportuale, già esistente alla data di entrata in vigore della Direttiva, ossia l'art. 1, comma 2, lettera *f* della legge n. 230/1962 – lettera aggiunta dalla legge n. 84/1986). Tale riduzione della tutela violerebbe la clausola di non regresso, ossia la clausola 8, punto 3, dell'Accordo quadro sul contratto a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999 fra Ces, Unice e Ceep e poi recepito nella Direttiva stessa, che per l'appunto così dispone: «l'attuazione del presente Accordo [e quindi della Direttiva che lo recepisce] non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'Accordo stesso».

3. — *Le cd. clausole di non regresso* — La dottrina più recente (Vedi, anche per ulteriori rinvii, U. Carabelli, V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, n. 2, pp. 539 ss.) ha evidenziato la presenza sempre più frequente, nelle direttive sociali, delle clausole cd. di non regresso (d'ora in poi Cnr), ossia di clausole che non consentono agli Stati membri di usare l'applicazione di una direttiva come (nobile) pretesto per ridimensionare le tutele in relazione alla materia trattata dalla stessa.

Estremamente diversificate sono le posizioni degli studiosi sul «grado di efficacia giuridica» di queste clausole.

Alcuni Autori escludono, in sostanza, che le Cnr possano avere rilevanza giuridica, essendo sempre possibile la modifica peggiorativa da parte del legislatore nazionale [G. Dondi, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, 3, p. 566, ritiene che nulla «osti a realizzare le modifica *in peius*» e che la posizione di una norma interna regressiva dimostri «già di per sé la (legittima) volontà del legislatore na-

zionale di non mantenere le condizioni di miglior favore»; nello stesso senso G. Franza, *Regresso delle tutele e vincoli comunitari*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 1125].

Altri, in posizione intermedia (U. Carabelli, V. Leccese, cit., pp. 592 ss.; similmente v. le conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano, punti 61-63, nella sentenza 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, in *Racc. CG*, p. I-9981) ritengono che queste clausole operano come uno «specchio riflettente», restituendo agli ordinamenti nazionali le norme vigenti al momento dell'adozione della direttiva in qualità di disposizioni dotate di una «peculiare resistenza al cambiamento» (U. Carabelli, V. Leccese, cit., p. 617; per rimarcare la staticità della «riflessione» – e quindi del termine di paragone necessario a verificare l'eventuale regresso nazionale per poi valutarne la legittimità o illegittimità – si potrebbe parlare di un «effetto *polaroid*» o «ferme immagine»). Tali norme, infatti, imporrebbero allo Stato membro un «obbligo di trasparenza», obbligandolo alla giustificazione del mutamento *in peius* (ben inteso, con il limite del rispetto del livello minimo di tutela imposto dalla Direttiva). Secondo alcuni Autori (Ad esempio, M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 3, p. 502) la giustificazione dovrebbe essere legata al perseguimento di altri obiettivi del diritto comunitario; sembra, però, più rispettosa delle prerogative del legislatore nazionale la diversa soluzione, proposta da U. Carabelli, V. Leccese, cit., p. 606, secondo la quale è sufficiente che il mutamento *in peius*, il quale non può essere legato semplicemente alla recezione della direttiva, sia collegato a un mutamento della situazione pregressa.

Altri ancora arrivano ad attribuire alle Cnr una funzione «cristallizzatrice» dei livelli di tutela esistenti nei vari Stati al momento dell'entrata in vigore della direttiva (Cd. obbligo di *stand still*, v. L. Garofalo, *Le clausole di «non regresso» nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *q. Riv.*, 2004, pp. 47 ss.) o fanno scaturire questo effetto da un principio generale di non regresso presente negli artt. 136 e 137 del Trattato [Cfr. V. Ferrante, *Sub art. 19*, in M. Napoli (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, n. 6, pp. 1436-1437; diversa, quanto agli effetti, è la posizione di E. Ales, «*Non regresso» senza dumping sociale ovvero del «progresso» nella modernizzazione (del modello sociale europeo)*, in *Dlm*, 2007, I, pp. 15 ss., il quale ritiene possibile derivare dai citati articoli del Trattato l'esistenza di un principio generale di non regresso dal quale discenderebbe per gli Stati un divieto di *reformatio in peius*, ma non l'obbligo di *stand still*, non ostando tale principio a interventi modificativi che si muovano in una prospettiva «di modernizzazione dei sistemi di protezione sociale» (p. 16)]. Accogliendo la tesi della funzione cristallizzatrice, in entrambe le varianti sintetizzate, sarebbe comunque preclusa la possibilità per i legislatori nazionali di qualsiasi abbassamento delle tutele vigenti, anche qualora, all'esito dell'abbassamento, il livello della tutela «di arrivo» sia superiore al livello minimo di protezione imposto dalla Direttiva.

Sebbene non sia possibile, in questa sede, motivare in modo esauriente e completo l'adesione a una delle tre principali posizioni della dottrina, si deve notare, in merito alla prima, come essa, mentre sul piano ermeneutico porterebbe a una svalutazione eccessiva delle Cnr – anzi a una vera e propria interpretazione abrogante –, sul piano concreto lascerebbe gli Stati membri totalmente liberi di abbassare le tutele fino al limite minimo garantito dalla Direttiva, contrastando questa «fuga verso il basso» solamente con l'imposizione di un limite minimo di tutela inderogabile *in peius*. Tale po-

sizione interpretativa, che rende, in sostanza, priva di effetti giuridici l'introduzione delle Cnr, non sembra, peraltro, in linea con l'obiettivo della «parificazione nel progresso» indicato dall'art. 136, comma 1, del Trattato.

Né, all'opposto, si può concordare con la terza ipotesi interpretativa, nelle due varianti secondo le quali sarebbe precluso, rispettivamente dal Trattato e dalla Cnr, qualsiasi abbassamento delle tutele da parte del legislatore nazionale, quantunque motivato e non al di sotto del livello minimo di tutela imposto dalla Direttiva. In merito alla prima variante, che fonda un obbligo generale di non regresso sulle norme del Trattato, va rilevato che le norme invocate paiono generiche e generali e pertanto non utilizzabili per costruire un principio generale di non regresso giuridicamente vincolante per gli Stati membri (U. Carabelli, V. Leccese, cit., p. 618). In merito alla seconda, va osservato, sul piano strettamente testuale, che la formulazione delle Cnr, seppure non sempre uniforme (Per un esame delle principali tipologie delle Cnr si rimanda alla bipartizione operata da Carabelli e Leccese, cit., pp. 593 ss.), non sembra vietare in assoluto il regresso ma, semplicemente, vietare che il regresso sia giustificato dalla necessità di *applicazione* della Direttiva. In merito a entrambe le varianti di questa impostazione va rilevato, inoltre, che esse trovano un ostacolo letterale difficilmente superabile in un'altra norma del Trattato stesso (L'art. 137, par. 1, che dispone che la politica sociale comunitaria *sostiene e completa* – non *sostituisce e paralizza* – quella nazionale, principio peraltro ribadito dalla Corte di Giustizia Ce nella sentenza *Mangold*, cit., punto 63; v. U. Carabelli, *Intervento programmato* al seminario del Cesri-Luiss su «La riforma del lavoro a termine», Roma 22 ottobre 2001, in [www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro); successivamente, v. le conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano nella causa *Mangold*, cit., punti 64 e 65). Infine, si deve rilevare che proprio l'ipotizzato effetto di cristallizzazione, derivante dagli artt. 136 e 137 TCe o dalle Cnr, sembra in contrasto con il già richiamato obiettivo della «parificazione nel progresso», da attuare tenendo «conto della diversità delle prassi nazionali» (Art. 136, commi 1 e 2, Ce; in questo senso A. Adinolfi, R. Bortone, *Tutela della salute e lavoratrici madri dopo la Direttiva 92/85*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, II, p. 364; v. anche G. Franza, cit., pp. 1114 ss., che, efficacemente, sintetizza tutte le condivise obiezioni alla teoria della cristallizzazione degli ordinamenti nazionali e F. Lunardon, *Lavoro atipico, discriminazione per motivo di età e promozione dell'occupazione*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, II, pp. 432 ss.). Questo obiettivo, dichiarato dal Trattato, infatti, presuppone e implica *movimento*, adattamento reciproco, e non, all'opposto, *immobilità* (o meglio immodificabilità verso il basso) degli ordinamenti e quindi dei livelli di tutela degli Stati membri; immodificabilità che, invece, secondo l'ipotesi interpretativa qui criticata, sarebbe imposta, in un modo o nell'altro, proprio dal legislatore comunitario, nell'improbabile ruolo di consolidatore – o cristallizzatore – dei *gap* normativi esistenti fra i diversi Stati al momento dell'entrata in vigore degli invocati articoli del Trattato o dell'entrata in vigore della Direttiva.

Si ritiene di aderire, invece, alla tesi intermedia che fa discendere dalle Cnr un obbligo di trasparenza delle scelte legislative dello Stato membro. Questa impostazione pare, infatti, in linea con lo spirito complessivo del Trattato nonché con la lettera dello stesso, in quanto è in grado di bilanciare i diversi valori tutelati dal legislatore comunitario senza incidere in maniera irreversibile sulla potestà regolativa dei legislatori statuali (Tale impostazione, peraltro, accolta dall'Avv. Gen. Tizzano nel caso *Mangold* – v. i punti 54-65 delle sue conclusioni –, sembra essere stata accolta, seppure non e-

spressamente ma per lo meno quanto agli esiti, dalla Corte di Giustizia Ce nella sentenza *Mangold*, cit., nei punti 52 e 54, come evidenziato da O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, pp. 269 e 270, Franza, cit., p. 1118 e, sostanzialmente, anche da L. Calafà, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, in *q. Riv.*, 2006, II, pp. 225 e 232, e P. Nodari, *Corte di Giustizia Europea, «clausole di non regresso» e normativa italiana sul termine*, in *Lav. giur.*, 2006, 5, p. 464).

Un altro problema su cui si discute in dottrina è quello dell'*ambito di operatività* della Cnr. Secondo un'interpretazione questo sarebbe limitato ai *profili disciplinati specificamente dalla Direttiva* [Vedi, fra gli altri, M. Tiraboschi, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in M. Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 69; G. Santoro Passarelli, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 184, e A. Vallebona, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir. lav.*, 2002, I, p. 30]. Secondo un'altra tesi si estenderebbe invece a *tutto il campo o settore trattato* dalla stessa (Vedi, anche per ulteriori riferimenti, U. Carabelli, V. Leccese, cit., p. 609; in questo senso, successivamente, v. *Mangold*, cit., punto 50). Tuttavia, per quanto riguarda i casi di specie, si può prescindere dalla soluzione di tale questione, in quanto, anche se si volesse accogliere la prima impostazione – che però come rilevato, non sembra in linea con la posizione della Corte di Giustizia Ce – sembra evidente che la Direttiva n. 1999/70/Ce, disciplinando il profilo della necessaria «causalità» del Ctd (Vedi il punto 7 del preambolo dell'allegato alla Direttiva n. 99/70/Ce contenente il testo dell'Accordo quadro recepito; vedi la sentenza *Adeneler*, cit., punto 74; vedi V. Speciale, cit., p. 385-386; *contra*, L. Menghini, cit., pp. 21 ss.), nonché l'eventuale differenziazione della disciplina per «particolari settori» (Considerando n. 10 dell'Accordo quadro recepito dalla Direttiva), «copre» l'ambito di intervento della Finanziaria 2006. Conseguentemente, si deve concludere che l'art. 1, comma 558, della Finanziaria 2006 non può sfuggire al confronto imposto dalla Cnr in termini di eventuale regresso rispetto alla disciplina italiana sul Ctd vigente al momento dell'entrata in vigore della Direttiva.

Un ulteriore profilo, importante anche per le ricadute che ha nei casi di specie, è stabilire cosa significhi che l'*applicazione della direttiva* non deve essere motivo di regresso: quali interventi dello Stato membro devono ritenersi applicazione della direttiva? Su questo discusso punto (U. Carabelli, V. Leccese, cit., pp. 593 ss.; O. Bonardi, cit., p. 268, L. Calafà, cit., p. 226; L. Garofalo, cit., pp. 39 ss., e spec. p. 53) ci si può limitare, in questa sede, a riportare quanto precisato dalla Corte di Giustizia Ce nella sentenza *Mangold*, cit., al punto 51, proprio circa la Cnr contenuta nell'Accordo quadro recepito nella Direttiva n. 1999/70/Ce: «l'espressione "applicazione" [...] non riguarda la sola iniziale trasposizione della Direttiva n. 1999/70 [...] ma copre ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completano o modificano le norme nazionali già adottate» (Ma in tal senso v. già U. Carabelli, V. Leccese, cit., pp. 594 e 595; M. Delfino, cit., pp. 492-497; M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in *Working Paper Csdle «Massimo*

D'Antona», n. 49, in [http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp\\_int.htm](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_int.htm), nota n. 78, e Tizzano, cit., punti 72 e 73).

Passando, infine, alla questione dell'efficacia della Cnr negli ordinamenti nazionali, va chiarito che, sebbene si ritenga – come s'è detto – che la Cnr produca un cd. effetto riflettente (o «fotografia») dell'ordinamento interno, questa, formalmente e sostanzialmente è pur sempre una clausola contenuta in una Direttiva. Pertanto, alla stessa va riconosciuta, nell'ordinamento giuridico interno, né più e né meno che l'efficacia propria delle altre norme della Direttiva che, senza rinviare agli ordinamenti nazionali, regolano la materia oggetto della stessa. Più in particolare, si deve notare che, come rilevato dalla dottrina, la Cnr è da ascrivere – seppure *per relationem* – alla categoria delle norme comunitarie direttamente esecutive (U. Carabelli, V. Leccese, cit., p. 615), in quanto, pur non contenendo direttamente delle regole, richiama norme interne dal contenuto dettagliato, che prevedono obblighi chiari, precisi e incondizionati.

Quanto all'efficacia nell'ordinamento interno delle norme comunitarie direttamente esecutive, qui non si può che sintetizzare un articolato e complesso dibattito che prende le mosse dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce.

La posizione tradizionale della Corte di Giustizia Ce è stata quella di riconoscere a queste norme un'efficacia diretta nell'ordinamento giuridico dello Stato membro (Corte di Giustizia Ce 4 dicembre 1974, C-41/74; Corte di Giustizia Ce 19 gennaio 1982, C-8/81; Corte di Giustizia Ce 10 aprile 1984, C-14/1983; Corte di Giustizia Ce 22 giugno 1989, C-105/98; Corte di Giustizia Ce 24 ottobre 1996, C-72/95) solo in senso *verticale*, cioè nei rapporti fra Stato e cittadini, e non anche in senso *orizzontale*, cioè nei rapporti fra privati (Per la ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce, con riferimenti anche alla dottrina, si veda la panoramica di C. Spinelli, *Giudice comunitario e nazionale: le sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Lav. giur.*, 1998, 7, pp. 549 ss., nonché M. Roccella, cit., p. 14).

Per quanto riguarda l'efficacia verticale, peraltro, la Corte di Giustizia delle Comunità europee, nell'esame dei rapporti tra ordinamento interno e comunitario, ha esteso molto il concetto di «Stato» e ha quindi allargato l'ambito di operatività dell'efficacia diretta. La Corte, da una parte, ha affermato che la norma di una direttiva può essere fatta valere nei confronti di «un ente statale che agisca in qualità di datore di lavoro per impedire l'applicazione di qualsiasi disposizione nazionale non conforme» (Sentenza 26 febbraio 1986, *Marshall*, C-152/1984, in *Racc. CG*, 1986, pp. 723 ss., punto 56, v. anche i punti 49 e 51) e, dall'altra, che «fa comunque parte degli enti ai quali si possono opporre le norme di una direttiva idonea a produrre effetti diretti un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli» (Sentenza 12 luglio 1990, *Foster c. British Gas*, C-188/89, in *Racc. CG*, 1990, pp. I-3313 ss., punto 20, v. anche i punti 13-19 e 22; in dottrina, vedi V. Ferrante, cit., pp. 1437-1348, e, anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, R. Mastroianni, 1998, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, I, 1998, p. 84; addirittura, l'efficacia diretta potrebbe operare prescindendo dalla qualificazione giuridica delle parti in causa secondo Cass., Sez. lav., 3

febbraio 1995, n. 1271, in q. *Riv.*, 1995, II, pp. 275 ss., con nota di S. Bellomo, e Cass., Sez. lav., 18 maggio 1999, n. 4817, in q. *Riv.*, 2000, II, pp. 95 ss., con nota di L. Valente).

Per quanto attiene alle controversie fra privati, invece, la Corte di Giustizia Ce, ha ripetutamente affermato che la Direttiva non può essere invocata da privati contro altri privati, perché questo «significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico [...] [dei singoli], mentre tale competenza spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare dei regolamenti» (Sentenza 14 luglio 1994, C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc. CG*, 1994, p. I-3325, punto 24; la Corte ha inoltre precisato che l'esclusione dell'effetto diretto orizzontale prescinde dalla completezza della disciplina sostanziale della Direttiva: «anche una disposizione chiara, precisa e incondizionata di una direttiva volta a conferire diritti o imporre obblighi ai privati non può essere applicata come tale nell'ambito di una controversia che ha luogo esclusivamente tra privati»; sentenza 5 ottobre 2004, *Pfeiffer*, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, in *Racc. CG*, 2004, p. I-8835, punto 109). Tuttavia, la Corte di Giustizia Ce ha precisato che il giudice nazionale ha comunque l'obbligo di garantire, nelle controversie tra privati, il perseguimento dei risultati della Direttiva sin dall'entrata in vigore della stessa (Vedi la sentenza 4 luglio 2006, *Adeneler*, C-212/04, in *Racc. CG*, 2006, p. I-6057, punti 33 e 123), interpretando, se possibile, il diritto interno in maniera conforme alla direttiva (cd. «efficacia indiretta orizzontale»). Nel caso specifico della Cnr, questo si traduce in un obbligo per il giudice di interpretare le «nuove» norme nazionali (che hanno operato una riduzione non giustificata delle tutele) in maniera conforme rispetto a quelle precedenti «fotografate» dalla Cnr, ove questo sia possibile. Tuttavia, la Corte di Giustizia Ce ha sempre avuto cura di ribadire, in linea generale, i limiti dell'obbligo di interpretazione conforme, la quale «non può servire da fondamento a un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale» (Così, ancora di recente, *Adeneler*, cit., punto 110, nel richiamare i principi di certezza del diritto e di non retroattività; ma v. anche, tra le tante, la sentenza 5 ottobre 2005, *Pfeiffer*, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, in *Lav. giur.*, 2005, 7, p. 617, commentata da A. Grieco, che evidenzia, peraltro, a p. 637, la «progressiva dilatazione dei confini del principio di interpretazione conforme», il quale, secondo la Corte – punto 115 della sentenza – non riguarda solo le norme interne introdotte per recepire la direttiva, ma «esige che il giudice prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire a un risultato contrario a quello cui mira la direttiva»).

Va poi osservato che, nonostante la costante esclusione a opera della Corte di Giustizia Ce dell'efficacia diretta orizzontale delle norme cd. *self executing* contenute nelle direttive, parte della dottrina ritiene che la Corte abbia talora affermato l'obbligo per il giudice nazionale, in una controversia fra privati (ove non sia possibile la descritta operazione di interpretazione conforme), di disapplicare la norma interna contrastante con la direttiva per rendere possibile l'applicazione, si deve ritenere in via analogica, di altra norma interna conforme alla direttiva (Cd. «effetto di esclusione» delle norme interne difformi; v. R. Mastroianni, *Efficacia «orizzontale» del principio di eguaglianza e mancata attuazione delle direttive comunitarie*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, II, p. 442).

Tuttavia, va precisato che in entrambe le sentenze richiamate in tal senso (Sentenza 30 aprile 1996, C-194/1994, *CLA Security International*, in *Racc. CG*, 1996, p. I-2201

e sentenza 28 gennaio 1999, C-77/1997, *Unilever*, in *Racc. CG*, 1999, p. I-43) gioca un ruolo fondamentale il contrasto delle norme interne con il principio di libera circolazione delle merci sancito dall'art. 30 del Trattato, più volte richiamato dalla Corte (Nella prima sentenza si vedano i punti 40 e 48 e nella seconda i punti 19, 21, 23, 26 e 35). Similmente la Corte di Giustizia Ce, nella più recente sentenza *Mangold*, cit. (2005), si è espressa affermativamente sul potere del giudice nazionale di disapplicare una norma interna contrastante con quella comunitaria per risolvere una controversia fra privati; però, anche in questo caso, la disapplicazione non viene fatta discendere direttamente dalla violazione di una norma contenuta in una direttiva (cd. norma comunitaria «secondaria»), bensì dalla violazione di un principio generale dell'ordinamento comunitario, quale quello di non discriminazione (Vedi il punto 77 della sentenza; ma su questo aspetto della pronuncia, v. S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in [http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp\\_int.htm](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_int.htm), p. 20).

Va segnalato, infine, senza poter in questa sede neppure sintetizzare la questione, che vi è un dibattito nella dottrina italiana sulle (eventuali) conseguenze del nuovo art. 117 Cost. sui rapporti fra ordinamento interno e comunitario (Vedi fra gli altri, anche per ulteriori riferimenti, F. Paterniti, *La riforma dell'art. 117, comma 1, Cost. e le nuove prospettive nei rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e Unione Europea*, in *Giur. cost.*, 2004, II, p. 2101).

4. — *Clausola di non regresso e iter logico del giudice* — Declinando i risultati del dibattito teorico e i principi elaborati dalla Corte di Giustizia Ce sopra sintetizzati, si ritiene di poter così schematizzare i principali passaggi dell'*iter* logico che gli organi giudicanti avrebbero dovuto seguire nell'esaminare il contrasto fra Finanziaria 2006 e Cnr in tema di Ctd:

1. verifica della ricomprensione dell'art. 1, comma 558, della Finanziaria 2006, fra i provvedimenti che danno attuazione alla Direttiva n. 1999/70/Ce;

2. verifica dell'*eventuale regresso* introdotto dalla Finanziaria 2006 rispetto alla disciplina vigente in Italia in tema di Ctd (legge n. 230/1962 e successive modifiche e integrazioni) al momento dell'adozione della direttiva;

3. verifica della *sufficiente giustificazione* da parte del legislatore nazionale del regresso (per completezza, si precisa che questa operazione, evidentemente, non è necessaria per la dottrina che propende per il sopra descritto «effetto di cristallizzazione» delle tutele, la quale ritiene precluso qualsiasi regresso nazionale);

4. infine, nel caso di mancanza o insufficienza della giustificazione dell'arretramento delle tutele (o in tutti i casi, se si aderisce alla tesi della cristallizzazione delle tutele), verifica degli *effetti* della violazione della Cnr da parte di una norma interna ed esperimento degli eventuali *rimedi* a disposizione del giudice nazionale.

Quanto al primo punto, l'art. 1, comma 558, della Finanziaria 2006 sembra rientrare nel concetto ampio di attuazione della direttiva fornito dalla Corte di Giustizia Ce nella sentenza *Mangold* (v. il punto 51, già riportato in precedenza), in quanto pare evidente che – per utilizzare nuovamente le parole della Corte – il provvedimento legislativo in questione rientra fra «le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta [in questo caso il d.lgs. n. 368/2001], completano o modificano le norme nazionali già adottate».

Quanto al secondo punto, nei casi di specie sembra evidente la *sussistenza del regresso* conseguente alla Finanziaria 2006 rispetto al quadro normativo italiano vigente alla data del 10 luglio 1999 (entrata in vigore della direttiva) che, si ribadisce, è costituito essenzialmente dalla legge n. 230/1962. Infatti, come già si è avuto modo di sottolineare, a quella data per il settore postale non era prevista alcuna deroga al regime generale che consentisse la stipulazione «acausale» del contratto a termine.

Né, tanto meno, passando al punto 3, sarebbe apparso difficoltoso constatare l'insufficienza, anzi, *l'assenza, di una motivazione* del provvedimento da parte del legislatore italiano del 2006, il quale avrebbe dovuto giustificare – nell'ottica della teoria qui accolta della Cnr come fonte di un obbligo di trasparenza – la deroga peggiorativa in considerazione di un «mutamento della situazione» (Così U. Carabelli, V. Leccese, cit., p. 606; in senso diverso, v. Trib. Napoli, 23 ottobre 2007, che in questo caso ritiene esistenti – sulla base però di una ricostruzione soggettiva delle ragioni giustificatrici dell'intervento regressivo che non sono esplicitate dal legislatore – «plurime ragioni oggettive pienamente giustificative dell'assetto voluto»).

Assodata, pertanto, la sussistenza di un arretramento *ingiustificato* delle tutele in occasione di un provvedimento di attuazione della Direttiva – operato dall'art. 1, comma 558, della Finanziaria 2006, in contrasto con la Cnr di cui alla clausola 8, punto 3, dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce – la soluzione concreta della questione si incentra sul quarto punto, cioè sugli *effetti* della violazione della Cnr e sui *poteri dell'organo giudicante* in relazione a una norma dell'ordinamento statale confliggente con una Cnr.

Come si è già avuto modo di precisare, gli effetti della violazione di una norma comunitaria (quale è la Cnr) e i conseguenti poteri del giudice statale variano sensibilmente a seconda del fatto che la controversia verta su diritti di soggetti privati o riguardi invece un privato e lo Stato.

4.1. — *I poteri del giudice in caso di rapporti fra privati: l'efficacia orizzontale indiretta del Cnr* — Se si ragiona sull'efficacia orizzontale della Cnr, bisogna escludere, per quanto evidenziato, la possibilità per il giudice di operare la disapplicazione della norma interna a causa del contrasto con quella comunitaria (la disapplicazione può discendere solo dall'efficacia diretta della norma comunitaria).

Per altro verso, nei casi di specie, non appare possibile che il magistrato «adegui» la disciplina interna a quella comunitaria. Non è possibile, in altri termini, un'interpretazione che renda l'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, «conforme» rispetto alla pregressa disciplina interna, cioè a quella disciplina che, all'entrata in vigore della Direttiva n. 1999/70/Ce, è stata «fotografata» (o riflessa) nell'ordinamento nazionale attraverso la Cnr presente nell'Accordo quadro recepito dalla Direttiva stessa. Difatti, come già è stato evidenziato in precedenza, la norma introdotta dalla Finanziaria 2006 prevede, in modo evidente, nuove ipotesi di ricorso al contratto a termine «acausali», ossia svincolate dall'*esistenza* e dall'*indicazione* di particolari ragioni datoriali, requisiti entrambi espressamente previsti, invece, dall'art. 1 della legge n. 230/1962 e dalle successive modifiche e integrazioni (salve specifiche eccezioni).

Pertanto, l'organo giudicante, constatato l'abbassamento ingiustificato del livello generale di tutela in violazione della Cnr, vista l'impossibilità di applicare direttamente a un rapporto intercorrente tra privati una clausola della Direttiva (in questo caso,

quella di non regresso), preso atto dell'impossibilità di interpretare la disciplina interna conformemente a quella preesistente «fotografata» dalla Direttiva e, infine, rilevato il conseguente contrasto insanabile fra disciplina interna e Cnr, avrebbe potuto adire, in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234 TCe, la Corte di Giustizia Ce, chiedendo un'interpretazione chiarificatrice della Cnr riguardo al caso specifico, oppure sollevare la questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 558, della Finanziaria 2006, in riferimento agli artt. 11 e 117 della Costituzione.

Va precisato che nulla cambia, in ordine ai poteri dell'organo giudicante, se si esamina il conflitto fra ordinamenti non in termini di contrasto della norma interna *con la Cnr* ma in termini di (eventuale) contrasto della prima *con la normativa comunitaria* in materia di contratto di lavoro a termine (quest'ultimo è l'unico profilo considerato, probabilmente in via ipotetica, dal giudice di Milano, nonché il profilo su cui, dopo una approfondita analisi del contrasto fra norma interna e Cnr, si sposta improvvisamente e su cui sembra fondare la sua decisione il magistrato foggiano). Da una parte, va ribadito, infatti, che il ricorso in una controversia fra privati alla disapplicazione della norma interna per contrasto con una direttiva potrebbe discendere solo dall'*efficacia diretta orizzontale* delle norme direttamente esecutive della direttiva stessa (efficacia che la Corte di Giustizia Ce, come si è avuto modo di illustrare, ha costantemente escluso); dall'altra, va precisato che, se tale conflitto sussistesse – ossia se si ritenesse la norma interna in contrasto con la direttiva in quanto quest'ultima vieta l'introduzione di ipotesi «acausali» di ricorso al Ctd – non vi sarebbero margini per un'interpretazione conforme della disciplina interna (contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale di Milano), in quanto, come già rilevato, l'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, prevede, in modo evidente, ipotesi di ricorso al contratto a termine «acausali» [Peraltro, la sussistenza del conflitto sopra richiamato fra la norma interna introdotta dalla Finanziaria 2006 e la direttiva non è incontrovertibile. Si può dubitare, infatti, che l'art. 1, comma 558, della Finanziaria 2006 – il quale *viola la Cnr* in quanto introduce, per il settore postale, una disciplina peggiorativa rispetto al precedente quadro normativo interno – *sia in contrasto con la restante parte della direttiva* (ossia con le norme della stessa volte a disciplinare direttamente il Ctd). In termini più specifici, seppure sembra, come già rilevato (cfr., ancora, *Adeneler*, cit., punto 74), ricavabile dalla Direttiva n. 1999/70/Ce l'obbligatoria «causalità» del Ctd, non si ritiene di poter escludere che la norma italiana, in quanto si riferisce a un settore specifico e pone limiti temporali e numerici, sia legittima ai sensi del punto 10 delle Considerazioni dell'Accordo quadro attuato con la Direttiva in questione, il quale prevede che gli Stati membri debbano tener conto, nell'introduzione delle misure di tutela, delle «circostanze relative a particolari settori e occupazioni, comprese le attività di tipo stagionale» (v. Trib. Milano, 8 ottobre 2007, Corte d'App. Torino, Sez. lav., 11 ottobre 2007, n. 1103, e Trib. Napoli, 23 ottobre 2007)].

4.2. — *I poteri del giudice in caso di rapporti fra un privato e lo Stato: l'efficacia verticale diretta della Cnr* — Lo scenario cambia decisamente, invece, se si considera che la resistente, Poste Italiane Spa, in quanto «impresa concessionaria di servizi nel settore delle poste» (Art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001), può rientrare nel concetto ampio di «Stato» disegnato dalla Corte di Giustizia Ce, ossia fra quei soggetti contro cui, secondo la descritta impostazione della Corte, può essere fatta valere la norma di

una direttiva «per impedire l'applicazione di qualsiasi disposizione nazionale non conforme [alla stessa]» (Sentenza *Marshall*, cit., punto 56). In caso di rapporti giuridici fra «Stato» e privati, infatti, come è stato evidenziato in precedenza, la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia Ce, secondo il principio dell'efficacia diretta verticale delle clausole *self executing* delle direttive (e quindi anche delle norme interne «riflesse» dalla Cnr), afferma che i giudici dello Stato membro devono provvedere alla disapplicazione della norma interna contrastante con le stesse (e quindi, nei casi di specie, avrebbero dovuto procedere alla disapplicazione dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001).

5. — *Efficacia orizzontale o verticale della Direttiva e casi di specie: la mancanza di un'opzione espressa dei due giudici* — Nelle due sentenze che si commentano, tuttavia, non viene espressamente dichiarato se i magistrati abbiano ragionato in termini di efficacia orizzontale della direttiva o, invece, di efficacia verticale (Anche se in entrambe vengono richiamate – ma in termini assolutamente generali e senza specificare che le medesime si riferiscono solo a controversie fra privati e Stato – sentenze in cui la disapplicazione della norma interna confliggente con quella comunitaria discende, ovviamente, dall'efficacia verticale di quest'ultima: Cass., Sez. trib., 10 dicembre 2002, n. 17564, Corte Cost. 18 aprile 1991, n. 168, in *Riv. dir. fin.*, 1992, 4, p. 89, con nota di M. C. Fregni – probabilmente per un refuso indicata nelle sentenze con la data 18 aprile 2001 –, e Corte di Giustizia Ce 4 luglio 2006, *Adeneler*, cit.).

Il giudice di Milano non affronta affatto, almeno espressamente, la questione della qualificazione giuridica della parte resistente che, come evidenziato, è invece decisiva in relazione alla possibilità di disapplicare la norma interna per contrasto con quella comunitaria (peraltro, come rilevato, tale giudice non considera la questione della Cnr e richiama il tema della disapplicazione della norma interna per contrasto con l'ordinamento comunitario senza chiarire se si tratti di una mera ipotesi ricostruttiva, formulata in via generale, o se, invece, la sua decisione sia fondata sulla disapplicazione stessa).

Il giudice di Foggia si sofferma, per altre ragioni, sulla qualificazione giuridica della parte resistente, ma non sembra ritenerla decisiva in relazione al problema dell'efficacia delle direttive nell'ordinamento interno (o almeno non esplicita tale consapevolezza).

Ciò rilevato, sembra auspicabile che la futura giurisprudenza in materia non precinda dalla decisiva questione dell'efficacia verticale od orizzontale delle direttive comunitarie nell'ordinamento italiano, che, nei termini illustrati, è strettamente connessa alla qualificazione giuridica delle parti in causa.

Marco Lozito  
*Dottorando in Diritto del lavoro  
presso l'Università degli Studi di Bari*

TRIBUNALE ROMA, 7 marzo 2007, n. 6269, Sez. lav. – Est. Delle Donne – V. e altri (avv. Spinosa) c. Acea Spa (avv. Maresca).

**Appalto – Somministrazione di manodopera – Distinzione – Appalto di servizi – Caratteri essenziali della fattispecie – Carenza – Apparato sanzionatorio.**

*Ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/03, l'organizzazione dei mezzi ben può consistere nella sola organizzazione del lavoro senza l'impiego di rilevanti capitali e attrezzature, ma ciò soltanto quando il tipo di opera o di servizio da realizzare siano tali per cui debba ritenersi principale o prevalente l'organizzazione del lavoro rispetto all'impiego di macchinari e attrezzature. (1)*

*Ai fini della genuinità dell'appalto, va distinto il contratto di appalto concernente lavori per i quali sia rilevante l'utilizzo di attrezzature e beni strumentali da quello in cui tale rilevanza non via sia. (2)*

*(Omissis). Motivi della decisione*

La domanda proposta dai ricorrenti merita accoglimento come da dispositivo.

Giova, preliminarmente, una disamina dei fatti per cui è giudizio.

È pacifico che tutti i ricorrenti, quali dipendenti di Cos Communication Services Spa hanno lavorato (in periodi segnatamente indicati nei rispettivi atti introduttivi del giudizio) al cd. Feu – Front End Unico – ufficio che gestiva le chiamate in entrata verso Acea.

Ciò in virtù del «contratto di servizi» stipulato tra Acea e Cos in data 19 gennaio 2004 avente a oggetto il servizio di gestione del trabocco del sistema di fonia per centralino aziendale, 3 linee verdi commerciali, 1 linea verde di segnalazione guasti all'impianto di illuminazione pubblica del Comune di Roma, 1 linea verde di segnalazione di guasti a impianti di illuminazione pubblica in Comuni diversi da Roma e con scadenza al 31 dicembre 2004, poi prorogato fino al 30 settembre 2005. Sostengono i ricorrenti che, stante le modalità con le quali hanno svolto le loro prestazioni in favore di Acea Spa, si è verificata una somministrazione di manodopera a mezzo di soggetto non autorizzato, con conseguente instaurazione di fatto di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con Acea, soggetto utilizzatore, tuttora in essere vista la mancanza di un atto idoneo a risolverlo. Acea, dal canto suo, invocando le nuove disposizioni di cui al d.lgs. n. 276/03 – pacificamente applicabile *ratione temporis* alla fattispecie – ha dedotto la genuinità dell'appalto in quanto: a) la Cos è azienda leader in Italia nella gestione delle attività di *Contact Center* e nell'offerta di servizio di *Customer Relationship*

*Management*; b) l'art. 5 del contratto prevede un corrispettivo fisso e un importo variabile; c) Cos si era impegnata a rispettare un livello di servizio predeterminato fondato su un indice quantitativo e su un indice qualitativo; d) il contratto prevedeva le penali applicabili al fornitore in caso di inosservanza del livello di servizio; e) l'Aceca aveva fornito al personale Cos le necessarie informazioni sulle procedure contrattuali adottate e sull'utilizzo dei sistemi operativi aziendali, mentre le modalità comportamentali e l'organizzazione del lavoro di tali dipendenti apparteneva a Cos, tramite i propri *team leader* che definivano orario di lavoro e i relativi turni, esercitando pure il potere disciplinare e di controllo.

*(Omissis)*

Il legislatore ha innovato la materia con la promulgazione del d.lgs. n. 276/03: contestualmente all'abrogazione della legge n. 1369/60 e all'introduzione della nuova disciplina sulla somministrazione di manodopera (che sostituisce la disciplina del lavoro temporaneo), introduce nell'art. 29 una definizione di appalto finalizzata a fugare ogni dubbio circa la sua distinzione della diversa nozione di interposizione.

Concorda il giudicante con la dottrina prevalente che ha comparato la definizione dettata dall'art. 29 del decreto con quella dell'art. 1655 cod. civ. concludendo che il legislatore delegato si è limitato a esplicitare contenuti che già di per sé dovevano ritenersi desumibili in via interpretativa dal sistema.

Il maggior elemento di novità presente nella nuova nozione è certamente rappresentato dal fatto che l'organizzazione dei mezzi necessari che, insieme alla gestione a proprio rischio, deve caratterizzare l'esecuzione dell'appalto, può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto.

Il legislatore si è allora limitato a recepire i principi cui la giurisprudenza era già pervenuta attraverso l'opera di interpretazione delle norme vigenti: l'appalto può essere genuino anche laddove l'appaltatore di limiti a organizzare l'attività dei propri dipendenti impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio, purché ciò sia consentito dal tipo di opera o servizio e l'appalto sia eseguito dall'appaltatore con piena autonomia gestionale, consistente non nella determinazione delle caratteristiche del prodotto, riservate al committente, ma nella conduzione aziendale, nella direzione del personale, nella scelta delle modalità e dei tempi di lavoro (v. Cass. 29 agosto 2003, n. 12664).

In conclusione, ben può l'organizzazione di mezzi consistere nella sola organizzazione del lavoro senza l'impiego di rilevanti capitali e attrezzature, ma ciò soltanto in quanto il tipo di opera o di servizio da realizzare siano tali per

cui debba ritenersi principale o prevalente l'organizzazione del lavoro rispetto all'impiego di macchinari e attrezzature.

Con la Circolare interpretativa del 15 dicembre 2004, n. 48, relativa al d.m. 21 luglio 2004, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha evidenziato che ai fini della genuinità dell'appalto e nel valutare, a tale fine l'apporto dell'appaltatore, va distinto il contratto di appalto concernente lavori per i quali sia rilevante l'utilizzo di attrezzature e beni strumentali da quello in cui tale rilevanza non vi sia.

In tal caso, devono essere acquisite notizie in ordine al *know how* aziendale o alle elevate professionalità possedute dal personale impiegato nell'ambito dell'appalto, nonché indicazione sulle modalità di esercizio del potere organizzativo e direttivo dei lavoratori.

Ritiene infine il giudicante di dover condividere l'orientamento maggioritario affermato in dottrina con riferimento alla permanenza nel nostro ordinamento dell'appalto illecito: l'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276, prevede in caso di somministrazione di lavoro avvenuta al di fuori delle condizioni dettate dalla normativa, la domanda del lavoratore *ex art.* 414 cod. proc. civ., notificata anche solo al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione.

Con il decreto correttivo n. 251 del 6 ottobre 2004, sono stati aggiunti due commi all'art. 29, d.lgs. n. 276, con previsione espressa che l'appalto posto in essere in violazione dell'art. 29, comma 1, comporta la costituzione, su iniziativa del lavoratore interessato, di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore della prestazione.

Infine, condivide il giudicante il principio affermato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite (26 ottobre 2006, n. 22910): anche dopo l'abrogazione della legge n. 1369/1960 (divieto di interposizione nel rapporto di lavoro) per effetto del d.lgs. n. 276/03, è principio fondamentale del nostro ordinamento che, salve le ipotesi eccezionali introdotte dal legislatore con la nuova normativa in materia di somministrazione di lavoro e di distacco, deve essere ritenuto effettivo datore di lavoro che in concreto utilizza le prestazioni del lavoratore.

(*Omissis*)

Il servizio, da quanto è dato comprendere con tranquillante certezza dalle difese delle parti, consisteva in questo: il Feu risponde direttamente alle chiamate relative a quesiti e questioni semplici che i clienti possono porre telefonando ai numeri indicati e risponde, inoltre, alle chiamate che i centralini delle società operative del Gruppo Acea non riescono a smaltire (cd. picchi od *overflow*) per le questioni più complesse ovvero per guasti alla rete elettrica o idrica.

L'affidamento del servizio di «trabocco» di fonia a Cos significa che Cos doveva gestire le chiamate in *overflow* vale a dire eccedenti il numero di operatori Acea impiegati nel servizio nonché le chiamate in *overtime* cioè quelle in entrata ai detti numeri oltre l'orario di lavoro dei dipendenti Acea (lunedì-giovedì 8,30-16,00; venerdì 8,30-13,30).

A carico del fornitore, poi, è stato posto un livello di servizio fondato su un indice quantitativo, secondo il quale il rapporto percentuale tra conversazioni e chiamate ricevute deve essere uguale o maggiore del 95% nonché su un indice qualitativo del servizio, sicché la percentuale di conversazioni attivate entro 20" dalla chiamata deve essere l'80%.

Sull'attività svolta Cos doveva fornire adeguati *report*, indicando i dati del traffico e livelli di servizio. Il corrispettivo è stato fondato su una stima fatta da Acea a un volume di chiamate annue pari a circa 1.920.000 unità: è stato quindi fissato un corrispettivo invariabile fino alla concorrenza di 1.330.000 conversazioni e un importo fisso per ciascuna conversazione eccedente le 1.330.000 unità.

È infine prevista una penale – per mancato rispetto dei livelli di servizio previsti – pari all'1% del canone mensile per ogni punto di scostamento rispetto ai detti indici.

Nulla è detto in ordine al personale.

Alla luce di tali elementi, così acquisiti non può di certo affermarsi che il servizio appaltato da Acea sia espletabile prevalentemente con mera attività manuale o personale.

Gli specifici mezzi da utilizzare (postazione fisica di lavoro, terminale con applicativo Acea/Nsiu, un telefono) evidenziano che il personale, pur necessario, non è stato individuato con peculiari caratteristiche.

Né viene individuato in alcun modo un *know how* rilevante ai fini della aggiudicazione: la premessa del contratto, riportandosi sostanzialmente alla determinazione aziendale del 16 gennaio 2004, indica in Cos «il *partner* ideale per la transizione (la volontà, infatti, è quella di internalizzare il servizio), in virtù tanto della pregressa collaborazione della condivisione degli obiettivi quanto della qualità del servizio e della concorrenza dei prezzi offerti».

In sostanza, non è dato evincere nella fattispecie un *facere* specialistico in cui il cd. *know how* sia prevalente sulle attrezzature (Trib. Modena, 22 aprile 2004).

Nel caso in esame, risulta *per tabulas* che i mezzi non erano di proprietà – quanto meno in parte – di Cos. Né risulta che Cos abbia sostenuto alcun onere economico-finanziario per l'utilizzo di tali strumenti. Non sono state prodotte, infatti, da Acea le fatture relative al corrispettivo pattuito, nonostante la cadenza mensile prevista dall'art. 13 del contratto. Dunque, non si

comprende in alcun modo quali siano stati i rischi imprenditoriale a carico della Cos se non il mancato pagamento del corrispettivo dovuto da Acea e l'applicazione della penale.

Correttamente i ricorrenti hanno evidenziato che si tratta di rischio comune e non specifico, in quanto già previsto dalla disciplina codicistica.

Piuttosto, l'esclusione del rischio imprenditoriale può desumersi proprio dalla presenza di un corrispettivo fisso fino a concorrenza di un numero di chiamate certo secondo le stime di Acea.

L'alea a carico di Cos è limitata al compenso variabile delle chiamate ulteriori, ma non pare sufficiente allo scopo.

(*Omissis*)

Non è dato poi conoscere l'esistenza di una seria e concreta organizzazione in capo a Cos: non risulta infatti, versata in atti neppure una misura camerale.

Quale sia poi il *know how* di detta azienda non è dato comprendere. Non è certo idoneo a tal fine il solo fatto (v. punto f) p. 3 della memoria Acea) che la società scelta da Acea è attiva da oltre 20 anni, è parte di un gruppo con attività prevalente nel settore dell'informatica e della Itc e fornisce servizi integrati di *Business Process Outsourcing* per aziende private e pubblica amministrazione, ha oltre 13.000 dipendenti in 12 sedi, 5200 postazioni e 210 milioni di fatturato solo in Italia.

Trattasi, si ripete, di circostanze che non trovano riscontro neppure in una misura camerale né tanto meno nelle fatture relative al corrispettivo.

(*Omissis*)

Per gli addetti al *call center* non è dato conoscere alcunché in ordine alla loro professionalità.

Di qui l'irrelevanza della prova testimoniale pure richiesta da parte convenuta.

Peraltro, ulteriori elementi di convincimento in ordine alla carenza di «nesso eziologico» tra il servizio Acea e il *know how* di Cos possono desumersi dal fatto che due delle parti ricorrenti hanno iniziato a lavorare ancor prima dell'operatività dell'appalto con Cos (1° gennaio 2004) quando verosimilmente operava altro fornitore.

Circa le date di inizio della prestazione lavorativa, deve affermarsi che effettivamente parte convenuta non ha formulato una contestazione puntuale (Cass., Ss.Uu., n. 761/02).

(*Omissis*). Alla luce di tali elementi probatori, risulta che di fatto Cos si è limitata a fornire «forza lavoro» ad Acea per lo svolgimento del servizio di trabocco della fonia, senza conferire né capitale, né *know how*, né beni immateriali aventi rilievo preminente nell'economica dell'appalto. Ha avuto quindi solo il compito di gestione amministrativa del rapporto lavorativo (retri-

buzione, assegnazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione mediante eventuali sostituzioni ecc.), senza una reale organizzazione della prestazione finalizzata a un risultato produttivo autonomo (Cass. 29 agosto 2003, n. 12663).

*A tale riguardo assume rilevanza la circostanza dedotta dalla stessa Acea nella memoria difensiva.* Sostiene, infatti, la resistente che oltre ai propri supervisor tecnici con funzioni di assistenza operativa, vi erano due-tre *team leader* di Cos presenti costantemente in azienda per dettare le modalità di espletamento del servizio appaltato e tenere i contatti con i responsabili Acea del servizio.

Non è dato conoscere, però, chi fossero tali figure che, peraltro, Acea ben avrebbe dovuto conoscere atteso che erano «costantemente» presenti: peraltro, dalla corrispondenza per posta elettronica, versata in atti, erano ben individuabili ma, nonostante ciò, Acea non è stata in grado neppure di indicare un nominativo. (*Omissis*)

#### (1-2) APPALTO DI SERVIZI E SOMMINISTRAZIONE DI MANODOPERA

1. — La sentenza si segnala per lo sforzo interpretativo di distinguere tra appalti cd. *labour intensive* e appalti specialistici in cui ciò che rileva è il *know how* dell'impresa appaltatrice. La sentenza mostra altresì come nonostante i numerosi contributi interpretativi della dottrina, appare ancora insidioso il ricorso all'appalto di servizi soprattutto endo-aziendali e come la distinzione tra appalto lecito e somministrazione di lavoro sia in realtà fondata su impalpabili distinzioni.

L'operazione qualificatoria riveste una importanza cruciale se si consideri come l'incertezza del diritto giochi un ruolo fondamentale nella scelta dei modelli organizzativi del lavoro nell'impresa e incida anche sui costi dell'impresa e, in generale, sui costi di transazione (Per tutti rinvio a L. Corazza, «*Contractual integration*» e *rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Padova, 2004, in part. Cap. II., e da ultimo V. Speciale, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. 276/03: proposte di riforma*, in q. *Riv.*, 2006, I, pp. 3 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici).

Basti immaginare, da un lato, la gioia dei lavoratori ricorrenti ai quali è stato riconosciuto giudizialmente il diritto di essere inseriti stabilmente in una solida organizzazione produttiva e, dall'altro, lo sconcerto dell'appaltante-utilizzatore che si è ritrovato da un giorno all'altro con circa 50 lavoratori in più in pianta organica.

È facile capire che l'argomento è estremamente delicato perché si tratta di coniugare la flessibilità dei contratti e la stabilizzazione dei rapporti di lavoro e di garantire un bilanciamento tra efficienza dell'impresa ed equità.

2. — A partire dalla fine del 2003 le imprese hanno a loro disposizione una pluralità di contratti sia per produrre beni o servizi (*make*) all'interno del perimetro aziendale (L'espressione è di R. De Luca Tamajo, *Diritto del lavoro e decentramento pro-*

*duttivo in una prospettiva comparata; scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 6), sia per acquistare all'esterno beni o servizi (*buy*) da integrare nel proprio ciclo produttivo. Le stesse imprese hanno, infatti, la possibilità di demandare all'esterno ciò che tradizionalmente si è fatto o comunque si potrebbe fare all'interno, esternalizzando attività già svolte o trasferendo le stesse a un terzo, il quale può poi fornire al cliente (cedente) tramite un contratto di appalto le stesse attività realizzandole anche all'interno dell'azienda del cliente (cd. *insourcing*).

Ciò comporta una stretta relazione contrattuale tra imprese che può spingersi fino a una sostanziale sovrapposizione tra *insourcer* e fornitore che eroga i servizi all'impresa.

3. — Resta il fatto che nonostante il poderoso intervento normativo sul mercato del lavoro, sono ancora irrisolti i molti problemi che già in passato avevano affaticato dottrina e giurisprudenza nella individuazione dei confini dell'appalto lecito.

Il dialogo a distanza tra dottrina e giurisprudenza su questo tema, vede proprio nel 2003 due sentenze che, come è stato detto, anticipano la riforma (Cass. 22 agosto 2003, n. 12363, e Cass. 29 agosto 2003, n. 12664, entrambe in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 48, con nota di L. Calcaterra, *Interposizione e appalto di servizi: la Cassazione anticipa la riforma*).

Le predette sentenze, patrocinate da un illustre esponente della dottrina giuslavoristica italiana, sono ora citate nella sentenza del Tribunale di Roma.

Questo vuol dire che l'interpretazione della legge, nel caso di specie dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, si fonda ancora sui criteri interpretativi del passato, riferiti alla legge n. 1369/1960 ora abrogata.

Ciò è ulteriormente confermato dall'espresso richiamo del Tribunale alla recente sentenza – assai discussa – delle Ss.Uu. della Corte di Cassazione (Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Dir. rel. ind.*, n. 2/2007, con nota critica di R. Del Punta, *Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto*, e in *Giur. lav.*, n. 45/06, con nota critica di C. Santoro, *Interposizione di manodopera: inammissibilità della responsabilità solidale*, che distingue tra prima e dopo la riforma del 2003; in q. *Riv.*, n. 2/07, p. 33, con nota critica di Mannino, *Sull'interposizione di manodopera: l'epilogo sulla responsabilità dell'interposto*, e adesiva di A. Raffi, *Le Sezioni Unite e la responsabilità dell'interposto in caso di illegittimo appalto di manodopera*; in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2/2007, II, p. 291, con nota di F. Paternò, *Interposizione illecita e titolarità della responsabilità datoriale*, in *Lav. giur.*, 3/2007, p. 271, con nota di L. Ratti, *Interposizione illecita e responsabilità solidale del datore di lavoro interposto*).

Questo metodo appare corretto, considerato che come afferma la dottrina quasi all'unanimità, il divieto di interposizione non è affatto scomparso dal nostro ordinamento, a patto però che non si interpreti la nuova legge con lo strumentario della vecchia legge n. 1369/1960 perché sono cambiati gli indici legali attraverso i quali è possibile accertare che un contratto di appalto dissimuli una interposizione di manodopera [Per un raffronto tra la precedente e la nuova disciplina sia consentito rinviare a L. Valente, voce *Appalto* (Diritto del lavoro), in *DDP Com*, 2007, 48].

4. — La questione interpretativa appare complicata dalla nuova definizione legale di appalto contenuta nell'art. 29, comma 1, secondo il quale, l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore per realizzare l'opera o il servizio può *anche* risul-

tare, in relazione alle *esigenze dell'opera o del servizio* dedotti in contratto, dall'esercizio del potere direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto nonché per l'assunzione da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa.

Ciò significa che «l'organizzazione dei mezzi» può riguardare non solo i beni e gli strumenti materiali necessari alla realizzazione dell'opera o del servizio ma *anche* il cd. *know how* (sia esso tecnologico, commerciale, finanziario o strategico). La stessa «organizzazione dei mezzi» può altresì risultare dalla direzione e dal coordinamento dei dipendenti se l'appalto sia *labour intensive* nel qual caso l'oggetto dell'appalto consiste nel prestare o far prestare personalmente il servizio (ad esempio, appalto di pulizie, vigilanza, assistenza a eventi o congressi, assistenza *catering*, organizzazione di viaggi o tempo libero, servizio di recapito espresso e posta privata, servizi aziendali di consulenza, pubblicità, custodia, *call center* ecc.). Trattasi di appalti di servizi o prestazioni di una certa utilità, aventi a oggetto prestazioni continuative o periodiche ai sensi dell'art. 1677 cod. civ. finalizzate a un risultato produttivo autonomo.

5. — Il problema sembra complicarsi in momento in cui, abrogata la legge sul divieto di interposizione di manodopera, nel nostro ordinamento viene introdotto lo *staff leasing*. Tale nuova tipologia contrattuale consente a un imprenditore di utilizzare lavoratori subordinati a tempo indeterminato in tutte le attività di lavoro indicate dall'art. 20 — e tra queste c'è pure il *call center* (art. 20, comma 3, lett. g) — e in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali o territoriali. Come è stato detto efficacemente, lo *staff leasing* spacca la nota formula alle dipendenze e sotto la direzione del datore di lavoro (art. 2094 cod. civ.) (G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori*, Torino, 2004, p. 193), realizzando un evidentissimo effetto sostitutivo del lavoro subordinato.

A tale riguardo, vi è chi criticamente preconizza una fabbrica perfettamente produttiva ma senza lavoratori alle proprie dipendenze [P. Alleva, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 168, «il che significa poi, senza rivendicazioni e sindacati con cui doversi confrontare, senza contratti collettivi aziendali (e forse nazionali) da stipulare e osservare, senza oneri derivanti da malattie e altre sopravvenienze, senza responsabilità per infortuni, senza vincoli sostanziali e procedurali in caso di ristrutturazioni e licenziamenti collettivi, senza controversie disciplinari e così via»].

Tali considerazioni non sembrano superate dalla abrogazione dello *staff leasing* (art. 1, comma 46, legge 24 dicembre 2007, n. 247) che, riteniamo, comporterà un ulteriore successo degli appalti, soprattutto endo-aziendali, i quali possono garantire, per il loro facile accesso, maggiori risparmi sul costo del lavoro.

E, infatti, anche se i lavoratori somministrati non si computano nell'organico dell'utilizzatore (art. 22, comma 5), resta il fatto che il lavoro somministrato costa di più del lavoro eseguito mediante un contratto d'appalto non foss'altro per gli oneri aggiuntivi che ricadono sulle agenzie (ad esempio, per l'autorizzazione e l'iscrizione all'albo) e per il principio di parità di trattamento tra lavoratori somministrati e lavoratori dipendenti dall'utilizzatore [Sui problemi di coordinamento tra l'abrogazione dell'art. 3, legge n. 1369/60, l'art. 43 del Trattato Cee sulla libertà di stabilimento e l'art. 3 del d.lgs. n. 72/2000, cfr., da ultimo, P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazione lavorative (sommministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in P.

Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, 2006, p. 109, il quale ipotizza una distorsione della concorrenza fondata sulla nazionalità, perciò discriminatoria e, nel contempo un contrasto con gli obblighi comunitari in quanto la Direttiva n. 96/71/Ce prescrive la regola paritaria].

All'opposto, la nuova disciplina dell'appalto (art. 29) non contempla più questo principio sancito in passato, per gli appalti genuini interni al ciclo produttivo dell'impresa committente. Questo però non significa che la materia del trattamento economico degli ausiliari dell'appaltatore sia deregolamentata, perché è sancita la coobbligazione solidale tra appaltante e appaltatore per i crediti retributivi e previdenziali recentemente estesa anche ai crediti derivanti dal sistema fiscale e antinfortunistico (Si veda legge 4 agosto 2006, n. 248, di conversione del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, e art. 1, comma 910, legge 27 dicembre 2006, n. 296; per un commento si veda P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla finanziaria 2007*, in *Lav. giur.*, n. 5/2007, p. 467, cui si rinvia anche per la soluzione proposta ai problemi di coordinamento tra la legge Bersani e la legge finanziaria per il 2007. Ma si veda anche G. Falasca, *Con la finanziaria cambia ancora la disciplina degli appalti*, in *Glav*, n. 4/07, p. 39).

6. — A ciò si aggiunga che la somministrazione di lavoro soggiace a una fitta rete di regole che, viceversa, non interessano l'appaltatore il quale per converso, può oggi limitarsi a esercitare il «potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto» (art. 29). In questo contesto, la disciplina legale degli appalti, svolge un ruolo centrale perché, come è stato osservato, le due tipologie contrattuali sono in realtà in concorrenza tra loro in quanto la prima risulta di gran lunga più conveniente perché l'appalto consentirebbe di ridurre il costo del lavoro e, a seconda delle dimensioni delle imprese, le tutele legate allo statuto protettivo del lavoratore subordinato (ad esempio, applicazione del contratto collettivo, rappresentanze aziendali, art. 18 Stat. lav., legge n. 626/96 e succ. mod. ecc.) [M. Tiraboschi, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276. *Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Milano, 2004, p. 208, il quale peraltro fa notare, quasi per compensare lo squilibrio tra le due discipline, come il ricorso alla somministrazione sia incentivato dal fatto che le agenzie di somministrazione siano esentate dagli oneri procedurali per i licenziamenti collettivi, dall'obbligo di riserva per i portatori di *handicap* nonché, per l'utilizzatore, dal mancato computo dei lavoratori somministrati. Si veda anche P. Ichino, *Somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, p. 258, il quale però introduce una ulteriore distinzione ritenendo che ricorrerà all'appalto il committente di grandi dimensioni che corrisponde ai propri dipendenti premi di produzione o retribuzioni superiori rispetto ai minimi; mentre il committente ricorre alla somministrazione se è una impresa di piccole dimensioni con livelli retributivi vicini agli *standard* minimi e con una soglia dimensionali prossima alle 15 unità].

La concorrenza tra i due istituti, rischia inoltre di innestare una concorrenza al ribasso dei trattamenti del lavoro dipendente, piuttosto che la specializzazione dell'apparato produttivo (P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni...*, cit., p. 107. Parla di

concorrenza al ribasso tra le forma di esternalizzazione introdotte dal d.lgs. n. 276/03 anche M. T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, in M. T. Carinci, C. Cester, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Milano, 2004, p. 35).

7. — Riteniamo tuttavia che soltanto quando l'appalto sia eseguito con esigui mezzi materiali, ai fini della concreta sussistenza della organizzazione e, dunque, della liceità dell'appalto, sembra sufficiente che l'appaltatore possa esercitare il potere direttivo sui lavoratori da esso assunti e retribuiti. Ciò in quanto, diversamente dalla norma dell'art. 1655 cod. civ., secondo la quale l'appaltatore per potersi qualificare come tale deve essere in grado di disporre di una organizzazione propria di mezzi (D. Rubino, G. Iudica, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 18) nell'ambito dell'appalto di servizi endo-aziendali disciplinati ora dall'art. 29, può essere carente una struttura materiale ed è possibile che l'organizzazione e la gestione dell'appaltatore si concentrino o addirittura si esauriscano nel coordinamento, direzione e controllo dei lavoratori assunti per l'esecuzione del contratto di appalto.

Negli appalti cd. smaterializzati o dematerializzati il potere di direzione della manodopera sembra acquisire un autonomo significato qualificatorio della fattispecie, rimanendo diversamente necessario nel caso di appalto ad alta densità di capitale, che i mezzi siano forniti e organizzati dall'appaltatore non bastando in tal caso a escludere l'illecito, l'esercizio del potere direttivo da parte di quest'ultimo [A. Maresca, *Commento all'art. 32 – Modifica all'art. 2112, comma quinto, codice civile*, 2004, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., e pp. 384-385, ritiene che la norma dell'art. 29, comma 1, confermerebbe che oggetto del trasferimento d'azienda o di una sua parte possa essere costituito da lavoratori organizzati per l'esecuzione di un'opera o un servizio. Così anche V. Speciale, *Appalti e trasferimento d'azienda*, in D. Garofalo, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006, p. 542, ma sulla base di una interpretazione orientata al diritto comunitario].

Sembra tuttavia che anche negli appalti leggeri, come quello in esame, l'esercizio del potere direttivo non possa essere dissociato dal potere organizzativo che deve comunque emergere in relazione alle «esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto» in vista della realizzazione di un risultato produttivo autonomo.

8. — A tale riguardo, appare condivisibile l'opinione di chi sostiene che il solo potere direttivo e di controllo dell'utilizzatore, sia un elemento alquanto fragile per distinguere l'appalto lecito dalla somministrazione e suggerisce il ricorso alla certificazione [M. Magnani, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in M. Magnani, A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi, n. 276/03 e 251/2004*, Torino, 2005, p. 292. Proprio al tal fine, si rivalutano i codici di buone pratiche e gli indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino che, come è noto, dovrebbero essere adottati con decreto del Ministro del lavoro, anche con l'ausilio delle associazioni di categoria].

Il pericolo concreto – e il caso in esame ne è un esempio – è che l'appalto possa essere considerato non genuino soprattutto negli appalti di servizi endo-azienda-

li che richiedono solo lavoro o anche lavoro applicato alla organizzazione produttiva del committente, per i quali è richiesta, come unica condizione di liceità, che il lavoro sia diretto dall'appaltatore senza interferenze del committente nei confronti dei lavoratori stessi, sotto forma di direttive e controlli (P. Alleva, *La nuova disciplina degli appalti*, cit., p. 168, il quale aggiunge, «il che, però, non significherebbe, per altro verso, impossibilità di impartire direttive, anche molto stringenti, allo stesso appaltatore, il quale, di fatto, si incaricherebbe di trasmetterle, poi, ai lavoratori»). Se così fosse, l'appaltatore non sopporta alcun rischio se non quello di selezionare e assumere formalmente la manodopera. Il che dovrebbe portare all'accertamento di una somministrazione irregolare (art. 27).

9. — Prima di entrare nel dettaglio, vale la pena sottolineare che il Tribunale appare ben consapevole degli orientamenti della dottrina divisa tra una interpretazione della norma incentrata sull'esercizio del potere direttivo e una interpretazione che mette al centro l'organizzazione, sia essa materiale o immateriale, che non può essere disgiunta dal rischio d'impresa. A dire il vero l'elemento della gestione a proprio rischio, sempre essenziale sul piano teorico e sovente menzionato nelle motivazioni delle sentenze, secondo un Autore (P. Ichino, *Il lavoro e i confini dell'impresa*, cit., pp. 249-250) è ritenuto di fatto nella quasi totalità dei casi poco o nulla utilizzabile quale criterio di qualificazione della fattispecie concreta, per la facilità della simulazione in proposito e la difficoltà di dimostrarla; ne consegue che una sicura imputazione giuridica del rischio gestionale è possibile per lo più soltanto all'esito dell'operazione qualificatoria e non prima.

10. — Fatta questa lunga premessa, leggendo la sentenza colpisce la carenza probatoria cui è incorsa la convenuta su punti decisivi della controversia.

La convenuta deduce che l'appaltatore è una società il cui *business* consiste nell'offerta di servizi. Nel contratto si indica in Cos «il *partner* ideale per la transizione (la volontà, è quella di internalizzare il servizio) in virtù tanto della pregressa collaborazione e della condivisione degli obiettivi quanto della qualità del servizio e della concorrenzialità dei prezzi offerti». Ciò induce a ritenere che l'appalto ha a oggetto un servizio concentrato sulle competenze specialistiche dell'appaltatore (cd. *know how*).

Si legge che trattasi di una società attiva da 20 anni, parte di un gruppo con attività prevalente nel settore dell'informatica e della Ict che fornisce servizi integrati di *Business Process Outsourcing* (Bpo) per aziende private e pubbliche, con circa 13.000 dipendenti e 5.200 postazioni e 210 milioni di fatturato solo in Italia.

Una società dunque che offre una gamma di servizi modulari, integrabili, con soluzioni personalizzate in funzione delle diverse esigenze. Ciò dovrebbe garantire al cliente benefici economici (riduzione dei costi di *start up* e gestione dei servizi), efficacia e flessibilità grazie a modelli di *partnership* fortemente orientati alla soddisfazione del cliente, alla condivisione dei risultati di *business* e a *standard* di eccellenza riconosciuti dal mercato nella progettazione e gestione dei servizi.

Tuttavia, a quanto si legge nella sentenza, la società Acea non offre alcuna prova della capacità di Cos di fornire i servizi indicati nel contratto aventi a oggetto un *know how* specialistico dell'appaltatore. Questo, però, non può essere identificato

nel far lavorare persone al posto di altre che potrebbero essere assunte direttamente dal committente.

11. — Di qui la decisione del Tribunale, di considerare il contratto di appalto una somministrazione irregolare di manodopera fornita da una società non autorizzata (art. 4) con conseguente applicazione del regime sanzionatorio previsto per la somministrazione irregolare (art. 27) vale a dire la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore.

Il Tribunale valutate le allegazioni di parte ricorrente e, soprattutto, le mancate deduzioni e le mancate contestazioni di parte convenuta ritiene, a nostro avviso correttamente, che mancano nel caso di specie entrambi i requisiti che qualificano l'appalto lecito e consentono di distinguerlo dalla somministrazione: vale a dire l'organizzazione e il rischio d'impresa.

Quanto al requisito dell'organizzazione, il Tribunale opera un corretto distinguo tra appalti di servizi cd. *labour intensive* e appalti aventi a oggetto la *know how* aziendale dell'appaltatore.

La differenza sta nel fatto che nel primo tipo di appalto, l'organizzazione dei mezzi necessari consiste nella sola organizzazione del lavoro senza l'impiego di capitali e attrezzature *rilevanti*. In questo caso l'organizzazione del fattore lavoro e, quindi, la gestione del personale può ritenersi esclusiva o prevalente rispetto all'impiego di macchine e attrezzature. Insomma l'appalto può essere genuino o lecito, anche se l'appaltatore si limiti alla direzione e al controllo del personale e alla scelta delle modalità e dei tempi di lavoro.

Viceversa, l'appalto concernente lavori specialistici per i quali può risultare non rilevante l'utilizzo di attrezzature o di beni strumentali, come l'appalto in esame, incentrato sul *know how* aziendale (nel caso di specie Bpo: *Business Process Outsourcing*) può essere caratterizzato anche dalle elevate professionalità possedute dal personale impiegato nell'ambito dell'appalto. Ciò peraltro non esclude che il potere organizzativo e direttivo dei lavoratori sia in capo all'appaltatore, restando sul committente soltanto un potere di verifica e controllo sullo svolgimento dell'opera (art. 1662 cod. civ.).

12. — Sulla base delle premesse indicazioni, il Tribunale in ragione delle allegazioni delle parti, giunge alla conclusione che «... non può certo affermarsi che il servizio appaltato da Acea sia espletabile prevalentemente con mera attività manuale o personale».

Esso costituisce pertanto – a detta del Tribunale – un appalto che richiede un apporto di mezzi, materiali o immateriali, dell'appaltatore.

In sostanza, secondo il Tribunale, la gestione (meglio: la cogestione) del servizio di *call center* (che è tipicamente un servizio di assistenza all'utenza di supporto alla organizzazione del cliente) è l'oggetto di un appalto che necessita di un determinato *know how*, ritenuto carente nel caso di specie. In altre parole, la società appaltante avrebbe dovuto dimostrare di essersi affidata a una società esterna il cui *core business* è costituito dalla *tecnica telefonica* con un *know how* consolidato in anni di attività.

All'opposto, osserva il Tribunale che nella gestione dell'appalto «non vi era spazio di manovra nell'organizzazione del ciclo produttivo» ciò in quanto «la società Cos – che gestiva il servizio – doveva limitarsi a garantire un numero di operatori idoneo a

consentire l'effettivo espletamento del servizio nei giorni e negli orari già indicati da Acea». A ciò si aggiunge che il servizio veniva reso in parte promiscuamente da operatori Acea (che ammette di averne utilizzati fino a 26 oltre a 5 supervisor) e da operatori Cos nei giorni e nelle fasce orarie di servizio dei dipendenti Acea. In buona sostanza l'appalto serviva all'Acea per garantirsi personale aggiuntivo al personale già in forza in azienda.

È emerso, inoltre, che «la gestione del personale si limitava esclusivamente alla determinazione dei turni di lavoro» e che «gli specifici mezzi da utilizzare (postazione fisica di lavoro, terminale con applicativo Acea/Nsiu, un telefono) evidenziano che il personale, [...] non è stato individuato con particolari caratteristiche [...] né viene individuato in alcun modo un *know how* rilevante ai fini della aggiudicazione».

Inoltre «... non è dato evincere nella fattispecie un *facere* specialistico in cui il *know how* sia prevalente sulle attrezzature...».

13. — Discutibile appare invece l'eccessivo risalto dato dal Tribunale alla circostanza che risulta *per tabulas* che i mezzi non erano di proprietà – quanto meno in parte – di Cos né «risulta che Cos abbia sostenuto alcun onere economico-finanziario per l'utilizzo di tali strumenti».

Ciò in quanto è venuta meno la presunzione di cui all'art. 1, comma 3, della legge n. 1369, cit. Il che porta a ritenere l'irrilevanza della circostanza soprattutto in appalti «tecnologici» o specialistici dove le conoscenze prevalgono sugli strumenti applicativi.

Ben più importante, ma ai fini della autonomia organizzativa dell'appaltatore, è la circostanza che non sono state prodotte le fatture relative al corrispettivo pattuito né «si comprende in alcun modo quali siano stati i rischi imprenditoriali a carico della Cos se non il mancato pagamento del corrispettivo dovuto da Acea e l'applicazione della penale contrattualmente prevista».

Anche questo punto desta una riflessione. Se nel contratto fosse scritto che l'appaltante *non* eroga il corrispettivo se non viene raggiunta una certa percentuale di chiamate o, per converso, se non viene garantito un certo tipo di servizio, a noi sembra che l'elemento del rischio sia sufficientemente delineato.

Viceversa se la clausola sul corrispettivo, sta a significare che le parti hanno pattuito l'invarianza del corrispettivo – come ritiene il Tribunale – allora il rischio non esiste.

Resta il fatto che la convenuta, a quanto consta, ha dedotto che trattasi di appalto specialistico ma non ha provato quale fosse il valore aggiunto del servizio prestatto da Cos posto che come rileva il Tribunale non è stata prodotta neppure una visura camerale che avrebbe potuto fornire notizie utili sull'assetto societario, la consistenza aziendale, il numero dei dipendenti e delle sedi della appaltatrice. Né sono stati prodotti documenti idonei a comprovare il fatturato della appaltatrice o i suoi collegamenti con altre società del gruppo. Infine non sono state prodotte neppure le fatture relative al corrispettivo erogato in circa due anni di attività.

Sempre con riferimento al *know how* aziendale risulta che i lavoratori forniti da Cos, non erano qualificati tanto che risulterebbe che è stata l'appaltante Acea a tenere alcuni corsi di formazione per i dipendenti della appaltatrice da adibire al servizio. Risulta inoltre che i corsi sono stati tenuti da dirigenti Acea e che quest'ultima ha fornito il materiale didattico. A ciò si aggiunga che, in parte, il servizio veniva reso pro-

miscuamente da operatori Acea e da operatori Cos e che le fasce di erogazione dei servizi sono state dettate dal committente in maniera puntuale nel contratto di appalto.

14. — Alla luce di siffatti elementi probatori, il Tribunale ha ritenuto che Cos si è limitata a fornire forza lavoro per lo svolgimento di un appalto senza conferire né capitali, né *know-how*, né beni immateriali aventi rilievo preminente nell'economia dell'appalto.

La sentenza, tuttavia, potrebbe essere riformata se la società appaltante (utilizzatrice) riuscisse a dimostrare che oggetto dell'appalto non è un servizio endo-aziendale che richiede un particolare *know how* ma trattasi dell'espletamento di un servizio che può essere fornito mediante l'organizzazione della forza lavoro perché trattasi di un appalto che necessita di un esiguo apporto di strumenti o attrezzature. Del resto, se non si vuole svuotare la riforma di ogni contenuto innovativo rispetto al passato, deve ammettersi che l'organizzazione dei mezzi – requisito ineliminabile della fattispecie – possa consistere nella sola organizzazione del lavoro senza l'impiego di rilevanti capitali e attrezzature, ma ciò soltanto quando l'opera o il servizio da realizzare o fornire siano tali per cui debba ritenersi *principale* o *prevalente* l'organizzazione del lavoro rispetto all'impiego di macchine o attrezzature. In tal caso il carattere imprenditoriale della prestazione, può dirsi sussistente anche soltanto in relazione alla concreta ed effettiva gestione delle risorse umane.

Tuttavia, quand'anche tale prova dovesse riuscire, ma non si vede come, stante le note preclusioni del processo del lavoro, con riferimento alla organizzazione dei lavoratori la convenuta Acea sostiene che oltre ai propri supervisori tecnici con funzioni di assistenza operativa, vi erano «due-tre *team leader* di Cos presenti costantemente in azienda per dettare le modalità operative di espletamento del servizio appaltato e tenere i contatti con i responsabili Acea del servizio». Resta il fatto che non è dato conoscere chi fossero tali figure che, come osserva il Tribunale, Acea avrebbe dovuto conoscere atteso che erano «costantemente presenti».

A ciò si aggiunga che – come si legge nella sentenza – dalla corrispondenza per posta elettronica versata in atti erano in via di principio individuabili i suddetti supervisori, ma Acea non è stata in grado di indicare neppure un nominativo.

Insomma anche sull'effettivo esercizio del potere direttivo e di controllo vi sono delle carenze difficilmente colmabili.

Ciò lascia intendere che Cos avrebbe svolto il ruolo di *nudus minister* di Acea la quale in realtà ha utilizzato e diretto il personale somministrato da Cos e da questa assunto e retribuito, ma al di fuori dei limiti sanciti, in via eccezionale, dalla legge in tema di somministrazione di manodopera.

15. — In conclusione, si può dire che occorre prendere atto della crescente necessità dell'impresa di uscire fuori dai rigidi schemi introdotti dal d.lgs. n. 276/03 che consentono oggi di utilizzare manodopera a tempo indeterminato al di fuori della regola dell'art. 2094 cod. civ.

Ciò vale non solo per la fornitura di manodopera, ma anche per il lavoro a progetto.

Anzi proprio in considerazione dell'apparato sanzionatorio che accompagna le nuove tipologie contrattuali del lavoro somministrato e del lavoro a progetto, appare

fin troppo chiara la convenienza di ricorrere all'appalto, recentemente riformato proprio per renderlo più oneroso sul piano delle responsabilità.

In questo panorama, sarebbe auspicabile incentivare la certificazione che può concretamente fornire un contributo alla lotta alle pratiche elusive.

A tale riguardo la sentenza del Tribunale di Roma, se dovesse essere confermata, offrirebbe un valido punto di partenza nella redazione dei codici di buone pratiche da parte del Ministro del lavoro chiamato dalla cd. legge Biagi a dare un contributo chiarificatore non soltanto agli organi di certificazione ma anche agli operatori del diritto e, prima ancora, agli imprenditori che sarebbero facilitati nella individuazione *ex ante* degli elementi distintivi tra appalto lecito e interposizione (cfr. art. 84).

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

TRIBUNALE PADOVA, 5 febbraio 2007, Sez. lav. – Est. Campo – Bu. Lu. e altri (avv. Moro) c. Tim Italia Spa (avv.ti Maresca, Romei e Boccia).

**Trasferimento d'azienda – Nozione di «articolazione funzionalmente autonoma» – Art. 32, d.lgs. n. 276/2003 – Soppressione requisito preesistenza – Perdurante vigenza del requisito dell'autonomia funzionale – Autonomia funzionale: necessità di valutazione oggettiva – Conseguenza: indisponibilità della nozione da parte dei soggetti imprenditoriali protagonisti della vicenda circolatoria aziendale.**

*Il superamento del requisito della preesistenza del ramo d'azienda oggetto di trasferimento ex art. 2112 cod. civ. da parte dell'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 (cd. legge Biagi) non comporta di per sé e automaticamente quello del requisito della strutturazione autonoma del ramo d'azienda e della sua funzionalizzazione alla produzione di beni e servizi, secondo la nozione di «piccola azienda» fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità: in questa prospettiva deve escludersi la possibilità di ritenere sussistente la fattispecie del ramo d'azienda tutte le volte in cui manchi il nesso funzionale tra gli elementi strutturali che lo compongono, dovendo escludersi che tale nozione dipenda da una autonoma deliberazione dei contraenti il negozio traslativo, dal momento che tale requisito deve essere oggettivamente valutabile (nella fattispecie la resistente aveva ceduto un proprio segmento produttivo in cui aveva fatto confluire svariati ed eterogenei servizi – cd. servizi generali – comprendenti la gestione immobiliare, la pulizia, la vigilanza, la reception, la manutenzione delle centrali telefoniche, il noleggio delle apparecchiature, la gestione delle aree verdi; il Tribunale di Padova ha accertato che tra i suddetti elementi non vi era alcun nesso funzionale e ne ha conseguentemente dedotto l'inapplicabilità dell'art. 2112 cod. civ.). (1)*

(Omissis)

*Svolgimento del processo*

Con ricorso depositato il 20 dicembre 2004, i ricorrenti indicati in epigrafe hanno dedotto di avere tutti lavorato alle dipendenze di Tim Telecom Italia Mobile Spa; che con identiche comunicazioni del 15/28 maggio 2003, Tim Spa comunicava loro che con decorrenza dal 1° giugno 2003 essi avrebbero operato nell'ambito di *Facility Management* Nord-Est; che la costituzione di questo reparto era strumentale alla cessione di ramo di azienda a Emsa Servizi Spa, verificatasi successivamente e comunicata dalla datrice di lavoro con lettera del 1° dicembre 2003, contestuale alla comunicazione di Emsa, con cui questa società informava i ricorrenti della prosecuzione del rapporto alle sue dipendenze; che, con lettera 15 gennaio 2004, essi ricorrenti impugnavano il licenziamento intimato da Tim, ribadendo il proprio

dissenso alla cessione dei contratti di lavoro; che con decorrenza dal 1° novembre 2004 essi, a eccezione della signora T., erano stati ceduti a M.P. Facility, società iscritta nel registro delle imprese appena due mesi prima della cessione, priva di locali e organizzazione e di sede aziendale; che, anche in occasione delle successive informazioni rese alle Oo.Ss., mancava una esatta individuazione dei beni oggetto del trasferimento; che, in particolare, tutte le mansioni svolte dai ricorrenti continuavano a essere svolte presso Tim; che i trasferimenti presso la nuova unità operativa erano avvenuti in assenza dei presupposti di cui all'art. 2103 cod. civ.; che il trasferimento del ramo di azienda doveva considerarsi illegittimo per la mancanza del requisito della preesistenza oggettiva del ramo d'azienda ceduto; che il reparto o segmento produttivo ceduto non possedeva alcuna autonomia funzionale, in violazione dell'art. 2112 cod. civ.; che il successivo appalto di servizi stipulato dalla impresa cedente e da quella cessionaria non costituiva trasferimento d'azienda; che nel caso in esame si era verificata una illecita interposizione nei rapporti di lavoro; che il trasferimento dei rapporti di lavoro non poteva avvenire senza il consenso dei lavoratori interessati; che il contratto di cessione d'azienda risultava nullo per frode alla legge e per simulazione. Ha quindi formulato le conclusioni riportate in epigrafe.

Tim Telecom Italia Mobile Spa si è costituita in giudizio contestando la fondatezza delle domande. Ha dedotto che nell'agosto del 2002 diede vita a una riorganizzazione del servizio acquisti e dei servizi generali, costituendo la struttura *Facility Management*, ristrutturata nell'agosto del 2003, per lo svolgimento della attività di supporto e di gestione degli immobili; che il trasferimento del ramo di azienda aveva riguardato l'insieme dei beni mobili e immobili, materiali e immateriali che componevano il ramo trasferito; che il 29 novembre 2003 era intervenuto un accordo con Enmsa per la gestione del patrimonio immobiliare della resistente; che il passaggio a questa struttura della ricorrente L. era avvenuto su richiesta della stessa, mentre la scelta degli altri ricorrenti aveva tenuto conto di criteri oggettivi in relazione alle mansioni svolte; che non sussisteva alcun interesse ad agire dei ricorrenti, che non avevano subito alcun pregiudizio dal trasferimento del ramo d'azienda; che l'oggetto del trasferimento era correttamente descritto nel contratto di cessione e riguardava una struttura preesistente al trasferimento; che la società acquirente era dotata di propria struttura e di proprio organico; che il rapporto tra le due società aveva a oggetto la fornitura di servizi; che non era necessario il consenso dei lavoratori ceduti. Ha quindi chiesto il rigetto delle domande.

La causa è stata istruita sulla base dei documenti prodotti dalle parti e delle prove testimoniali richieste dalle stesse ed è stata decisa con lettura del dispositivo all'udienza del 1° dicembre 2006.

*Motivi della decisione*

Preliminarmente, deve essere dichiarata la cessazione della materia del contendere relativamente alle domande proposte dai signori B. e L., che hanno conciliato la lite con verbale di conciliazione sindacale.

La presente decisione riguarderà pertanto le domande svolte dai signori V. e T.

La vicenda va inquadrata nell'ambito della disciplina del trasferimento di azienda e, come nella specie, di una sua articolazione riconducibile alla nozione di ramo d'azienda.

L'esame del contratto stipulato il 29 novembre 2003 da Telecom Italia Mobile Spa ed Emsa Servizi Spa ha avuto infatti a oggetto una serie non omogenea di servizi prima gestiti dalla società alienante, facenti capo al settore denominato Segreteria Affari Generali, poi trasfusi nella unità *Facility Management*, a cui anche i ricorrenti vennero addetti alcuni mesi prima del trasferimento di ramo d'azienda.

Come è emerso dalle deposizioni testimoniali acquisite nel corso del giudizio, la nuova struttura *Facility Management* corrispondeva al vecchio ufficio Affari Generali e si occupava di una serie eterogenea di compiti di carattere amministrativo, diretti alla gestione degli immobili aziendali e del personale. L'unica differenza tra le due strutture è stata indicata nei servizi relativi alle funzioni giudiziarie e delle sim-card aziendali, che vennero scorporate da *Facility Management*.

L'eterogeneità delle funzioni facenti capo a questo ufficio emerge non solo dalle prove testimoniali, che hanno confermato gli assunti contenuti nel ricorso circa i compiti svolti dal personale di questo ufficio come descritti nel capitolo 31 del ricorso, ma anche dai documenti allegati al contratto di trasferimento di ramo d'azienda, dove le funzioni trasferite a Emsa Servizi risultano consistere in svariati servizi, comprendenti la gestione immobiliare, la pulizia, la vigilanza, la *reception*, la manutenzione delle centrali telefoniche, il *move in*, il noleggio di apparecchiature, la gestione delle aree verdi.

Si tratta di dati pacificamente dimostrati dalle prove testimoniali e, particolarmente, da quelle documentali, con specifico riferimento agli allegati facenti parte del contratto di trasferimento del ramo d'azienda, che integrano il contratto proprio nella individuazione dei beni e servizi che ne sono oggetto.

Peraltro, le prove testimoniali e documentali acquisite non consentono di ritenere dimostrata l'esistenza di un nesso organizzativo, funzionale ed economico tra i diversi servizi oggetto della struttura *Facility Management*, funzionale allo svolgimento di una attività diretta alla produzione di beni o servizi unitariamente considerata.

Si tratta a questo punto di stabilire se una situazione di fatto così caratterizzata possa rientrare nella previsione di cui all'art. 2112 cod. civ., nella formulazione introdotta dall'art. 32, d.lgs. n. 276/2003.

In proposito va considerato che prima della entrata in vigore della norma da ultimo richiamata, l'orientamento della giurisprudenza di merito, e di legittimità era nel senso di escludere dalla applicazione dell'art. 2112 cod. civ. i fenomeni di esternalizzazione di servizi che non si configurassero come una realtà organizzativa riconducibile alla nozione di unità produttiva, secondo una nozione aziendalistica del ramo d'azienda.

In base a questa nozione, infatti, il ramo d'azienda è caratterizzato dalla autonomia organizzativa idonea al perseguimento dei fini dell'impresa, dovendo presentarsi come entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica, funzionalizzata allo svolgimento di una attività volta alla produzione di beni e di servizi (cfr. Cass. n. 20012/2005; Cass. n. 13068/2005).

In questa prospettiva, il trasferimento ad altro imprenditore di un complesso di servizi non caratterizzati da questi requisiti, e il caso tipico, specificamente esaminato dall'ultima delle due sentenze della S.C. richiamate, è proprio quello del trasferimento dei cosiddetti «servizi generali», inteso come ufficio comprendente una serie variegata e non unitaria di compiti, non rientra nella nozione di trasferimento d'azienda di cui all'art. 2112 cod. civ., ma costituisce una mera cessione di contratti di lavoro che richiede, per il suo perfezionamento, il consenso dei lavoratori ceduti (cfr. Cass. n. 17207/2002; Cass. n. 14691/2001).

Prima della entrata in vigore dell'art. 32, d.lgs. n. 276/2003, e nella vigenza dell'art. 2112 cod. civ. come modificato dal d.lgs. n. 18/2001, tali principi tenevano conto dell'ulteriore requisito della fattispecie legale di cui all'art. 2112 cod. civ., costituito dalla necessità della preesistenza dell'autonomia organizzativa ed economica e della funzionalizzazione della struttura allo svolgimento di una attività produttiva di beni o servizi rispetto alla cessione del ramo d'azienda. In sostanza, il legislatore del 2001 aveva ritenuto necessario che il requisito strutturale e organizzativo già delineato preesistesse alla cessione.

L'art. 32, d.lgs. n. 276/2003, ha, con riferimento alla vicenda traslativa del ramo d'azienda, eliminato il riferimento al requisito della preesistenza e del mantenimento della identità economica, permettendo la identificazione del ramo d'azienda ai fini della cessione al momento del trasferimento, sulla base di una intesa tra cedente e cessionario.

La fattispecie in esame si applica quest'ultima disciplina, dal momento che il contratto di trasferimento tra Telecom Italia Mobile e Emsa Servizi risale al 29 novembre 2003.

A questo proposito deve tuttavia ritenersi che la norma vada interpretata senso di escludere che la volontà del datore di lavoro sia rilevante in modo esclusivo per la qualificazione della fattispecie, determinando in questo modo una serie di conseguenze sui diritti dei prestatori di lavoro che ne può pregiudicare i diritti derivanti dal rapporto. Sul punto, la formulazione letterale della norma in esame se fa venir meno requisito della preesistenza della strutturazione del ramo d'azienda rispetto vicenda traslativa, non comporta il superamento della nozione di ramo d'azienda come elaborato dalla legislazione previgente e dalla dottrina e la giurisprudenza formatasi sul punto.

La norma, infatti, si riferisce chiaramente al trasferimento di parte dell'azienda «intesa come articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata» pur ritenendo che tale identificazione possa avvenire d'intesa tra cedente e cessionario al momento del trasferimento. Ma il superamento del requisito della preesistenza non comporta di per sé e automaticamente quello del requisito della strutturazione autonoma del ramo d'azienda e della sua funzionalizzazione. alla produzione di beni e servizi, secondo la nozione aziendalistica fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità.

In questo senso, è la stessa norma che individua il ramo d'azienda facendo riferimento ai caratteri di autonomia struttura e funzionalmente diretta all'esercizio di una attività economica, ribadendo sul punto quanto affermato dalla giurisprudenza nazionale.

In sostanza, come è stato efficacemente sottolineato dalla dottrina, «il nesso organizzativo tra le componenti della attività economica assume i connotati di elemento essenziale ai fini del controllo della fattispecie», in un'ottica di protezione dei diritti dei lavoratori.

In questa prospettiva, deve quindi escludersi la possibilità di ritenere sussistente la fattispecie del ramo d'azienda tutte le volte in cui manchi il nesso funzionale tra gli elementi strutturali che lo compongono, dovendo escludersi che tale nozione . dipenda da una autonoma deliberazione dei contraenti il negozio traslativo, dal momento che tale requisito deve essere oggettivamente valutabile. Discende da queste considerazioni l'inapplicabilità alla fattispecie in esame della norma di cui all'art. 2112 cod. civ., per le ragioni in fatto, relativamente alla esclusione di una struttura autonoma e organizzata funzionalmente diretta alla produzione di beni e servizi dell'oggetto della cessione, che sono state evidenziate, con la conseguente configurabilità nella vicenda della diversa ipotesi di cessione dei contratti di lavoro, che richiedevano, per il loro perfezionamento, il consenso dei lavoratori ceduti, che non vi è stato, essendo documentale la manifestazione di volontà dei ricorrenti di non aderire alla cessione e di richiedere la prosecuzione dei rapporti di lavoro con l'originario datore di lavoro.

Le considerazioni che precedono portano quindi all'accoglimento delle conclusioni formulate nel ricorso introduttivo con riferimento alla inefficacia per i ricorrenti delle vicende traslative dei contratti di lavoro e all'obbligo di Tim Italia Spa di ripristinare i rapporti di lavoro dedotti in giudizio e di provvedere al pagamento delle differenze retributive, ove esistenti, tra quanto percepito dai ricorrenti in forza delle prestazioni di lavoro svolte presso Emsa e quanto a essi spettante ove il rapporto fosse proseguito alle dipendenze di Tim Italia Spa.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

(*Omissis*)

(1) TRASFERIMENTO DI RAMO D'AZIENDA:

LA NUOVA NOZIONE TRA FLESSIBILITÀ E VINCOLI GIURIDICI

1. — *La fattispecie* — I ricorrenti deducevano di aver tutti lavorato alle dipendenze di una ben nota azienda nazionale operante nel settore della telefonia mobile; che con missive di pari data la datrice di lavoro comunicava loro che, con decorrenza dal mese di giugno 2003, avrebbero operato nell'ambito della nuova struttura operativa *Facility Management*; che la costituzione di questo reparto era strumentale alla cessione di ramo d'azienda a [...] Servizi Spa, verificatasi successivamente e comunicata dalla datrice di lavoro con lettera del 1° dicembre 2003, contestuale alla comunicazione di [...] Servizi Spa, con cui quest'ultima informava i ricorrenti della prosecuzione del rapporto alle sue dipendenze; che con lettera del 15 gennaio 2004 essi ricorrenti avevano impugnato il licenziamento di fatto intimato dalla propria datrice di lavoro, ribadendo il proprio dissenso alla cessione dei contratti di lavoro; che il trasferimento del ramo d'azienda doveva considerarsi illegittimo per mancanza dei requisiti di cui all'art. 2112 cod. civ.; che essi, oltre tutto, continuavano a svolgere le proprie mansioni a favore — di fatto — della cedente, senza alcuna soluzione di continuità.

La resistente si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso avverso.

Il Tribunale di Padova, in fatto, ha accertato che il contratto di cessione di ramo d'azienda aveva avuto a oggetto una serie non omogenea di servizi prima gestiti dalla società cedente, facenti capo al settore denominato Segreteria Affari Generali, poi trasferiti nella unità *Facility Management*, a cui anche i ricorrenti erano stati addetti alcuni mesi prima del trasferimento di ramo d'azienda. Dalle deposizioni testimoniali e dai documenti allegati è emerso che la nuova struttura *Facility Management* corrispondeva al vecchio ufficio Affari Generali e si occupava di una serie eterogenea di compiti di carattere amministrativo, diretti alla gestione degli immobili e del personale. Sempre in punto di fatto il giudice padovano ha accertato l'eterogeneità delle funzioni facenti capo all'ufficio di cui si discute: le funzioni trasferite a [...] Servizi Spa risultavano consistere in svariati servizi, comprendenti la gestione immobiliare, la pulizia, la vigilanza, la *reception*, la manutenzione delle centrali telefoniche, il noleggio delle apparecchiature, la gestione delle aree verdi.

In diritto la sentenza in epigrafe ha accertato la mancanza di qualsivoglia amalga-

ma organizzativo e funzionale tra le attività cedute e la conseguente inapplicabilità dell'art. 2112 cod. civ., deducendone l'inefficacia del trasferimento nei confronti dei ricorrenti, che oltre tutto avevano manifestato il proprio dissenso nei confronti della cessione e avevano contestualmente chiesto la prosecuzione dei rispettivi rapporti con l'originario datore di lavoro.

La pronuncia in commento appare molto significativa, costituendo una delle prime applicazioni dell'art. 2112 cod. civ. nella nuova formulazione risultante a seguito della novella operata dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003. Con l'occasione sembra utile ripercorrere i principali problemi interpretativi e applicativi derivanti dalla modifica appena indicata, che tanto ha fatto discutere all'indomani dell'entrata in vigore della legge Biagi.

2. — *Il trasferimento di ramo d'azienda come strumento di outsourcing: posizione del problema* — È fatto noto che la consolidata tendenza delle imprese (non solo) italiane sia quella di realizzare incessanti e massicci processi di riorganizzazione aziendale, di riconversione industriale e di delocalizzazione alla ricerca di assetti produttivi connotati da una sempre più accentuata flessibilità e competitività, al fine di reggere la sfida dei mercati internazionali e il passo dell'innovazione tecnologica.

Questa scomposizione dell'impresa medio-grande costituisce l'immediato portato dell'abbandono del modello produttivo concentrato di stampo fordista: tramontata l'icona della fabbrica verticalmente integrata, si registra il «passaggio [...] al *post-fordismo* caratterizzato dalla impresa a rete» (A. Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 473; sulle radici dei cambiamenti del lavoro si vedano altresì, sul piano sociologico, le interessanti ricostruzioni di A. Accornero, *L'individualismo di mercato e il lavoro post-fordista*, in *Quaderni rass. sind.*, 2004, pp. 9 ss.).

Quest'ultima espressione viene sinteticamente utilizzata per esprimere quel complesso sistema di «specializzazione flessibile, ove imprese che riducono le proprie dimensioni entrano in un fitto gioco di relazioni contrattuali di carattere commerciale con soggetti (fornitori) terzi» sino al punto, talora, di «conferire alla grande impresa un ruolo non tanto di produzione diretta, ma di gestione del marchio, di ricerca e innovazione o addirittura di *general contractor*, cioè di mera coordinazione dei risultati produttivi di altre imprese subfornitrici» [R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, p. 11. Considerazioni del tutto analoghe sono svolte altresì da L. Corazza, *L'outsourcing negli Stati Uniti d'America*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, pp. 183 ss.; cfr. anche Idem, «*Contractual integration*» e *rapporti di lavoro*, Cedam, 2004, per un'originale impostazione «rimediale» di matrice tipicamente anglosassone].

In tale contesto diviene estremamente ardua l'identificazione dei confini stessi dell'impresa, un tempo (ma ora non più necessariamente) coincidenti con quelli giuridico-societari. «Il sistema produttivo — come scriveva tempo addietro un'autorevole dottrina (G. Giugni, *Una lezione sul diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 209) cogliendo con geniale sincronia i nodi sistematici dell'allora incipiente fenomeno — anziché svilupparsi secondo il famoso schema della graduale concentrazione dà luogo a

un vero e proprio processo di diluizione della funzione imprenditoriale, che assume caratteri diffusi e transnazionali, e come tali sempre meno identificabili nelle classiche immagini del capitano d'industria o del fondatore di impresa».

E non vi è dubbio che gli accennati meccanismi di frammentazione e smaterializzazione dei complessi produttivi esistenti, con conseguente transito al modello del «capitalismo molecolare» (Su tale modello tipico dell'attuale economia occidentale cfr. F. Scarpelli, «*Esternalizzazioni*» e *diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, pp. 351 ss., nonché A. Bonomi, *Il capitalismo molecolare. La società al lavoro nel Nord Italia*, Einaudi, Torino, 1997), vengano in gran parte attuati attraverso le tecniche dell'esternalizzazione, mediante cui un'impresa cede a un'altra un intero segmento aziendale.

Nel presente commento, e con ciò delimitando non di poco il relativo campo di indagine (In senso ampio l'*outsourcing* «indica qualsiasi forma di esternalizzazione di funzioni in precedenza svolte dall'impresa committente, compreso il ricorso alle agenzie di forza-lavoro»: così leggiamo nel *Glossario* di P. Ichino, da quest'ultimo utilmente apposto al termine della propria relazione, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate di studio Aidlass di diritto del lavoro, Trento, 4-5 giugno 1999, Giuffrè, Milano, 2000, p. 85), si intende far esclusivo riferimento all'esternalizzazione in senso stretto, cioè a quelle operazioni «con le quali singole parti del processo produttivo o, più esattamente, singole funzioni o singoli servizi, vengono portati all'esterno dell'organizzazione aziendale mediante contratti commerciali di vario tipo» [C. Cester, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzia per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in M. T. Carinci, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 251, con l'utile precisazione secondo i servizi portati all'esterno rimangono «comunque controllati dall'impresa per essere poi recuperati, in un percorso a ritroso (di cosiddetta internalizzazione o *insourcing*), al fine di completare il definitivo "prodotto" offerto sul mercato»].

Questi variegati processi di esternalizzazione, nella pratica sempre più sofisticati e sempre più difficili da inquadrare nelle tradizionali categorie giuslavoristiche, pur caratterizzati in concreto da molteplici peculiarità, sono tuttavia riconducibili, secondo un autorevole insegnamento [R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, pp. 10 ss.] che appare sul punto pienamente condivisibile, a due tipologie fondamentali.

Da un lato vi sono le fattispecie di «esternalizzazione virtuosa il cui fine, appunto, attiene alla genuina convenienza economica e alla specializzazione», esprimendo la generale tendenza delle imprese, consolidatasi soprattutto nell'ultimo decennio del secolo scorso, «a concentrare i propri sforzi [...] su quelle attività che ne costituiscono il differenziale competitivo». L'esternalizzazione virtuosa concreta dunque una strategia imprenditoriale per la competitività auspicata e pienamente avallata dagli stessi economisti.

«Una definizione sintetica di *outsourcing* è data da Tom Peters, il quale sostiene che ogni impresa dovrebbe concentrarsi su quello che sa fare realmente bene e per il quale è in grado di sviluppare innovazione e valore per il cliente, delegando le altre attività a

terzi (*Do what you do best, make it better and outsource the rest*). Questa è l'idea e il concetto fondamentale di *outsourcing*» [S. Vicari, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, p. 71: l'autorevole economista, nel medesimo contributo, ricorda altresì come l'*outsourcing* sia «un fenomeno che sta coinvolgendo le imprese su scala mondiale» e che «l'Italia da questo punto di vista è di gran lunga il fanalino di coda»].

Dall'altro lato, invece, si collocano le ipotesi che potremmo definire di esternalizzazione fraudolenta, ipotesi cioè che «disegnano una catena di subappalti i cui ultimi anelli affondano nel lavoro sommerso o pericoloso ovvero perseguono la delega a terzi di mere operazioni di "smagrimento" aziendale» (R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, p. 20), attuando, di fatto, un licenziamento collettivo dei lavoratori coinvolti, ma senza sostenere gli oneri economici, giuridici e sociali della relativa procedura, che viene viceversa illegittimamente elusa.

Il fine ultimo, per il giurista del lavoro, è quello di verificare la «congruenza tra la forma giuridica e la realtà socio-economica dei fenomeni di esternalizzazione dell'attività di impresa» (A. Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 473). Non vi è dubbio che, di fatto, le nuove forme organizzative dell'impresa trovino attualmente un appagante strumento di attuazione nel trasferimento del ramo d'azienda, la cui virtualità espansiva pare talora senza limiti.

Ma tutto ciò, si diceva, attiene al dato di fatto, all'essere. A fronte di tale essere sta al giurista circoscrivere l'esatta portata del dover essere, il che significa, nel caso di specie, sottoporre a vaglio critico il presunto assioma che vede nel trasferimento del ramo d'azienda una forma giuridica per tutte le stagioni, idonea cioè a dare veste legale a qualsivoglia operazione di esternalizzazione. L'obiettivo che materia tale sforzo ricostruttivo appare chiaramente sullo sfondo e consiste nel cercare un equilibrio, un delicato temperamento tra le nuove forme organizzative dell'impresa e le garanzie per i lavoratori (L'indicata operazione di temperamento tra le nuove forme organizzative dell'impresa e le tutele dei lavoratori è intuitivamente estesa a tutti gli istituti lavoristici dato che «le tutele di ieri erano pensate per un altro lavoro e per altri lavoratori: i sistemi di *welfare* più evoluti, infatti, garantivano che la continuità dell'impiego non fosse minacciata da crisi aziendali e da inadempienze imprenditoriali. Oggi il *welfare*, invece, deve garantire che nessuno perda diritti e nessun diritto venga perduto nelle discontinuità dell'impiego»: A. Accornero, *L'individualismo di mercato e il lavoro post-fordista*, in *Quaderni rass. sind.*, 2004, p. 17, che aggiunge giustamente che chi è più mobile, perché il post-fordismo richiede flessibilità sia produttive che allocative, non può essere più penalizzato o meno tutelato: dovrebbe anzi essere ricompensato chi dà al sistema la snellezza che esso richiede).

Non bisogna, infatti, dimenticare che l'art. 2112 cod. civ. è una norma inderogabile e, stante la *ratio* comunitaria della sua attuale formulazione, indubbiamente una norma a tutela dei lavoratori coinvolti nei fenomeni traslativi aziendali.

3. — *L'art. 2112 cod. civ. tutela i lavoratori o le imprese?* — La fondamentale norma di riferimento (art. 2112 cod. civ.) mai come negli ultimi anni è stata oggetto dell'attenzione riformatrice del legislatore nazionale, i cui continui e oramai ciclici ripensamenti sono dovuti, da un lato, all'effettiva esigenza di dare riscontro all'incessante e

voluzione del quadro delle fonti comunitarie, in cui alle ormai numerose direttive si asomma l'incedere non sempre ordinato e univoco della giurisprudenza nomofilattica della Corte di Giustizia e, dall'altro, ai cambi di governo e alle conseguenti svolte che essi imprinono agli orientamenti di politica legislativa.

A fronte delle spinte esogene provenienti dalle dinamiche organizzative della produzione e delle tensioni più propriamente endogene derivanti dalle continue novelle legislative, bisogna necessariamente porsi una questione che appare pregiudiziale a ogni ulteriore sviluppo e che può essere semplicemente resa nel modo seguente: qual è la *ratio* dell'art. 2112 cod. civ.?

Il disposto di cui all'art. 2112 cod. civ. nell'attuale contesto socio-economico sta indubbiamente vivendo, come autorevolmente notato, una vera e propria «crisi di identità»: esso «nato per garantire la continuità dell'occupazione dei lavoratori a fronte della cessione (e, quindi, del ridimensionamento) totale o parziale della struttura organizzativa nella quale operavano, oggi viene, invece, utilizzato per conferire a terzi e, cioè, per dismettere la gestione diretta da parte dell'imprenditore di attività e dei dipendenti a esse addetti» (A. Maresca, *Le «novità» del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 588).

Si potrebbe sostenere, con una forzatura nemmeno troppo ardita, che la norma codicistica in commento si presti a essere letta in una prospettiva capovolta, e cioè non più o non tanto di tutela dei lavoratori e del loro *status* di *insiders*, quanto piuttosto di agile strumento di flessibilizzazione degli assetti produttivi in capo alle imprese, che si servono di esso per le sempre più frequenti operazioni di esternalizzazione di servizi.

Qualora si accetti la prospettata interpretazione evolutiva della norma codicistica in commento, appare curioso osservare, in un'ottica di corsi e ricorsi storici, che essa era nata originariamente al fine di tutelare le imprese e la loro produttività, più che la posizione dei lavoratori. «L'originaria disciplina codicistica prevedeva che “in caso di trasferimento dell'azienda, se l'alienante non ha dato disdetta in tempo utile, il contratto di lavoro continua con l'acquirente”. E ciò rispondeva anzitutto all'esigenza di tutelare l'“integrità del complesso aziendale”, e solo indirettamente ad assicurare una ridotta protezione economico-occupazionale ai lavoratori» (Così U. Carabelli, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, p. 42).

L'art. 2112 cod. civ. sarebbe stato addirittura investito da un vero e proprio processo di *eterogenesi dei fini*, secondo l'incisiva espressione utilizzata da autorevole dottrina [R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, pp. 20-22] per significare la mutata *ratio* di tutela della norma codicistica che, creata in origine per garantire la continuità di occupazione dei lavoratori ceduti presso l'impresa cessionaria, diviene ora «funzionale *anche* all'interesse dell'impresa cedente di far “transitare” automaticamente i dipendenti addetti al ramo, senza rischiare le “complicazioni” e i costi di una procedura di licenziamento collettivo».

Le precedenti considerazioni, pur contenendo innegabili elementi di verità, non colpiscono, a mio parere, completamente nel segno e ciò in virtù di almeno due ragioni.

Se utilizzando l'espressione *eterogenesi dei fini* «si vuol dire genericamente che una norma pensata per la tutela dei lavoratori viene impiegata nell'interesse dell'impresa,

probabilmente il giudizio è errato già sul piano dell'analisi storico-giuridica» (A. Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 476). Come sopra accennato, infatti, la precipua finalità della norma codicistica, nella sua originaria stesura, era quella di garantire l'integrità del complesso produttivo, con ciò tutelando, da un lato, l'interesse dell'imprenditore cedente alla conservazione del valore di scambio dell'azienda e, d'altro lato, l'interesse dell'imprenditore cessionario alla conservazione della piena funzionalità del complesso produttivo, anche con riferimento alla professionalità acquisita dai lavoratori di cui, col transito automatico dei medesimi alle proprie dipendenze, poteva (e tuttora può) in tal modo disporre.

«Il paradosso non è dato, quindi, dall'utilizzo di una norma apprestata per fornire garanzie e tutele ai lavoratori ai fini aziendali, quanto dal fatto che viene invocata la forma giuridica che tutela l'integrità del complesso aziendale per operare la sua *smaterializzazione*» (A. Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 477). Come si è già accennato, infatti, nell'attuale contesto economico-produttivo il trasferimento di ramo d'azienda costituisce lo strumento giuridico preferito dalle imprese per attuare i processi di esternalizzazione.

Ecco che allora la vera eterogenesi dei fini che ha indubbiamente colpito il disposto di cui all'art. 2112 cod. civ. riguarda non tanto il bilanciamento degli interessi in campo (quello imprenditoriale e quello dei lavoratori coinvolti), ma il diverso assetto degli interessi imprenditoriali sottesi alla norma medesima, orientati non più alla conservazione dell'unità e dell'integrità del complesso produttivo, ma al contrario alla scomposizione del medesimo secondo le direttrici di un sistema produttivo da tempo transitato al modello, tipicamente post-fordista, dell'impresa a rete.

La realtà, dunque, è che la norma di cui all'art. 2112 cod. civ. va apprezzata in questa sua ambivalenza che non è un esclusivo portato delle ragioni dell'economia, ma appartiene da sempre alla sua storia.

Questa impostazione di fondo esalta la recettività dell'art. 2112 cod. civ. e la sua adattabilità alle mutevoli esigenze dei tempi, facendo convivere le ragioni di tutela del lavoratore con quelle dell'impresa. Tale ricostruzione, del resto, pare perfettamente cristallizzata in alcune recenti decisioni della Cassazione che, con orientamento innovativo, ancorché per ora certamente non pacifico, ricordano come «la normativa dettata dall'art. 2112 cod. civ. sia funzionalizzata alle esigenze dei processi di ristrutturazione aziendale, di riconversione industriale e di delocalizzazione delle imprese», ma anche come, al tempo stesso, la medesima sia complessivamente «volta a coniugare le ragioni dell'economia con quelle della tutela del lavoro» [Così Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, in *Lav. giur.*, 2003, pp. 19 ss., con la mia nota, *Cessione di ramo d'azienda e irrilevanza del consenso dei lavoratori trasferiti*, cui mi permetto di rinviare; sostanzialmente identica, in quanto relativa al medesimo «caso Alcatel» e redatta dal medesimo estensore (Vidiri), Cass. 22 luglio 2002, n. 10701, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 148].

Nell'art. 2112 cod. civ. pulsano dunque due anime ben distinte, cui le scelte contingenti di politica legislativa assegnano alternativamente il primato, come dimostra esemplarmente il passaggio, banalizzo per semplicità, dalle scelte garantiste del 2001 a quelle liberiste del 2003.

Ciò che non bisogna dimenticare, e che anzi va riguardato alla stregua di presupposto di ogni considerazione in materia, è che il nucleo di tutele offerte ai lavoratori dalla predetta anima garantista sono e rimangono assolutamente inderogabili. Una lo-

ro eventuale attenuazione, infatti, metterebbe in crisi la stessa permanenza dell'Italia nell'Unione europea, stante l'origine comunitaria dell'attuale formulazione della disciplina in materia.

Dalla necessità di «recuperare il senso (originario) della norma» (In tal senso R. Cosio, *La cessione del ramo d'azienda nel patto per l'Italia*, relazione letta in occasione del convegno di Catania organizzato dal Centro Studi di Diritto del lavoro «Domenico Napoletano», Sez. di Catania, del 20 settembre 2002, in <http://www.csdn.it>), o meglio, dalla necessità di salvaguardare un *minimum* di tutele in capo ai lavoratori coinvolti in un processo traslativo aziendale, evitando la loro immolazione sull'altare delle nuove forme organizzative dell'impresa, prendono le mosse i tentativi della dottrina più garantista volti a porre un freno alle disinvolute ragioni dell'economia.

Sono state percorse a tal fine due strade distinte.

La prima propone la configurazione di un «diritto di opposizione» in capo ai lavoratori adibiti al ramo d'azienda di cui si progetta la cessione, lasciando loro la possibilità di valutare le convenienze del caso concreto e, dunque, la facoltà di scelta tra l'automatico transito alle dipendenze del cessionario e la permanenza, viceversa, alle dipendenze del cedente.

La seconda è quella diretta a circoscrivere sensibilmente l'estensione della nozione stessa di trasferimento (di ramo) d'azienda, al fine di pervenire a un congruo radicamento oggettivo della fattispecie, spezzando il presunto assioma che vede nel trasferimento del ramo d'azienda una forma giuridica idonea a dare veste legale a qualsivoglia operazione di esternalizzazione, con attenta verifica della congruenza tra la forma giuridica e la realtà socio-economica dei fenomeni di esternalizzazione cui si è già accennato sopra: questa è la «strada» percorsa dalla sentenza in commento e che ora a noi interessa in questa sede.

4. — *L'autonomia funzionale e il controllo della fattispecie tra inderogabilità della norma e identificazione a opera delle parti contrattuali* — Il delineato sforzo ricostruttivo non può che prendere le mosse da quello che pare essere l'unico punto certo dell'attuale formulazione dell'art. 2112 cod. civ., ossia la previsione di un'unica conseguenza limitativa per i processi di esternalizzazione: l'autonomia funzionale che deve necessariamente connotare la parte di azienda trasferita. In merito al requisito dell'autonomia funzionale si erano registrate in dottrina, nel vigore dell'art. 1 del d.lgs. n. 18/2001, due letture contrastanti.

Secondo un primo orientamento, la nozione di articolazione funzionalmente autonoma «assomiglia a quella elaborata dalla giurisprudenza con riferimento alla nozione di unità produttiva di cui allo Statuto dei lavoratori, anche se si allude solo a una autonomia funzionale (cioè di risultato produttivo) e non si richiama l'autonomia gestionale e amministrativa; ma l'omissione non sembra rilevante, posto che il concetto di autonomia funzionale, in senso ampio e generico, non può non ricomprendere i profili organizzativi e di gestione (e il collegamento con la prima parte della norma lo dimostra)» (Cester, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. giur.*, 2001, pp. 509-510).

Tale opzione interpretativa è stata pienamente avallata dalla copiosa giurisprudenza di legittimità formatasi sul caso Ansaldo, le cui linee ricostruttive fondamentali possono essere così sintetizzate:

1. il «ramo di azienda [...], per essere tale, deve avere una sua autonomia funzionale, nel senso che deve presentarsi come una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo, e che non deve rappresentare, al contrario, il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro»;

2. la «parte di azienda è [...] in sostanza un'unità produttiva, dove l'autonomia funzionale riassume le condizioni – di carattere produttivo, gestionale e organizzativo – perché la parte o “ramo” di azienda possa avere una “vita” sua e sia, così, separabile dal complesso aziendale generale»;

3. «ne resta [...] confermato il generale principio giurisprudenziale dell'assimilazione tra azienda e parte di azienda, differenziate solo, come ovvio, sotto il profilo quantitativo» (Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 149; Cass. 23 ottobre 2002, n. 14961, in *Gdir*, 2002, 44, p. 32; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207, in *Foro it.*, 2003, I, 458; Cass. 14 dicembre 2002, n. 17919, in *Dir. prat. lav.*, 2003, 14, p. 929; Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, in *Riv. it. dir. lav.*, p. 653, con nota di A. Sitzia, *Trasferimento di parte d'azienda, smaterializzazione dell'impresa e esternalizzazioni: il caso Ansaldo e l'art. 32, d.lgs. n. 276/2003*).

Secondo tale impostazione, varrebbe dunque il principio *pars pro toto* giusta il quale, come detto, non vi sarebbe alcuna differenza qualitativa tra l'intera azienda e il suo ramo perché quest'ultimo, per poter essere ceduto sfruttando l'automatismo del passaggio dei lavoratori a esso addetti *ex art.* 2112 cod. civ., dovrebbe comunque riassumere in sé quei requisiti di carattere produttivo, gestionale e organizzativo che connotano l'intera azienda. In estrema sintesi, la conseguenza limitativa connessa al requisito dell'autonomia funzionale avrebbe un valore di notevole pregnanza, sì che potrebbero costituire idoneo oggetto di trasferimento solo vere e proprie unità produttive, le sole articolazioni in grado di funzionare autonomamente come una «piccola azienda».

Attestata su posizioni nettamente contrastanti, e di ispirazione indubbiamente più liberista, pare l'opinione di chi ritiene che «la nuova disciplina [il riferimento va al d.lgs. n. 18/2001, parole di chi scrive] identifichi la parte di azienda, rilevante ai fini dell'art. 2112 cod. civ., attraverso il riferimento alla sua “autonomia funzionale”, sicché, se appare decisiva la coesione funzionale e organizzativa delle attività cedute, non è postulata anche una autonomia gestionale o amministrativa, né una indipendenza economico-commerciale o un'assoluta autonomia del risultato produttivo: il che, se per un verso inserisce elementi di indeterminatezza, amplia ulteriormente l'ambito applicativo della norma» [R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, p. 30]. Tale ricostruzione propone dunque una lettura fortemente dematerializzata e leggera del ramo d'azienda, la cui natura sarebbe pertanto ben diversa da quella dell'intera azienda non solo sul piano quantitativo, ma anche (e forse soprattutto) sul piano qualitativo, venendo conseguentemente travolto il tradizionale principio *pars pro toto*. L'articolazione funzionalmente autonoma, infatti, non dovrebbe necessariamente assurgere all'elevato statuto organizzativo di una piccola azienda, *alias* unità produttiva, essendo viceversa necessario, ma anche sufficiente, che essa riassuma in sé profili di sola autonomia funzionale, non anche gestionale o amministrativa. L'articolazione aziendale, in altre parole, sarebbe funzionalmente autonoma quando è capace di sviluppare una autonoma iniziativa imprenditoriale al fine della produzione di un bene o di un servizio [Cfr. R. De

Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, p. 27], non essendo sempre e comunque necessari a tal fine supporti di tipo gestionale o amministrativo.

La prospettata opzione interpretativa, formatasi – si precisa – in ordine alla disciplina garantista del 2001, pare riproponibile anche a fronte della novella liberista del 2003: la sentenza in commento aderisce apertamente al primo indirizzo osservando che «sul punto, la formulazione letterale della norma in esame se fa venir meno il requisito della preesistenza della strutturazione del ramo d'azienda rispetto alla vicenda traslativa, non comporta il superamento della nozione di ramo d'azienda come elaborato dalla legislazione previgente e della dottrina e la giurisprudenza formatasi sul punto» (il riferimento va chiaramente alla citata giurisprudenza «Ansaldo»).

5. — *Conclusioni* — La ricostruzione operata dalla sentenza in commento ha il pregio di combinare tra loro in modo equilibrato il carattere inderogabile della norma di cui all'art. 2112 cod. civ. e l'ampio spazio che indubitabilmente quest'ultima, nella sua attuale formulazione, ha aperto all'autonomia privata dei soggetti imprenditoriali.

Da un lato, infatti, questi ultimi si vedrebbero riconosciuta la possibilità di confezionare l'oggetto della transazione economica in vista del trasferimento [Nel medesimo senso A. Maresca, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in Aa.Vv., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, in *Quad. dir. lav.*, Giuffrè, 2004, come «in estrema sintesi e soltanto per scandire [...] la strada percorsa dal legislatore si può dire che dal trasferimento dell'azienda si è passati – prima per merito della giurisprudenza e, poi, con la presa d'atto del legislatore – al trasferimento del ramo d'azienda, quindi al trasferimento dell'attività economica organizzata e, infine, al trasferimento di un'articolazione funzionalmente autonoma individuata dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento»; G. Pellacani, *Il trasferimento d'azienda, Commento all'art. 32*, in L. Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro, Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (Artt. 1-32)*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 386, secondo cui «l'effetto più rilevante – e più dirompente – è costituito dal fatto che ora, in seguito alle predette modifiche, l'articolazione da trasferire può essere appositamente confezionata ai soli fini della cessione» e «l'assemblaggio realizzato da cedente e cessionario può dar luogo a un'entità organizzata nuova e diversa da quelle – autonome o no – preesistenti» (p. 390); sembra d'accordo con la delineata ricostruzione, anche se in termini molto meno perentori e più dubitativi, R. Romei, *Il campo di applicazione della disciplina sul trasferimento di azienda*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, ESI, Napoli, 2004, p. 582, secondo cui «potrebbero essere qualificati come trasferimento di azienda anche quelle operazioni di trasferimento che si sostanziano nell'aggregazione di settori disomogenei di un'organizzazione più vasta, unificati al momento del trasferimento e allocati presso una società terza che li sfrutti commercialmente»; *contra* A. Perulli, *L'autonomia individuale e collettiva nella determinazione dell'articolazione funzionalmente autonoma*, in Aa.Vv., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, in *Quad. dir. lav.*, Giuffrè, 2004, pp. 109 ss.; L. Menghini, *L'attuale nozione di ramo d'azienda*, in *Lav.*

*giur.*, 2005, pp. 422 ss., che recuperano in via interpretativa il requisito della preesistenza]; dall'altro la correttezza della loro perimetrazione non sarebbe priva di vincoli, perché comunque rimarrebbe pur sempre sottoposta all'esame tipologico della fattispecie, volto alla verifica dell'effettiva sussistenza dell'autonomia funzionale della parte di azienda trasferita al momento del perfezionamento della fattispecie traslativa.

Le fattispecie riportabili allo spettro applicativo dell'art. 2112 cod. civ., a mio parere, non sarebbero più soltanto due, ma tre (Sul punto sia consentito rinviare a E. Barraco, *Un nuovo oggetto di disciplina per l'art. 2112 c.c.: dal ramo d'azienda all'articolazione funzionalmente autonoma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, pp. 75 ss.): trasferimento dell'intera azienda, del compiuto ramo d'azienda (*alias* unità produttiva) e dell'articolazione funzionalmente autonoma, porzione aziendale connotata (rispetto all'unità produttiva) da profili organizzativi meno strutturati e suscettibili di rinvenire una loro esistenza non sperimentata e inedita al momento del trasferimento: in tutti e tre i casi, però, come opportunamente ricordato dalla sentenza in commento, la libertà dei soggetti imprenditoriali, pur sicuramente ampliata dalla legge Biagi, non arriva al punto da affrancare la fattispecie dal controllo oggettivo del giudice, che ancora permane a garanzia dell'inderogabilità della norma.

Enrico Barraco  
*Professore a contratto presso l'Università di Padova*  
*Avvocato in Padova*



# CONTROVERSIE DI LAVORO

---

CASSAZIONE, 8 marzo 2007, n. 5287, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Est. Cuoco, P.M. Fedeli – Z. A. (avv. Lucchetti) c. Unicredit Banca Spa (avv. ti Persiani e Piccininno).  
Conf. App. Ancona 20 febbraio 2003.

## **Controversie di lavoro – Contratto collettivo – Interpretazione – Criterio letterale – Preminenza – Esclusione – Ricorso al criterio dell'interpretazione complessiva delle clausole – Condizioni.**

*Nell'ambito dei canoni di interpretazione delineati dagli artt. 1362 ss. cod. civ. e, in particolar modo, nell'interpretazione delle norme dei contratti collettivi di lavoro di diritto comune, non esiste un principio di gerarchia tra i canoni ermeneutici, né tanto meno un preteso principio dell'autosufficienza del criterio letterale in ragione di una affermata chiarezza delle espressioni adottate nel testo contrattuale. La lettera, infatti, costituisce solo una preliminare presa di cognizione (di cui l'art. 1362 segnala l'insufficienza con la precisazione che «l'interprete non deve limitarsi al senso letterale delle parole»), che deve essere integrata attraverso gli ulteriori strumenti previsti dall'art. 1363, quali la connessione delle singole clausole e il senso che risulta dal complesso dell'atto, atteso che la lettera (il senso letterale), la connessione (il senso coordinato) e l'integrazione (il senso complessivo) sono strumenti legati a un rapporto di necessità e sono tutti necessari all'esperimento del procedimento interpretativo della norma contrattuale (Nel caso di specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, escludendo una gerarchia nell'ambito dei canoni delineati dagli artt. 1362-1365 cod. civ., aveva ritenuto che la clausola del Ccnl in considerazione dovesse essere interpretata nel suo complesso). (1)*

(Omissis) Con ricorso del 14 luglio 1998 Z. A., espose che:

1. lavorava alle dipendenze della Cassa di risparmio di Ancona dal 1° luglio 1974;
2. il Fondo integrativo delle pensioni, di cui godeva, era confluito nel Fondo regolamentato con contratto stipulato con le Oo.Ss., in data 21 dicembre 1990;

3. il 30 maggio 1996 era stato stipulato un Accordo sindacale con cui, istituendosi un Fondo aggiuntivo di previdenza aziendale, si era disposto che le riserve matematiche esistenti al 31 dicembre 1994 confluissero nuovo Fondo, distribuite ai singoli dipendenti in base a un coefficiente calcolato con l'anzianità di servizio;

4. avendo egli l'anzianità di 20 anni e 6 mesi, aveva diritto al coefficiente 1,2: non al coefficiente 0,75 comunicatogli dalla Banca. Ciò premesso, egli chiese che il pretore di Ancona condannasse la Cassa di risparmio di Verona, Vicenza, Belluno e Ancona Spa ad attribuirgli l'iniziale corrispondente dotazione.

Il Tribunale di Ancona respinse la domanda. Con sentenza del 20 febbraio 2003 la Corte d'Appello di Ancona respinse l'impugnazione.

Oggetto della controversia è l'interpretazione dell'art. 2 dell'Accordo sindacale 30 maggio 1996 («La ripartizione delle riserve matematiche e la conseguente attribuzione a ciascun dipendente avverrà considerando, oltre alla retribuzione, l'anzianità effettiva di servizio, sempre al 31 dicembre 1994, con i seguenti pesi: per anzianità da 0 a 10 anni, peso 0,5; per anzianità da 11 a 20 anni, peso 0,75; per anzianità oltre 20 anni, peso 1,2»). Condividendo quanto prospettato dalla Banca, il giudicante rileva che in sede di accordo si era convenuto che le frazioni di anni non assumessero valore, arrotondandosi all'anno successivo se superiori a sei mesi. E osserva in particolare che la seconda fascia, partendo dall'undicesimo anno, non comprende coloro che alla data considerata avessero un'anzianità superiore a 10 anni e inferiore a 11.

Ed è da ritenere che le parti, nell'ambito della stessa previsione contrattuale, abbiano considerato gli anni di servizio in maniera non diversa. In tal modo, la fascia successiva decorre da un'anzianità superiore di un anno a quella della fascia precedente; per cui, la locuzione «oltre 20 anni» fa riferimento a coloro che hanno almeno 21 anni di anzianità.

«A conforto dell'interpretazione accolta», il giudicante osserva che le tabelle, con l'applicazione del criterio dell'arrotondamento, erano state sottoscritte dalle Parti stipulanti, e, secondo la stessa previsione negoziale, costituivano parti integranti dell'Accordo.

D'altro canto, poiché il teste L., pur sindacalista di altra O.S., aveva dichiarato di aver controllato circa mille tabelle individuali, il fatto che queste tabelle erano state definite in epoca posteriore all'Accordo non escludeva la possibilità della verifica, e la conseguente irrilevanza delle riserve avanzate al riguardo dal sindacalista A. (che aveva peraltro dichiarato che dal numero di matricola indicato sulla tabella è possibile determinare il nome del dipendente).

Ai fini della decisione non può riconoscersi rilievo alle interpretazioni manifestate dagli informatori sindacali.

Né dalle risultanze probatorie erano emersi elementi che consentissero di ritenere un diverso orientamento della volontà negoziale.

Per la cassazione di questa sentenza ricorre Z. A., percorrendo le linee di tre motivi, coltivati con memoria; l'Unicredit Banca Spa resiste con controricorso, proponendo ricorso incidentale condizionato, coltivato con memoria.

### *Diritto*

1. Con il primo motivo, denunciando per l'art. 360 cod. proc. civ., nn. 3 e 5, violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 ss. cod. civ. nonché omessa e insufficiente motivazione, il ricorrente sostiene che il giudicante, dando atto che la locuzione «oltre 20 anni» esprime letteralmente il tempo immediatamente successivo al superamento di 20 anni, utilizza un criterio logico (la necessità di considerare gli anni di servizio nello stesso modo, nei diversi scaglioni normativamente previsti); e in tal modo sovverte (senza dare giustificazione alcuna, sia della ritenuta mancanza di chiarezza, sia della ritenuta illogicità della negata interpretazione letterale) il principio di gerarchia dei criteri di ermeneutica.

### *(Omissis)*

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

7. Nell'ambito dei canoni di interpretazione delineati dagli artt. 1362 ss. cod. civ.), la lettera della legge costituisce solo una preliminare necessità (di cui l'art. 1362 cod. proc. civ., comma 1, segnala l'insufficienza: «non limitarsi»), che deve essere integrata attraverso gli ulteriori strumenti previsti dall'art. 1363 cod. civ. (la connessione delle singole clausole «le une per mezzo delle altre», e «il senso che risulta dal complesso dell'atto»). La lettera (il senso letterale), la connessione (il senso coordinato) e l'integrazione (il senso complessivo) sono strumenti interpretativi legati da un rapporto di necessità: tutti necessari al relativo procedimento. E invero, poiché le parti attribuiscono un senso alle singole parole solo in funzione dell'atto complessivo, ogni parola è proiezione delle altre: d'ogni altra. Non potendo essere in contrasto con il significato che dalle altre emerge, il pur chiaro senso letterale della singola parola non solo deve essere posto a raffronto con il senso che emerge dalle altre e dal complesso dell'atto, bensì può essere delineato solo attraverso questo più ampio senso: è solo il coordinamento a conferire il significato. E pertanto anche nella sua chiarezza il senso letterale della singola parola (come l'insufficienza indicata dall'art. 1362 cod. civ., comma 1, presuppone e l'incondizionata affermazione dell'art. 1363 cod. civ. esige) deve essere integrato con gli altri strumenti, che non hanno funzione subordinata bensì concorrente (Cass. 27 giugno 1998 n. 6389).

Ciò, secondo questa Corte, è maggiormente a dirsi per l'interpretazione della norma collettiva, ove il canone dettato dall'art. 1363 cod. civ. assume preminente rilievo (Cass. 13 marzo 2003 n. 3740).

8. La censura del ricorrente, che intende richiamare un principio di gerarchia nei canoni interpretativi e l'autosufficienza del criterio letterale (nell'assunta chiarezza della lettera) su ogni altro, è infondato.

9. Nel caso in esame, la sentenza ha applicato i principi affermati da questa Corte. Escludendo, nell'ambito dei canoni delineati dagli artt. 1362 e 1365 cod. civ., una gerarchia, il giudicante ha ritenuto che «la clausola deve essere interpretata nel suo complesso».

Considerando il sistema configurato dal complessivo testo contrattuale, e osservando che le parti non possono calcolare gli anni di servizio «in maniera diversa a seconda delle diverse anzianità», deduce che la clausola fa «riferimento agli anni di servizio considerati interi», per cui, «la fascia successiva decorre da un'anzianità superiore d'un anno a quella massima considerata nella fascia precedente». In tal modo, la locuzione «oltre venti anni» indica un'anzianità di servizio di anni interi (con l'approssimazione del semestre) superiore a 20.

Nei confronti di questa coerente interpretazione, ogni censura proposta appare infondata.

10. Poiché, nell'autosufficienza di un'argomentazione (che nel pensiero del giudicante abbia funzione determinante), i vizi che attengono ad altre argomentazioni formulate *ad abundantiam* non ledono la validità della decisione (*ex plurimis*, Cass. 11 gennaio 2002, n. 317), le censure proposte con il secondo e il terzo motivo del ricorso, investendo argomentazioni che il giudicante formula espressamente «a conforto dell'interpretazione accolta», sono inconferenti.

11. Il ricorso principale deve essere respinto. In questa reiezione, la necessità di esaminare il ricorso incidentale (espressamente proposto in forma condizionata) resta assorbita.

(*Omissis*)

(1) LA DOTTRINA E LA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI INTERPRETAZIONE  
DEL CONTRATTO COLLETTIVO

1. — Al vaglio della Corte, nel caso in esame, era l'interpretazione dell'art. 2 dell'Accordo sindacale del 30 maggio 1996 (con tale Accordo era stato istituito un Fondo aggiuntivo di previdenza aziendale) secondo il quale «la ripartizione delle riserve matematiche e la conseguente attribuzione a ciascun dipendente avverrà considerando, oltre alla retribuzione, l'anzianità effettiva di servizio, sempre al 31 dicembre 1994, con i seguenti pesi: per anzianità da 0 a 10 anni, peso 0,5; per anzianità da 11 a 20 anni, peso 0,75; per anzianità oltre 20 anni, peso 1,2».

Il ricorrente, dipendente della Cassa di risparmio di Ancona dal 1° luglio 1974, ritenendo che con un'anzianità di 20 anni e sei mesi avesse diritto al coefficiente 1,2 e non al coefficiente 0,75 comunicatogli dalla Banca, aveva chiesto al giudice di condannare la Cassa di risparmio di Verona, Vicenza, Belluno e Ancona Spa ad attribuirgli l'iniziale corrispondente dotazione.

Il Tribunale di Ancona respingeva la domanda. Con sentenza del 20 febbraio 2003 la Corte d'Appello di Ancona respingeva l'impugnazione.

La Corte rilevava che in sede di accordo si era convenuto che le frazioni di anni non assumessero valore, arrotondandosi all'anno successivo se superiori a sei mesi, per cui la locuzione «oltre 20 anni» faceva riferimento a coloro che avevano almeno 21 anni di anzianità.

A conforto dell'interpretazione accolta, il giudicante osservava che «le tabelle, con l'applicazione del criterio dell'arrotondamento erano state sottoscritte dalle Parti stipulanti e secondo la stessa previsione contrattuale costituivano parti integranti dell'accordo».

La Corte di Cassazione ha respinto, in quanto ogni censura proposta risultava infondata, il ricorso presentato dal dipendente, il quale, con uno dei motivi, aveva denunciato la violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 ss. cod. civ. in quanto il giudicante, «dando priorità a un criterio logico (la necessità di considerare gli anni di servizio nello stesso modo, nei diversi scaglioni normativamente previsti)», avrebbe sovvertito «il principio di gerarchia dei criteri di ermeneutica».

2. — La Suprema Corte, pur limitandosi con la sentenza in esame a confermare uno degli orientamenti della sua più recente giurisprudenza in tema di interpretazione del contratto collettivo di diritto comune, cioè il riconoscimento di un sempre maggiore rilievo al criterio logico-sistematico dettato dall'art. 1363 cod. civ., merita di essere segnalata per la ricchezza degli spunti di riflessione offerti dalla motivazione, nella parte in cui non riconosce carattere fondamentale e prioritario al criterio letterale, di cui all'art. 1362 cod. civ., comma 1, «maggiormente a dirsi per l'interpretazione della norma collettiva» e nella parte in cui nega l'esistenza di un principio gerarchico tra i canoni ermeneutici, nonché l'autosufficienza del criterio letterale.

Occorre, in via preliminare, rammentare che il contratto collettivo è una figura negoziale che si presenta con caratteristiche strutturali profondamente diverse da quelle tradizionalmente proprie dei contratti privatistici. Tuttavia, sebbene parti contraenti, procedure negoziali, ambito e modalità della sua applicazione concreta concorrano a delinearne una fisionomia di «comando astratto e generale, riferito a rapporti di serie sociologicamente, se non giuridicamente, analogo alla legge» (Giugni, *Appunti sull'interpretazione del contratto collettivo*, in *Riv. dir. lav.*, 1957, p. 169), il contratto collettivo conserva la natura di atto negoziale di autonomia privata e viene di conseguenza interpretato secondo i criteri di ermeneutica previsti per l'interpretazione dei contratti, a norma degli artt. 1362 ss. cod. civ.

L'applicabilità a tale fattispecie delle regole stabilite dal codice civile è stata da sempre oggetto di esame da parte della dottrina (Vedi per tutti: Cessari, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, Giuffrè, Milano, 1963; Ballestrero, Gentili, *Note in tema di interpretazione dei contratti collettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, I, p. 36, e II, p. 810; Gagnoli, *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, Giuffrè, 2000; Bollani, *Contratto collettivo e interpretazione*, Cedam, 2004) e della giurisprudenza, entrambe consapevoli della molteplicità dei profili problematici della questione, derivan-

ti dalla peculiare natura del contratto collettivo, atto di autonomia privata cui è però coesistente una attitudine regolativa rispetto ai rapporti individuali di lavoro.

Ma se dottrina e giurisprudenza concordano circa l'applicabilità delle regole sull'interpretazione dei contratti (artt. 1362 ss. cod. civ.), piuttosto che dei criteri di interpretazione della legge (art. 12 disp. prel. cod. civ.), lo stesso non si può affermare in riferimento alla definizione della gerarchia dei criteri da rispettarsi nell'interpretazione delle clausole collettive (Ovvero, alla luce delle peculiarità che connotano il contratto collettivo, la scelta tra i cd. canoni di interpretazione «soggettivi» di natura psicologica o volontaristica – artt. 1362-1365 cod. civ. – e quelli invece di natura «oggettiva», volti a ricercare, più che la reale volontà delle parti – di cui viene messa in discussione la stessa possibilità di individuazione –, quella emergente, invece, dal documento contratto e da altri elementi fattuali, che ne rivelano l'integrale contenuto – artt. 1366-1371 cod. civ.; Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1949, Milano).

Sino alla metà degli anni novanta la Corte di Cassazione, occupandosi dell'interpretazione dei contratti collettivi di diritto comune, ha costantemente riproposto la tradizionale utilizzazione dei canoni interpretativi del contratto imperniata su di una ricerca orientata in termini prettamente soggettivo-psicologici (Cass. civ., Sez. lav., 19 agosto 1994, n. 7452, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 1098; Cass. civ., Sez. lav., 16 aprile 1993, n. 4507, in *Not. giur. lav.*, 1993, p. 481; Cass. civ., Sez. lav., 18 febbraio 1992, n. 1984, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, 2; Cass. civ., Sez. lav., 7 febbraio 1991, n. 1245, in *Foro it.*, I, 3323; Cass. civ., Sez. lav., 10 ottobre 1988, n. 5454, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, 10; Cass. civ., Sez. lav., 29 maggio 1986, n. 3153, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, 5).

Secondo questa giurisprudenza il prioritario canone interpretativo era, infatti, quello letterale (art. 1362, comma 1): un criterio che precludeva, in presenza di clausole inequivoche, il ricorso a qualsiasi altro criterio sussidiario. Veniva in tal modo cristallizzato il principio del gradualismo interpretativo, secondo il quale l'interprete poteva ricorrere agli altri criteri ermeneutici solo qualora i risultati dell'indagine non fossero soddisfacenti. Ciò anche se il giudice si trovasse nella piena consapevolezza che le parti stipulanti, che appunto avevano redatto la clausola, erano perfettamente consapevoli dell'esistenza di posizioni diverse e contrarie [Montuschi, *Criteri di interpretazione del contratto collettivo*, in Flammia (a cura di), *Nuovi contributi per l'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, Bancaria, Roma, 2000, p. 51; in tal senso anche di recente Cass. civ., Sez. lav., 25 ottobre 2005, n. 20660, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 9; Cass. civ., Sez. lav., 19 giugno 1999, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 6176; Cass. civ., Sez. lav., 28 gennaio 1999, n. 763, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 763].

Un tale rigore esegetico, fondato sulla sola accezione semantica delle parole, trovava la sua giustificazione nella difficoltà di identificare sul piano storico la comune intenzione delle parti attraverso il loro contegno non solo antecedente alla stipulazione del contratto, ma anche successivo.

Spartiacque tra l'orientamento «tradizionale» e gli orientamenti innovatori è la sentenza del 6 maggio 1998, n. 4592 (In *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 563, con nota di S. Liebman, *Contrattazione collettiva e regole dell'interpretazione*), secondo la quale, «seppure è innegabile che anche in materia di contrattazione collettiva il senso letterale delle espressioni usate costituisca base e punto di partenza per una corretta interpretazione della suddetta contrattazione, è però egualmente incontestabile che, rispetto ai comuni contratti tra parti private, in detta materia si riscontra una minore capacità del criterio letterale a rilevare l'intento delle parti [...] pertanto la regola dell'art. 1363

cod. civ. diretta a evidenziare la comune volontà delle parti attraverso un esame e un'interpretazione del complesso dell'atto assume per quanto attiene alla contrattazione collettiva una portata incisiva e certamente più rilevante di quanto è dato constatare in riferimento ai singoli contratti di diritto comune».

La priorità accordata al criterio logico-sistematico sottolinea la ridotta capacità del criterio letterale a rilevare la volontà contrattuale, viste le peculiarità soggettive, oggettive e teleologiche del tipo negoziale e soprattutto segna la presa di coscienza da parte della giurisprudenza della opportunità di interpretare la regolamentazione collettiva con l'impiego di canoni interpretativi particolari, data l'insufficienza del criterio letterale a fronte di un accordo sindacale con efficacia normativa e con clausole destinate a esplicare effetti nei riguardi di un indeterminato numero di destinatari, ossia di fronte a un ibrido che, come Carnelutti sosteneva, ha «il corpo di un contratto e l'anima della legge».

In questa prospettiva di fondo va collocata la già esaminata decisione del 1998 della Corte, che invita l'interprete del contratto collettivo a non limitarsi all'utilizzo del criterio letterale della singola clausola, ancorché in sé chiara e univoca, ma ad attribuire valore preminente alla regola secondo la quale ogni clausola del contratto è interpretabile per mezzo delle altre, in quanto ciascuna di esse serve per indagare il senso di ogni altra. Risulta indispensabile, insomma, l'interpretazione complessiva delle clausole anche quando l'interpretazione può essere utilmente condotta sulla base del senso letterale delle parole, in quanto «l'espressione senso letterale delle parole deve intendersi riferita all'intera formulazione letterale della dichiarazione negoziale in ogni sua parte e in ogni parola che la compone, e non già limitata a una parte soltanto, qual è la singola clausola di un contratto, dovendo il giudice collegare e raffrontare fra loro frasi e parole al fine di chiarirne il significato» (Liebman, in *Nuovi contributi*, op. cit., p. 99).

Attraverso la teorizzazione del particolare rilievo che andrebbe attribuito al canone interpretativo dettato dall'art. 1363 cod. civ., la Corte, in sostanza, sottolinea in maniera chiara la necessità di calarsi nella particolare struttura del sistema di relazioni industriali, dove solo effettuando un'analisi e una valutazione complessiva delle singole pattuizioni intervenute fra le parti sociali si concretizza la reale possibilità di ricostruire l'equilibrio degli interessi in gioco e, conseguentemente, dare all'accordo collettivo un contenuto effettivamente rispettoso della volontà dei contraenti.

Si tratta della valorizzazione di uno strumento che, oltre a far parte a pieno titolo dei criteri legali di interpretazione soggettiva, è strettamente funzionale proprio all'individuazione della volontà delle parti e perciò non è affatto un criterio sussidiario o complementare, bensì «il necessario supporto della ricerca della effettiva volontà delle parti obiettivata nell'accordo, posto che l'esigenza che l'interprete non si fermi all'esame di una singola clausola in sé considerata, si evidenzia in base all'elementare rilievo che le clausole concorrono a formare un tutto unitario, e trovano quindi spiegazione nella coerente regolamentazione dell'affare» (Bianca, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1987, p. 402).

La pronuncia della Cassazione del 1998 ha registrato una diffusa adesione (Cass. civ., Sez. lav., 6 luglio 2006, n. 15393, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 7; Cass. civ., Sez. lav., 22 giugno 2006, n. 14461, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 6; Cass. civ., Sez. lav., 8 maggio 2006, n. 10434, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 5; Cass. civ., Sez. lav., 26 gennaio 2006, n. 1574, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 1; Cass. civ., Sez. lav., 8 settembre 2005, n. 17844, in

*Mass. Giust. civ.*, 2005, 6; Cass. civ., Sez. lav., 19 agosto 2004, n. 16287, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 7; Cass. civ., Sez. lav., 19 maggio 2003, n. 7847, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 7; Cass. civ., Sez. lav., 1° luglio 2002, n. 9538, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 853; Cass. civ., Sez. lav., 3 luglio 2001, n. 9021, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 7; Cass. civ., Sez. lav., 9 agosto 2000, n. 10500, in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 1). È però eccessivo dire che si è avuta una autentica svolta nella giurisprudenza della Corte: la funzione assoluta dall'interpretazione letterale non è stata infatti negata, ma semplicemente contestualizzata.

Questa chiara scelta della giurisprudenza in merito alla specialità del contratto collettivo risulta il punto di avvio di una maggiore riflessione giudiziaria: l'affermazione della Cassazione, astruendo dalla soluzione offerta, inverte l'orientamento precedente che aveva portato a estendere automaticamente alla contrattazione collettiva le regole ermeneutiche di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ. applicabili ai contratti di diritto privato, riconoscendo il carattere fondamentale e prioritario dell'interpretazione letterale.

Su di una linea diversa da quella illustrata si colloca, poi, un ulteriore orientamento giurisprudenziale che conferisce, nell'interpretazione dei contratti collettivi, «carattere di prevalenza e priorità al criterio di coerenza fra atto da interpretarsi e valori fondamentali del diritto vivente del lavoro», con la conseguenza della «oggettiva conformazione del contenuto della clausola ambigua ai predetti valori proprio perché le due fonti contrattuali possono intrecciarsi ma non contraddirsi», e con l'ulteriore corollario della «sindacabilità in sede di legittimità di interpretazioni della contrattazione collettiva non coerenti con i principi fondamentali del diritto del lavoro» (Cass. civ., Sez. lav., 4 luglio 2005, n. 14158, in *Dir. e Giust.*, 2005, p. 37; Cass. 20 agosto 2003, n. 12271, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 693; Cass. 1° luglio 2002, n. 9538, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 826; fra le precedenti Cass. 4 dicembre 2001, n. 15317, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 2084; Cass. 18 luglio 2000, n. 9430, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 1250).

Questo ulteriore e nuovo orientamento legittima un'interpretazione del contratto che supera il testo contrattuale per assicurare l'affidamento che i destinatari ripongono nella validità delle clausole del contratto collettivo.

Parte rilevante della dottrina respinge tale orientamento ritenendo che, seppure la funzione normativa assoluta dal contratto collettivo richiede senz'altro una diversa distribuzione gerarchica dei criteri di cui si avvale l'interpretazione, tale esigenza, che pure induce alla ricerca della volontà manifestata dalle parti nel contesto dell'ordinamento del lavoro, non possa spingersi fino al punto di introdurre nuovi parametri interpretativi, quale quello della coerenza dell'atto con i valori del diritto vivente, che non sono previsti dal codice civile (Gragnoli, *Interpretazione dei contratti collettivi, pretesa inapplicabilità degli artt. 1362 ss. c.c. e rinvio al diritto «vivente»*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 1253, Gramiccia, *L'interpretazione del contratto collettivo ed il canone della «coerenza» con il diritto «vivente» del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 820).

Inoltre, illustre filone critico osserva che il riconoscimento dell'importanza della funzione normativa assoluta dal contratto collettivo non debba comportare la negazione della sua stessa natura che resta, in ogni caso, una manifestazione di autonomia privata e non ha, quindi, forza di legge (Persiani, *C'è ancora un'interpretazione del contratto collettivo?*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 826).

3. — La sentenza in epigrafe, negando l'autosufficienza del criterio letterale, si inserisce chiaramente nel primo dei due orientamenti innovatori della giurisprudenza in

tema di interpretazione del contratto collettivo e va anche oltre, sottolineando con maggiore decisione l'inesistenza di un principio gerarchico tra i canoni ermeneutici.

L'esito ben può essere ricondotto alla riflessione della più recente dottrina civilistica in materia di interpretazione del contratto, secondo la quale il cd. principio del gradualismo interpretativo si rivela uno «pseudo-principio» destituito di fondamento nella sua schematica assolutezza e rigidità; del resto la stessa regola posta dalla massima *ubi verba sunt clara non debet admitti voluntatis quaestio* risulta essere priva di operatività, in quanto la «chiarezza» non è un *prius*, ma un *posterius*: qualsiasi clausola contrattuale può dirsi chiara solo al termine del procedimento ermeneutico. In tale prospettiva l'interprete dovrà, quindi, servirsi del criterio interpretativo che meglio si adatti alle peculiarità del caso concreto (Cfr., fra gli altri, Pennasilico, *L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 724; Capobianco, *Il contratto dal testo alla regola*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 97 ss.).

Infatti, nell'*iter* argomentativo della Corte la lettera costituisce solo una preliminare necessità dell'indagine, che deve essere integrata dagli strumenti propri dell'interpretazione logico-sistematica, quali la connessione delle singole clausole e il senso che risulta dal complesso dell'atto, in quanto senso letterale, senso complessivo e senso coordinato sono tutti necessari all'esperimento del procedimento interpretativo della norma contrattuale.

Al riguardo, in questa sede si può solo assumere come la sottolineatura della rilevanza del criterio di interpretazione complessiva, come quello che meglio si adatta all'operazione interpretativa del contratto collettivo, in quanto atto contrattuale particolarmente complesso volto a regolare una pluralità di rapporti e di materie, possa essere pienamente da condividere in riferimento al caso concreto; anche se tale criterio ermeneutico risulta essere non sufficiente con riferimento ad altre fattispecie nelle quali diviene necessario l'utilizzo di altri criteri quali quelli di cui agli artt. 1367 ss. cod. civ.

Infatti, il superamento del «dogma della volontà» costituisce ormai un dato acquisito sul piano del diritto positivo, in considerazione del fatto che «ciò che conta è il valore obiettivo del fenomeno psichico mediante il quale le parti costituiscono, estinguono o modificano un loro rapporto patrimoniale» (Bianca, *op. cit.*, p. 20) e che «soltanto dichiarazioni e comportamenti sono entità socialmente riconoscibili e quindi tali da poter costituire oggetto di interpretazione, mentre la volontà come fatto psicologico è qualcosa di per sé inafferrabile e incontrollabile» [Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 1950, p. 51].

Proprio in base a queste ultime considerazioni, parte della dottrina ha ricercato soluzioni ulteriori rispetto a quelle prospettate dalla giurisprudenza, che vanno ben oltre l'utilizzo del criterio letterale (1362 cod. civ.) e di quello logico-sistematico (art. 1363 cod. civ.).

Già nel 1957 Gino Giugni sosteneva che nell'interpretazione degli atti di autonomia collettiva «è assai dubbio che l'indagine sugli atteggiamenti soggettivi possa fornire elementi di valutazione probanti, che non siano desumibili dallo stesso atto sottoposto a interpretazione, considerato però nella sua oggettività, nella sua funzione tecnica specifica» e che proprio la particolarissima fisionomia del contratto collettivo, che lo pone sempre ai margini tra il contratto e la legge, influisce inevitabilmente sul processo ermeneutico, «dal momento che questo, sia pure nei limiti delle regole di diritto positivo, mantiene quel margine di adattabilità alla natura dell'atto, che è quanto basta per prevenire un eversivo conflitto tra regola logica e regola giuridica» (Giugni, *op. cit.*, p. 169).

Tale adattabilità si traduce inevitabilmente, per gran parte della dottrina, nella prevalenza dei criteri di interpretazione oggettiva (artt. 1367-1371 cod. civ.), elemento che, tra l'altro, non contraddice il ricorso all'interpretazione logico-sistematica, il quale, come il principio di conservazione *ex art.* 1367, ben si adatta alle peculiarità del contratto collettivo.

A favore dell'accoglimento nella materia in esame della tesi «oggettivistica» depongono la tipicità sociale della contrattazione collettiva, la peculiarità delle funzioni che detta contrattazione è chiamata di volta in volta a svolgere, nonché, infine, la ricorrenza nelle parti sociali della «volontà di non volere», destinata a tradursi in clausole intenzionalmente ambigue in ragione della constatata impossibilità di raggiungere, in determinate materie, un accordo o dell'intento di rimandare ad altra sede decisioni reputate suscettibili di determinare gravi pregiudizi in termini di perdita di consensi.

A sostegno dell'utilizzo dei canoni di interpretazione oggettiva c'è, inoltre, un'ulteriore considerazione e cioè che ha un senso parlare di ricognizione della comune intenzione delle parti quando si è davanti a soggetti individuali, quando cioè la rilevazione di tipo psicologico abbia a oggetto la reale volontà dei contraenti, mentre tale operazione appare molto meno adeguata «laddove gli autori del contratto siano soggetti collettivi, che non possono esprimere una precisa volontà, bensì, per la loro stessa natura, una sintesi mediatoria di più volontà, con l'ovvia conseguenza che il momento ermeneutico deve essere influenzato da elementi diversi da quelli ai quali si fa ricorso quando bisogna interpretare un contratto individuale» (De Luca Tamajo, *L'interpretazione dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dial. dottr. giur.*, n. 1, 2004, p. 69).

In tal senso si esprimeva anche Persiani, secondo il quale il ricorso ai criteri oggettivi di ermeneutica contrattuale trova una sua giustificazione nell'esigenza di ricostruire il comune intento delle parti in funzione dell'interesse da queste perseguito e del criterio interpretativo che impone di tener conto della natura e dell'oggetto del contratto. «L'interesse perseguito è quello collettivo professionale, del quale per la sua stessa natura anche le parti stipulanti non sono titolari che *uti universi*. Gli autori dei contratti collettivi non agiscono per la cura di un loro interesse individuale, ma mettono in essere precetti destinati a soddisfare un interesse al quale partecipano anche i soggetti che alla loro osservanza sono tenuti, onde diminuisce il rilievo di quello che è stato il loro effettivo intento» (Persiani, *Natura e interpretazione delle norme delegate sui minimi di trattamento ai lavoratori*, in *Riv. dir. lav.*, 1963, pp. 276-277).

Va insomma rivelato che il processo di formazione della volontà collettiva produce una sorta di «depurazione dell'atto dai fattori soggettivi, dalle particolari determinazioni volitive e il contratto collettivo realizza così il massimo di oggettività compatibile con la struttura del negozio» (Giugni, *op. cit.*, p. 181).

Questa particolare natura deve riflettersi necessariamente sul processo ermeneutico che, non potendo prescindere dall'applicazione delle regole dettate dall'ordinamento e dalla necessità di affiancare al criterio di interpretazione complessiva delle clausole contrattuali l'utilizzo di altri criteri ermeneutici, determina il radicale e definitivo superamento del pervicace brocardo in *claris non fit interpretatio* con logica prevalenza dei canoni di interpretazione oggettiva.

Antonietta Guerra  
*Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro  
presso l'Università degli Studi di Bari*

# DIRITTO SINDACALE

---

## I

CASSAZIONE, 18 aprile 2007, n. 9250, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Balletti, P.M. Nardi (conforme) – Poste Italiane Spa (avv. Fiorillo) c. Cobas P.T. Cub - Coordinamento di base delegati P.T. di Milano (avv. Brochiero Magrone).

### **Condotta antisindacale – Art. 28 Stat. lav. – Elemento soggettivo – Irrilevanza.**

*Il comportamento antisindacale non si basa su caratteristiche strutturali ma sull'idoneità a ledere i «beni» protetti. Per integrare gli estremi della condotta antisindacale è sufficiente che tale comportamento leda oggettivamente gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, non essendo necessario (ma neppure sufficiente) uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro. (1)*

## II

TRIBUNALE ROMA, 5 giugno 2007 (decreto), Sez. lav. – Est. Leo – Slc-Cgil Comprensorio di Roma Est (avv.ti Aiello, Bidetti, Faranda) c. Telecom Italia Spa (avv.ti Maresca, Morrico, Romei, Boccia).

### **Condotta antisindacale – Art. 28 Stat. lav. – Elemento soggettivo – Irrilevanza.**

*Per individuare il confine tra un comportamento del datore di lavoro meramente difensivo e uno offensivo e per determinare se esso sia antisindacale o meno, i fatti oggetto di denuncia devono essere valutati nella loro unitarietà, prendendo cioè in considerazione ogni singolo episodio in collegamento con gli altri,*

*e non isolatamente, avendo riguardo al fatto che i diversi e contrapposti interessi «in gioco» vanno riguardati in modo relazionale. (2)*

### III

TRIBUNALE ROMA, 13 dicembre 2006 (decreto), Sez. lav. – Est. Bracci – Sult (avv.ti Faranda, Crupi) c. Alitalia Spa (avv.ti Marazza, Trodella).

#### **Condotta antisindacale – Art. 28 Stat. lav. – Elemento soggettivo – Irrilevanza.**

*Al fine di valutare l'antisindacalità della condotta del datore di lavoro è irrilevante l'elemento intenzionale, sicché il giudice deve accertare l'obiettiva idoneità della condotta denunciata a produrre il risultato vietato dalla legge, consistente nella lesione della libertà sindacale e del diritto di sciopero. (3)*

### I

*(Omissis)*

Con ricorso *ex art. 28*, legge 20 maggio 1970, n. 300, il Cobas P.T. Cub (Coordinamento di base delegati P.T. di Milano e Provincia aderente alla Confederazione Unitaria di base) chiedeva al Tribunale-giudice del lavoro di Milano di voler dichiarare antisindacale il comportamento della convenuta Spa Poste Italiane consistente nella contestazione disciplinare e nel conseguente licenziamento con preavviso irrogato al suo dipendente M. O. per asserita assenza arbitraria dal lavoro quando, invece, lo stesso si trovava in permesso sindacale non retribuito regolarmente comunicato. Si costituiva nel cennato procedimento la Spa Poste Italiane, che impugnava l'avverso ricorso sostenendo che alla ricorrente organizzazione sindacale non spettavano i permessi sindacali per i propri appartenenti e che, comunque, non era stata inoltrata regolare richiesta per il permesso *de quo*. Il Tribunale di Milano rigettava – con decreto del 13 giugno 2000 – il ricorso e – su opposizione del Cobas P.T. Cub – l'adito Tribunale, con sentenza del 23 marzo 2001, confermava il cennato decreto.

Avverso tale sentenza proponeva appello parte soccombente e – ricostituitosi il contraddittorio – la Corte d'Appello di Milano, con sentenza del 21 febbraio 2003, «in riforma della sentenza appellata, dichiara(va) antisindacale il comportamento dell'appellata società consistito nel licenziamento irrogato al M. in data 17 dicembre 1995; condannava l'appellata a pagare le spese dei due gradi».

Per quello che rileva in questa sede la Corte territoriale ha rimarcato che: a) «acquista valore determinante – ai fini della decisione – l'esistenza della sentenza della Corte d'Appello 23 ottobre 2001, n. 596, che ha annullato il licenziamento individuale irrogato al M., cioè quello stesso licenziamento che il Cobas impugna in questa sede per antisindacalità»; b) «premesse – in linea teorica – che la sentenza della Corte d'Appello ha una indubbia autorità sostanziale (arg. *ex art.* 337 cod. proc. civ., comma 2), tale sentenza conduce *de plano* a considerare antisindacale il licenziamento annullato sul piano individuale non perché questa equiparazione (illegittimità-antisindacalità) sia automatica ma perché la *ratio decidendi* della sentenza individua nel comportamento della società Poste Italiane elementi di tipo particolare che conducono al giudizio di antisindacalità»; c) «la sentenza *de qua* ha, infatti, stabilito che il M. aveva dato tutte le indicazioni relative alla sua posizione sindacale e alle ragioni della sua assenza e che anche il sindacato di appartenenza aveva confermato tali indicazioni, mentre l'attuale appellata si era comportata in quell'occasione con un fiscalismo e una pretestuosità tali – nell'esigere forme determinate nelle comunicazioni avulse da ogni ragione di sostanza e spesso rappresentanti la reiterazione di richieste già esaudite da controparte – da non potere essere definite se non miniprovoazioni e minipersecuzioni». Per la cassazione di tale sentenza la Spa Poste Italiane propone ricorso affidato a un unico complesso motivo. L'intimato Cobas P.T. Cub, *ut supra*, resiste con controricorso.

(*Omissis*)

I - Con l'unico motivo di ricorso la società ricorrente – denunciando «violazione della legge n. 300 del 1970, artt. 23, 24, 28, 30 e 31, nonché vizi di motivazione» – rileva che «nel caso di specie non ci si trova di fronte a comportamenti oggettivamente lesivi che siano anche teleologicamente finalizzati ma a comportamenti privi di oggettiva valenza antisindacale che, solo grazie all'intento lesivo, assurgono a condotta illegittima ai sensi dell'art. 28 Stat. lav.» ed evidenzia che «il Cobas non ha inteso affatto far chiarezza, ma ha preferito lasciare tutto nel vago, proprio perché in realtà, nel caso di specie, non ricorrevano i presupposti soggettivi e oggettivi in capo al M. per il diritto all'aspettativa di cui all'art. 31 Stat. lav. che è limitato all'ipotesi di assunzione di cariche elettive, che certo nulla hanno a che vedere con esigenze di riorganizzazione in provincia di Messina»; sotto altro (se pur concorrente) profilo censura la sentenza impugnata «per avere la Corte d'Appello di Milano erroneamente considerato che il licenziamento del M. di per sé potesse tradursi in un comportamento antisindacale, in quanto i due fatti – licenziamento e comportamento antisindacale – non coincidono, ben potendo essere illegittimo un licenziamento, ma ciò non costituire attività antisindacale, per cui, nel caso di specie, l'aver attuato una previsione del codice di

sciplinare previsto dalla normativa pattizia con riferimento a specifiche mancanze del lavoratore non è assolutamente idoneo a dimostrare una volontà del datore di lavoro di offendere l'organizzazione sindacale nel suo ruolo di agente contrattuale».

II/a - Il ricorso come dianozi proposto si appalesa infondato.

In merito all'individuazione della condotta antisindacale vale precisare, in linea generale, che la definizione datane dalla legge n. 300 del 1970, art. 28, non è analitica ma teleologica, nel senso che la norma individua il comportamento illegittimo in base non a caratteristiche strutturali, bensì alla sua idoneità a ledere i «beni» protetti. Al riguardo è stato rilevato che la previsione della norma è volutamente indeterminato, poiché il legislatore del 1970 era consapevole del fatto che nella realtà del conflitto industriale a livello di azienda i «beni» in questione possono venire lesi in una varietà di modi difficilmente figurabili a priori in un testo di legge.

In base a tale constatazione risulta evidente che siano sorti rilevanti problemi derivanti dalla evidente difficoltà di discernere fra comportamenti datoriali antagonisti rigetto al sindacato che si realizzano all'interno del conflitto *inter partes* e comportamenti che tale conflitto ostacolano: contrasto che, almeno in sede giudiziaria di legittimità, è stato superato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 5295/1997 a mente della quale per integrare gli estremi della condotta antisindacale è sufficiente che tale comportamento leda oggettivamente gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, non essendo necessario (ma neppure sufficiente) uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro, in quanto tale intento lesivo non può considerarsi necessario, atteso che un errore di valutazione del datore di lavoro che non si sia reso conto della portata causale della sua condotta non fa venire meno l'esigenza di una tutela della libertà sindacale e dell'inibizione dell'attività oggettivamente lesiva di tale libertà; né può considerarsi sufficiente poiché l'intento del datore di lavoro non può far considerare antisindacale un'attività che non appare obiettivamente diretta a limitare la libertà sindacale (in senso conforme, *ex plurimis*, Cass. n. 7706/2004, Cass. n. 1600/1998: secondo cui ciò che il giudice deve accertare è l'obiettiva idoneità della condotta denunciata a produrre il risultato che la legge intende impedire e, cioè, la lesione della libertà sindacale e del diritto di sciopero).

II/b - Nella specie, la Corte d'Appello di Milano ha applicato correttamente i cennati principi come può evincersi dai su trascritti brani essenziali delle motivazioni della sentenza impugnata, mentre le censure ampiamente sviluppate dalla società ricorrente non valgono a intaccare il *decisum* non essendo stato evidenziato alcun decisivo errore nell'applicazione della normativa in materia secondo il summenzionato orientamento giurisprudenziale; mentre, in tema di condotta antisindacale del datore di lavoro, l'accerta-

mento dei fatti denunciati operati dal giudice di merito e la loro valutazione sono insindacabili in sede di legittimità se – come nella specie – immuni da vizi logici e giuridici (Cass. n. 4771/2004).

II/c - (*Omissis*).

III - A definitiva conferma della pronuncia di rigetto del ricorso in esame vale riportarsi al principio di cui alla sentenza di questa Corte n. 5149/2001 a mente del quale, essendo stata rigettata la principale assorbente ragione di censura, il ricorso deve essere respinto nella sua interezza poiché diventano inammissibili, per difetto di interesse, le ulteriori ragioni di impugnativa.

IV - Pertanto, alla stregua delle considerazioni svolte, il ricorso proposto dalla Spa Poste Italiane deve essere respinto. (*Omissis*)

## II

(*Omissis*)

Premesso che, con ricorso *ex art.* 28, legge n. 300/1970, depositato il 12 febbraio 2007 (pervenuto al sottoscritto magistrato il 26 febbraio 2007), l'Organizzazione Sindacale, Slc-Cgil, Comprensorio di Roma Est, in persona del Segretario *pro tempore*, esponeva che: 1) l'associazione sindacale ricorrente organizza i dipendenti della società convenuta ed è presente in azienda con una propria rappresentanza sindacale aziendale nell'ambito della Rsu ed è inoltre firmataria del contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti del settore Telecomunicazioni applicato alla società convenuta; 2) la società convenuta ha incorporato la società Telecom Italia Mobile Spa e la società Tim Italia Spa, in particolare la fusione di Tim Spa in Telecom Italia Spa è diventata effettiva il 30 giugno 2005, mentre quella di Tim Italia Spa in Telecom Italia Spa il 1° marzo 2006; 3) prima che divenisse efficace la fusione fra Tim Spa e Telecom Italia Spa, la prima ha deliberato, in data 24 febbraio 2005, il conferimento del proprio complesso aziendale alla società Tim Italia Spa e lo scorporo ha avuto efficacia dal 1° marzo 2005; 4) la società convenuta è rimasta inadempiente a molteplici obblighi di informazione e contrattazione previsti da norme di legge, dal Ccnl e dagli accordi sindacali aziendali; 5) l'art. 24, comma 4, lettere *a* e *b*, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, prevede delle precise comunicazioni al sindacato in capo alle imprese utilizzatrici, le quali sono tenute a comunicare alla Rsa o Rsu o in mancanza alle associazioni territoriali di categoria, le seguenti informazioni:

– prima della stipula del contratto di somministrazione il numero e i motivi del ricorso al lavoro somministrato; nel caso di particolari esigenze di urgenza e necessità l'utilizzatore può effettuare le comunicazioni nei 5 giorni successivi alla stipula;

– ogni 12 mesi (anche tramite l'associazione imprenditoriale): il numero e i motivi dei contratti di somministrazione conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica degli interessati;

6) l'art. 17 del Ccnl, al comma 4, aggiunge: «le aziende forniranno annualmente alle Rsu informazioni sulle dimensioni quantitative, sulle tipologie di attività e sui profili professionali di contratti di somministrazione a tempo determinato stipulati»; 7) la società convenuta, nonostante faccia, e abbia fatto, ricorso al lavoro somministrato a tempo determinato, non ha fornito le prescritte informazioni sopra richiamate; 8) infatti le sole società Telecom Italia mobile Spa e poi la Tim Italia Spa, con riferimento all'Unità del Territorio di Roma, che comprende il territorio su cui insiste il Comprensorio di Roma est della Slc-Cgil, hanno fornito le comunicazioni preventive di cui alla lettera *a* dell'art. 24, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003, ma solo sino all'anno 2005; 9) al contrario non sono mai state fornite le informazioni periodiche previste ogni 12 mesi dalla lettera *b* dell'art. 24, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003; 10) nel corso del 2006 la società convenuta ha perseverato nella condotta illecita e ha fornito le seguenti informazioni preventive sopra indicate:

– comunicazione in data 21 luglio 2006 con la quale ha informato le Rsu del ricorso al lavoro somministrato con decorrenza 25 luglio 2006 per 13 unità e con decorrenza 19 luglio 2006 per 25 unità senza indicare le particolari esigenze di urgenza e necessità previste dalla norma sopra richiamata;

– comunicazione in data 30 ottobre 2006 con la quale ha informato le Rsu del ricorso al lavoro somministrato con decorrenza 17 ottobre 2006 per 12 unità oltre il termine di 5 giorni e senza indicare le particolari esigenze di urgenza e necessità previste dalla norma sopra richiamata;

– comunicazione in data 20 novembre 2006 con la quale ha informato le Rsu del ricorso al lavoro somministrato con decorrenza 17 ottobre 2006 per 12 unità oltre il termine di 5 giorni e senza indicare le particolari esigenze di urgenza e necessità previste dalla norma sopra richiamata;

11) risulta che la società convenuta abbia fatto ricorso al lavoro somministrato a termine anche in altre occasioni non contemplate dalle suddette comunicazioni; 12) le Rsu della Slc Cgil hanno richiesto con lettera del 27 dicembre 2005 le informazioni periodiche di cui alla lettera *b* dell'art. 24 del d.lgs. n. 276/2003 ma senza esito positivo; 13) le Rsu della Slc-Cgil hanno contestato pubblicamente tale condotta inadempiente della società convenuta con i comunicati 28 marzo 2006 e 3 maggio 2006; 14) infine, con lettera del 16 ottobre 2006, la Slc Cgil Roma e Lazio richiedeva definitivamente tali informazioni ma senza esito positivo; 15) in particolare nella zona est di Roma dove insiste il territorio del Comprensorio della Slc Cgil ricorrente, la società convenuta ricorre al lavoro somministrato a termine nel-

la sede di Via Faustianiana rivolgendosi, soprattutto, alle agenzie per il lavoro *Worknet* e *Select*; 16) l'art. 53 del Ccnl Tlc, al comma 6 introdotto con decorrenza dal 1° gennaio 2005, prevede che: Negli incontri di cui all'art. 1, lett. *f*, o, in alternativa, di cui all'art. 3, comma 20, le aziende forniranno alle Rsu dati aggregati relativi alla tipologia delle attività conferite in appalto, alle localizzazioni nonché al numero dei lavoratori interessati dipendenti dalle ditte appaltatrici e delle attività eventualmente soggette a subappalto; 17) gli incontri di cui alla lettera *f* dell'art. 1 del Ccnl (disciplinati con decorrenza 1° gennaio 2005) si tengono con cadenza annuale e di norma nel primo quadrimestre mentre gli incontri di cui all'art. 3, comma 20 (introdotti con decorrenza 1° gennaio 2005), sono così disciplinati: Anche a livello di singola unità produttiva, in presenza di significative innovazioni e/o trasformazioni tecnologiche e/o produttive, per valutare gli effetti inerenti a modifiche dei livelli occupazionali, orari, e inquadramenti, e formazione, si avvierà un momento di approfondimento ed esame propositivo sulle suddette tematiche da svolgersi in sede sindacale con la competente direzione aziendale; 18) da una parte, gli incontri di cui all'art. 1, lett. *f*, cit., non si sono svolti negli anni 2005 e 2006 né nell'anno corrente e, nell'unico incontro avvenuto in applicazione dell'art. 3, comma 20, cit., relativo all'introduzione dell'Iptv, tenutosi nell'anno 2005, non sono stati forniti i dati previsti dall'art. 53, comma 6, cit.; 19) nell'ambito della società convenuta, vi sono molteplici attività conferite in appalto; in particolare per la zona compresa nell'ambito del comprensorio di Roma est della Slc-Cgil ricorrente ci sono diverse sedi e impianti l'interessati visibilmente da appalti, tra i quali molte centrali telefoniche e tutti gli impianti e gli armadi ripartilinea (cabine di derivazione) sino al domicilio dell'utente finale; 20) le società appaltatrici che sono visibilmente riconoscibili dai segni distintivi mostrati dai loro dipendenti sono: Simet, Ecotel 2000, Sirti, Site, Sia, Sirat Diemme; 21) da quello che risulta visibile agli operatori Telecom vi sono lavoratori che operano con le ditte appaltatrici in contrasto con le norme di sicurezza sia perché utilizzano strumenti obsoleti sia per le modalità di esecuzione della prestazione; 22) nel corso degli ultimi tre anni ci sono stati almeno 10 incontri fra la Direzione Telecom per il Lazio e gli Rsu Telecom aventi all'ordine del giorno vari argomenti ma mai gli appalti; varie volte, in tali occasioni, le Rsu hanno richiesto le informazioni sugli appalti ma senza esito positivo; 23) con lettera 15 novembre 2006 l'O.S. ricorrente ha ricordato alla Società convenuta di avere già contestato molteplici volte l'illegittimità della condotta oggi denunciata e la diffidava a fornire senza indugio le corrette comunicazioni sopra indicate; 24) la Società convenuta non forniva nessuna risposta all'O.S. ricorrente perseverando nel proprio comportamento gravemente lesivo dei diritti e delle prerogative della O.S. ricorrente;

– chiedeva, pertanto, che, in considerazione del «comportamento palesemente antisindacale» della società convenuta, che «deriva, in primo luogo, dalla violazione dei principi generali di buona fede e correttezza, che governano le relazioni sindacali imponendo una clausola generale di comportamento agli operatori sociali...» e altresì, «dalla violazione degli obblighi di informazione», la quale ultima costituisce «una tipica prerogativa sindacale (cfr. Cass. civ., Sez. lav., 17 aprile 2004, n. 7347)», venisse dichiarato, «ai sensi dell'art. 28, legge n. 300/70, antisindacale il comportamento della società convenuta come descritto in premessa» e, «conseguentemente, adottato ogni più opportuno provvedimento al fine di rimuovere gli effetti della dichiarata condotta antisindacale»; e venisse, in particolare, ordinato alla società resistente di 1) fornire alle Rsu, congiuntamente alle strutture territoriali della O.S. ricorrente le informazioni di cui all'art. 24, comma 4, lettere *a* e *b*, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e di cui all'art. 13, comma 9, del Ccnl in tema di lavoro somministrato; 2) fornire alla Rsa F.P.-Cgil, congiuntamente alle strutture territoriali della O.S. ricorrente, le informazioni previste dall'art. 53, comma 6, del Ccnl in ordine al lavoro in appalto; infine venisse «disposto che l'emanando decreto venga affisso nelle bacheche aziendali per mesi tre e pubblicato a spese della convenuta sui quotidiani a diffusione nazionale. Con vittoria di spese, competenze e onorari di giudizio».

Ritenuto che la società resistente, alla quale il ricorso veniva ritualmente notificato, si costituiva e, preliminarmente, eccepiva il difetto di legittimazione attiva della ricorrente, poiché quest'ultima «non può considerarsi organismo locale della associazione sindacale nazionale, ai sensi dell'art. 28, della legge n. 300/1970», la «carezza di interesse ad agire» e deducendo, inoltre, «l'inammissibilità del ricorso per mancanza di attualità, lamentandosi nello stesso la presunta antisindacalità di una condotta che la Telecom Italia avrebbe assunto nel corso degli anni 2005 e 2006». Nel merito, asseriva la insussistenza di una condotta antisindacale, avendo la società resistente, «contrariamente a quanto si legge nel ricorso, sempre assolto agli obblighi di informativa sanciti, in materia di somministrazione, dall'art. 24, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, e dall'art. 17, comma 4, del Ccnl 3 dicembre 2005, e, in materia di appalto, dall'art. 53, comma 6, del Ccnl 3 dicembre 2005 [...]». In particolare, la Telecom Italia ha sempre provveduto a comunicare alle Rsu il numero dei lavoratori somministrati e i motivi del ricorso alla somministrazione, secondo quanto previsto dall'art. 24, comma 4, lett. *a*, del d.lgs. n. 276/2003...», chiedendo una pronunzia di inammissibilità e, comunque, di infondatezza del ricorso.

Il giudicante, esaminata la documentazione prodotta *hinc et inde* e lette altresì le «Note» e le «Repliche» depositate, osserva quanto segue:

– è innanzi tutto da premettere che il bene tutelato dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori è l'autotutela collettiva contro i comportamenti del datore di lavoro che, anziché muoversi nel conflitto accettandolo e accettandone le conseguenze, siano finalizzati a incidere sul conflitto stesso e non si limitino a ridurre gli effetti economici dello stesso (cfr., *ex plurimis*, Cass. 4 luglio 2002, n. 9709; Cass. 29 novembre 1991, n. 12822). Ed è altresì da osservare che «per integrare gli estremi della condotta antisindacale di cui all'art. 28 Stat. lav. è sufficiente che tale comportamento leda oggettivamente gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, non essendo necessario (ma neppure sufficiente) uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro, né nel caso di condotte tipizzate perché consistenti nell'illegittimo diniego di prerogative sindacali, né nel caso di condotte non tipizzate e in astratto lecite, ma in concreto oggettivamente idonee, nel risultato, a limitare la libertà sindacale»; per la qual cosa, ciò che il giudice deve accertare è «l'obiettiva idoneità della condotta denunciata a produrre l'effetto che la disposizione citata intende impedire, ossia la lesione della libertà sindacale e del diritto di sciopero» (Vedi pure Cass., Ss.Uu., 12 giugno 1997, n. 5295; Cass. n. 11560/1998; n. 6193/1998; Cass. 18 aprile 2007, n. 9250).

In tale contesto, appare quindi all'evidenza che per individuare il confine – a volte evanescente – tra un comportamento datoriale meramente difensivo e uno offensivo, i fatti oggetto di denuncia debbano essere valutati nella loro unitarietà, prendendo cioè in considerazione ogni singolo episodio in collegamento con gli altri, e non isolatamente, e avendo riguardo al fatto che i diversi e contrapposti interessi «in gioco» vanno riguardati in modo rapportuale e non – sulla scorta di una superata concezione egoistica del diritto soggettivo: *droit egoïste* – *ex uno latere* – come, con argomentare squisitamente concettualistico sembra fare la società resistente, senza tenere conto del fatto che il datore di lavoro è tenuto a contemperare tra loro le esigenze dell'impresa e quelle del lavoratore, armonizzando, appunto, le prime con gli interessi del prestatore d'opera.

(*Omissis*)

Neppure condivisibile appare l'assunto di parte resistente in merito al fatto che, nella fattispecie, «si tratta di condotte ormai esaurite», che, in quanto tali, difetterebbero del requisito di attualità. Invero, l'attualità di una condotta antisindacale non viene meno nel momento in cui si esaurisce la singola azione del datore di lavoro, laddove il comportamento posto in essere dal medesimo risulti ancora persistente e idoneo a produrre effetti che perdurino nel tempo; e nel caso di cui si discute, al momento della presentazione del ricorso, gli effetti della condotta datoriale erano ancora attuali, in quanto – come si evince dalla documentazione versata

in atti – i contratti conclusi dalla Telecom, Italia Spa, menzionati in narrativa, erano ancora in essere e ancora persisteva la mancata informativa e la mancata consultazione preventiva, in violazione dell'art. 24, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, dell'art. 17, comma 4, Ccnl, dell'art. 53, comma 6, Ccnl delle Tlc.

Al riguardo, è ancora da sottolineare (cfr. Cass., Ss.Uu., n. 5295/1997), come sopra già osservato, che per integrare gli estremi della condotta antisindacale è sufficiente che tale comportamento leda oggettivamente gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, non essendo necessario (ma neppure sufficiente) uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro, atteso che un errore di valutazione del datore di lavoro, che non si sia reso conto della portata causale della sua condotta, non fa venire meno l'esigenza di una tutela della libertà sindacale e della inibizione dell'attività oggettivamente lesiva di tale libertà; per la qual cosa, è il giudice che deve valutare, caso per caso, l'obiettiva idoneità della condotta denunciata a produrre il risultato che la legge intende impedire. E nella fattispecie, per tutto quanto innanzi riportato, l'inadempimento reiterato – e incurante delle numerose sollecitazioni, in merito, da parte della O.S. ricorrente dell'obbligo di informazione periodica in ordine ai contratti di somministrazione e a termine, nonché «ai dati aggregati relativi alla tipologia delle attività conferite in appalto, alle localizzazioni e al numero dei lavoratori interessati dipendenti dalle ditte appaltatrici e delle attività eventualmente soggette a subappalto» – viola l'obbligo delle informative e consultazioni periodiche, con intervallo di tempo non superiore a dodici mesi (cfr. artt. 24, comma 4, lett. *b*, d.lgs. n. 276/2003; 53, comma 6, Ccnl Tlc, introdotto con decorrenza 1° gennaio 2005, cit.), e appare certamente lesiva della libertà sindacale e del principio di correttezza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio (artt. 1175 e 1375 cod. civ.), cui deve essere improntato e deve ispirarsi anche lo svolgimento del rapporto di lavoro e delle trattative sindacali (Vedi, *ex plurimis*, Cass. 11 novembre 2003, n. 16976). Con la prevedibile conseguenza, peraltro, di impedire alla ricorrente di assolvere al proprio ruolo di controllo dell'attuazione delle politiche aziendali e di contrasto dell'insorgenza di forme di lavoro non dichiarato o irregolare (Vedi, ancora, art. 53 Ccnl, cit.).

Il ricorso va, pertanto, accolto e la condotta datoriale dichiarata antisindacale. Va, inoltre, prescritto alla Telecom Italia Spa di fornire alla Rsu, congiuntamente alle strutture territoriali della O.S. ricorrente, le informazioni di cui all'art. 24, comma 4, lettere *a* e *b*, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e di cui all'art. 13, comma 9, del Ccnl in tema di lavoro somministrato, e altresì di fornire alla Rsa F.P.-Cgil, congiuntamente alle strutture territoriali della O.S. ricorrente, le informazioni previste dall'art. 53, comma 6, del Ccnl

in ordine al lavoro in appalto. Va, infine, disposto che il presente decreto venga affisso nelle bacheche aziendali per un periodo di tre mesi. (*Omissis*)

### III

(*Omissis*)

Giova una disamina dei fatti incontrovertiti posti a fondamento del presente giudizio instaurato *ex art.* 28, legge n. 300/70.

Risulta *per tabulas* che con nota del 13 settembre 2006 il sindacato ricorrente (Sult) ha comunicato alla resistente di aver indetto per la data del 18 settembre 2006 presso la mensa centrale dello scalo di Fiumicino un'assemblea di tutto il personale Alitalia sia per l'unità produttiva di Fiumicino che per quella di Magliana.

Con lettera del 14 settembre 2006 l'Alitalia rispondeva che non potevano essere indette nuove assemblee in quanto il monte ore previsto dall'art. 20 Stat. lav., nonché dall'art. 27, comma 8, Ccnl 1988 risultava esaurito a fronte delle assemblee già effettuate dall'O.S. nell'anno in corso.

Tale rifiuto veniva nuovamente reiterato anche con riferimento alle assemblee indette dal Sult presso l'unità produttiva di Fiumicino per il 27 settembre, per il 26 ottobre e per quella indetta presso il Ced (Magliana) per il 6 novembre 2006.

Lamenta il sindacato l'illegittimità del comportamento datoriale che, rendendo impossibile lo svolgimento delle assemblee, ha provocato una lesione dell'immagine del sindacato, impedendogli l'esercizio delle proprie prerogative sancite dalla legge n. 300/70.

In particolare il Sult contesta l'interpretazione formulata dall'Alitalia e invoca la giurisprudenza che interpreta come individuale il diritto dei lavoratori di riunirsi in assemblea entro il limite di dieci ore annue retribuite di cui all'art. 20 Stat. lav., denunciando, conseguentemente, il comportamento datoriale come antisindacale.

Costituendosi in giudizio Alitalia eccepisce il difetto di legittimazione attiva del Sult per essere unicamente le Rsa titolari del diritto di indire assemblee *ex art.* 20 citato. Nel merito, la convenuta afferma che dalla correlazione dell'art. 20, legge n. 300/70, con l'art. 27, punto 2, del Ccnl 1988 si evince che il limite delle dieci ore riguarda non il diritto del singolo a partecipare all'assemblea ma la sua promozione che, solo nel limite delle dieci ore, può coincidere con l'orario di lavoro. Interpretando diversamente – secondo Alitalia – il diritto illimitato di indire assemblee durante l'orario di lavoro sarebbe potenzialmente idoneo a paralizzare il pubblico servizio di trasporto aereo.

Preliminarmente va respinta l'eccezione di difetto di legittimazione del sindacato ricorrente stante la previsione dell'art. 27, punto 2, Ccnl 1988 che autorizza la indizione delle assemblee, oltre che da parte delle Rsa d'intesa con queste dalle Organizzazioni Sindacali firmatarie del contratto collettivo. Nel caso di specie risulta dalla documentazione allegata che l'indizione delle assemblee è stata effettuata dal Sult d'intesa con la Rsa. È peraltro incontrovertito che il Sult – quale soggetto giuridico unitario di Cnl Trasporti, Sulta e Ucs, di cui ha assunto tutti i diritti e obblighi – sia firmatario del contratto collettivo.

Nel merito il ricorso va accolto per quanto di ragione.

Invero è consolidata l'interpretazione giurisprudenziale secondo cui il diritto di riunirsi in assemblea all'interno dell'unità produttiva nel limite di dieci ore annuo retribuite è garantito dall'art. 20 Stat. lav., a ciascun singolo lavoratore (cfr., Trib. Torino 23 aprile 2004, in *Giur. Piemontese*, 2004, p. 483: «diritto dei lavoratori di riunirsi in assemblea entro il limite annuo di dieci ore retribuite, di cui all'art. 20 Statuto dei lavoratori, è un limite al diritto individuale dei singoli che non influisce sul numero delle convocazioni da parte di soggetti legittimati e non si traduce in un ampliamento della facoltà di indizione dell'assemblea fino a che tale monte ore sia esaurito in capo a ciascun dipendente»; Pret. Ferrara 20 giugno 1988, in *Not. giur. lav.*, 1988, p. 465: «il sindacato non può pretendere di appropriarsi del diritto di riunione che spetta ai singoli lavoratori, sostenendo che questi hanno diritto di partecipare a un certo numero di assemblee per ogni Rsa, ma deve limitarsi a esercitare il diritto riconosciuto dalla legge al sindacato, che è solo quello di indire le assemblee retribuite, cui i lavoratori sono liberi di partecipare o meno entro le dieci ore annue»).

L'art. 20, comma 1, legge n. 300/70, stabilisce che «I lavoratori hanno diritto di riunirsi, nell'unità produttiva cui prestano la loro opera, fuori dall'orario di lavoro, nonché durante l'orario di lavoro, nei limiti di ditti ore annue, per le quali verrà corrisposta la normale retribuzione...».

Orbene il senso testuale della norma impone di collegare il limite delle dieci ore annue ai singoli lavoratori, a ciascuno dei quali verrà retribuita la partecipazione alle assemblee indette in orario di lavoro nel limite di 10 ore annue (risultando invece non retribuita l'eventuale partecipazione in orario lavorativo eccedente le 10 ore).

Di tenore analogo la previsione di cui all'art. 27 Ccnl 1988 che al punto 5 recita: «Lo svolgimento delle assemblee durante l'orario di lavoro è limitato a 10 ore annue per le quali verrà corrisposta la normale retribuzione; la durata dell'assenza dal lavoro verrà a dal fine rilevata dal cartellino individuale».

Sicché il limite delle dieci ore (retribuite) non può che essere riferito alla partecipazione del singolo lavoratore, senza che un limite analogo sia stato previsto dal legislatore e dalla contrattazione collettiva anche per i sindacati.

*(Omissis)*

Circa il potere illimitato delle Rsa e dei sindacati di indire assemblee in orario di lavoro, non può non evidenziarsi, che tale facoltà risulta comunque indirettamente limitata dall'art. 20 Stat. lav. che non consentendo ai singoli lavoratori la partecipazione retribuita oltre le dieci ore, impone agli organismi sindacali di indire assemblee in orario lavorativo senza esaurire la potenziale partecipazione dei lavoratori.

Alla luce di siffatti rilievi va quindi ritenuto illegittimo il rifiuto espresso dall'Alitalia in relazione alle assemblee indotte presso lo scala di Fiumicino per i giorni 18 e 23 settembre 2006, limitatamente ai soli lavoratori operanti presso Fiumicino, atteso che per i dipendenti operanti presso altra unità produttiva (Magliana) non può comunque ritenersi retribuita la loro partecipazione secondo quanto stabilito dall'art. 27, punto 2, Ccnl 1988 (che prevede che possono essere promosse assemblee del personale in forza presso l'unità medesima). Sicché non può ritenersi antisindacale il comportamento della convenuta che rifiuti di applicare la speciale disciplina di cui all'art. 20, legge n. 300/70, ai lavoratori, appartenenti a unità produttive diverse da Fiumicino.

Quanto all'assemblea indetta dal Sult con comunicato del 23 ottobre 2006 da tenersi presso la mensa centrale di Fiumicino per la data del 26 ottobre 2006, mette conto evidenziare che a tale assemblea erano invitati i lavoratori del gruppo Alitalia del servizio Medicina aeronautica e del lavoro. Al riguardo la convenuta ha precisato che codesta assemblea riguardava altra azienda (Alitalia Servizi) – diversa dalla resistente – e cessionaria dal maggio 2003 dell'unità produttiva per la quale l'assemblea era stata indetta.

Anche l'assemblea indetta per il 6 novembre 2006 riguardava un'unità produttiva (il Ced) trasferita dal maggio 2005 ad Alitalia Servizi (non convenuta nel presente giudizio).

Si tratta pertanto di due assemblee estranee alla odierna convenuta come soggetto datoriale.

In relazione all'ultima assemblea (oggetto del presente giudizio) indetta per il 22 novembre 2006 presso l'unità produttiva di Magliana, sulla base dei rilievi sopra esposti va dichiarato illegittimo il rifiuto espresso da Alitalia limitatamente ai soli lavoratori operanti presso l'unità operativa di Magliana (risultando quindi legittimamente non retribuita la partecipazione di lavoratori di altre unità produttive).

Da ultimo, ai fini della configurabilità del comportamento antisindacale, deve richiamarsi il consolidato orientamento giurisprudenziale che

ritiene irrilevante l'elemento intenzionale del datore di lavoro «dovendo il giudice accertare l'obiettiva idoneità della condotta denunciata a produrre il risultato vietato dalla legge, consistente nella lesione della libertà sindacale e del diritto di sciopero». Al riguardo non è chi non veda come l'illegittimo rifiuto datoriale a consentire lo svolgimento delle assemblee indette dal sindacato, impedisca l'esercizio dei diritti dell'O.S. sanciti dalla Costituzione e dallo Statuto dei lavoratori.

Pertanto va ordinato alla convenuta di consentire lo svolgimento delle assemblee già indette dal Sult per le date del 18 e 23 settembre 2006 presso la mensa centrale dello scalo di Fiumicino limitatamente ai soli lavoratori operanti presso l'unità produttiva di Fiumicino; parimenti va ordinato alla resistente lo svolgimento dell'assemblea già indetta dal sindacato ricorrente per la data del 22 novembre 2006 presso l'unità produttiva di Magliana, limitatamente ai soli lavoratori operanti presso detta unità operativa.

Rigetta i residui profili di ricorso.

Ordina l'affissione del presente decreto per giorni 30 nelle bacheche aziendali della convenuta. Condanna Alitalia Spa a rifondere le spese di lite, liquidate come in dispositivo. (*Omissis*)

### (1-3) INTENZIONALITÀ, RESPONSABILITÀ E PONDERAZIONE

#### DEGLI INTERESSI CONTRAPPOSTI NELLA CONDOTTA ANTISINDACALE

1. — *Introduzione* — Preliminarmente, si procede alla illustrazione delle condotte antisindacali che formano oggetto dei tre provvedimenti in commento.

In ordine cronologico, il Tribunale di Roma, nel decreto del 13 dicembre 2006, si occupa della condotta posta in essere da Alitalia Spa che ha negato per due volte all'organizzazione sindacale ricorrente (Sult) di indire nuove assemblee sindacali, assumendo che fosse già esaurito il monte-ore annuo dalla disciplina legale (art. 20 Stat. lav.), e contrattuale (art. 27, comma 8, Ccnl 1988).

Successivamente, la Suprema Corte, con sentenza n. 9250 del 18 aprile 2007, ha confermato la decisione di merito, relativa alla condotta posta in essere da Poste Spa, consistente nel licenziamento disciplinare di un dirigente sindacale, accusato di assenza dal lavoro considerata ingiustificata e che, invece, il sindacato ricorrente imputava alla fruizione di un regolare permesso sindacale (non retribuito).

Infine, nel terzo provvedimento (Trib. Roma, decreto 5 giugno 2007) si tratta della violazione, a opera di Telecom Italia Spa, di molteplici obblighi di informazione e consultazione previsti, dalla legge e da accordi sindacali aziendali, in materia di somministrazione e appalto.

Pur nella evidente difformità delle condotte denunciate e giudicate, vi è un tratto assolutamente comune ai succitati provvedimenti, ossia la concezione oggettiva, della condotta antisindacale, privata, cioè, di qualsiasi implicazione psicologica.

2. — *Intenzionalità e responsabilità nella condotta antisindacale* — L'art. 28 Stat. lav., posto a conferire effettività alle norme dei Titoli II e III dello Statuto, come è noto, dal punto di vista della tecnica normativa, ha una struttura aperta; nel senso che la norma individua l'illecito attraverso la predeterminazione non di una fattispecie astratta strutturalmente tipizzata ma aperta e determinata «solo» teleologicamente stigmatizzando quei «... comportamenti diretti a impedire o limitare l'esercizio della libertà e attività sindacale nonché del diritto di sciopero...» [In generale, cfr. G. Giugni (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, 1979; U. Prosperetti (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975; Aa.Vv., *Statuto dei lavoratori*, Bologna, 1972; C. Assanti, G. Pera, *Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972].

Stante l'astrattezza della norma, i maggiori dubbi interpretativi ruotano intorno all'espressione «comportamenti diretti a» e alla la necessità o meno, per la configurabilità della condotta antisindacale, del cd. elemento soggettivo *id est* l'intenzionalità del soggetto agente a porre in essere quella determinata condotta o, meglio, a produrre in capo al soggetto «offeso» il danno.

Tale questione, lungi dal risultare meramente dogmatica, riveste una notevole importanza dal punto di vista pratico, incidendo sulla «riconoscibilità» in sede giudiziale della stessa condotta antisindacale. Infatti, se si esclude la necessità dell'elemento psicologico, il giudice «non dovrà soffermarsi su di una difficile indagine sui motivi che hanno indotto l'imprenditore a tenere quel comportamento stesso e a valutare l'idoneità a ledere i bene protetti» (M. G. Garofalo, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, p. 69).

La definizione esatta degli elementi della fattispecie delineata dall'art. 28 Stat. lav. e di quello soggettivo in particolare, è operazione strettamente connessa alla identificazione dei criteri di determinazione della responsabilità del soggetto agente. Infatti, l'attribuzione della responsabilità (civile) in senso giuridico non consiste nella mera riproduzione di un dato effettuale, ma nella imputazione del danno sulla base di una valutazione comparativa degli interessi: «... sicché il problema della responsabilità civile non consiste nella scoperta del vero autore del fatto dannoso [...], bensì nella fissazione di un criterio grazie al quale si può sostituire l'attribuzione automatica del danno con una giuridica» [S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 74; in merito, cfr. F. D. Busnelli, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989; G. Alpa, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991; C. M. Bianca, *Diritto civile. 5 La responsabilità*, Giuffrè, 1994; P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 1995, Torino, vol. 14, tomo 6; P. G. Monateri, *La responsabilità civile*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, ult. ed., Milano, 2006]. In particolare, per quanto riguarda il dolo e la colpa, essi, come ha affermato autorevole dottrina «... non sono certo nessi necessari al diritto naturale, per imputare la lesione di certi beni tutelati a un soggetto, sono, viceversa, frutto di positive scelte politiche del legislatore» (M. G. Garofalo, *Interessi...*, cit., p. 70). Dunque, l'elemento soggettivo o meglio la sussistenza o meno di esso nella fattispecie delineata dalla norma, non è che uno dei possibili criteri in ragione dei quali si è *fatti responsabili*; e tanto dipende indissolubilmente, peraltro, dalla funzione che la norma stessa assolve. È estremamente utile, pertanto, chiedersi a quale tipo di norme si sia ispirato il legislatore nella costruzione dell'art. 28 Stat. lav. o meglio, a quale grup-

po di norme ha inteso ispirarsi o assimilare quest'ultima. Nel caso dell'elemento soggettivo, il primo accostamento d'uopo è alle norme penali che si caratterizzano per la previsione della pena che perderebbe ogni valenza e graduazione se fosse disgiunta dall'elemento psicologico. Invero, anche nelle ipotesi di responsabilità civile, si pone il problema della intenzione e volontà del soggetto di porre in essere la condotta. In quest'ultimo caso, però, il legislatore non ha sempre previsto che l'illecito necessitasse dell'elemento volontaristico della condotta; quest'ultimo è previsto nell'art. 2043 cod. civ. laddove il fatto che cagiona un danno ingiusto deve essere *colposo* o *doloso*. Diversamente, negli artt. 2047 ss. è utilizzato un criterio di imputazione del tutto diverso: in alcuni casi, come gli artt. 2047 e 2048 cod. civ. si prevede la responsabilità di alcuni soggetti ricoprenti determinate posizioni e per il fatto di ricoprirle salva prova contraria; altre norme ancora, come l'art. 2049 cod. civ. non prevedono nemmeno la liberazione del soggetto dalla responsabilità per fatti, peraltro, commessi da altri.

Dunque, la responsabilità si atteggia in modi differenti a seconda dagli intendimenti del legislatore. È pur vero, però, che nel caso, dell'art. 28 Stat. lav., la norma è intimamente diversa dalle norme penali dal momento che il legislatore non ha inteso infliggere una sanzione al datore di lavoro quanto, primariamente, rimuoverne gli effetti. L'art. 28 Stat. lav. è costruito in modo diverso anche rispetto a tutte le norme sulla responsabilità aquiliana non solo perché in esso non vi è espressa previsione dell'elemento soggettivo della condotta ma differisce per l'esatta determinazione dei beni tutelati e per il fine non meramente risarcitorio. Dunque, ancora una volta, è lasciato all'interprete il compito di esaltare il momento volontaristico della commissione della condotta da parte del datore o, al contrario di «scarnificarla» al punto da renderla «pura condotta».

2.1. — *I diversi orientamenti in merito* — A questo proposito, si registrano posizioni diverse che enfatizzano o, all'opposto, negano, decisamente, la coesistenzialità dell'elemento psicologico nella condotta antisindacale.

Seppure secondo una posizione minoritaria, si è sostenuto che, l'imputazione al datore di lavoro del comportamento antisindacale sia subordinato all'esistenza di un elemento soggettivo come il dolo o la colpa partendo dal presupposto che la locuzione «diretti» conferisca rilevanza al comportamento lesivo del bene tutelato, non essendo sufficiente la sua oggettiva provenienza, sul piano causale, dalla posizione di potere privato del datore di lavoro e occorrendo, invece, un criterio di imputazione che, come il dolo o la colpa, dia una qualche rilevanza alla volontà del datore di lavoro stesso [A partire da Corte Cost. 13 febbraio 1974, n. 28, in *Foro it.*, 1974, I, 997, con nota di G. Pera, cfr., poi, Cass. 8 maggio 1981, n. 3635, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 33; Cass. 1° giugno 1990, n. 207, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 318; Cass. 8 maggio 1992, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 1886, con nota di I. Piccinini; Cass. 19 luglio 1995, n. 8518, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 303; in dottrina, vedi R. Flammia, *Osservazioni sul comportamento antisindacale ex art. 28 L. 20 maggio 1970 dei datori di lavoro privati e pubblici con riferimento all'esercizio del diritto di sciopero*, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 450; M. Papaleoni, *Sulla cosiddetta nozione oggettiva della «condotta antisindacale»*, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 591, V. Simi, *Sub art. 28*, in Prosperetti (diretto da), *Commentario...*, cit., p. 929]. A sostegno di tale tesi, si adduce, oltre alle argomentazioni di tipo sistematico (impossibilità di introdurre un nuovo tipo di responsabilità oggettiva attesa

l'eccezionalità di essa) e teleologico (necessità di un collegamento tra il comportamento datoriale e l'effetto che esso produce), anche quella di carattere testuale secondo la quale l'espressione «diretti a» ha una funzione qualificativa dei comportamenti rilevanti e può essere così intesa come conoscenza e volontà della lesione, oltre che del comportamento.

La necessità dell'elemento soggettivo nell'ambito della condotta antisindacale viene confutata da coloro che propendono per la lettura, invece, oggettiva dell'art. 28 Stat. lav. [In dottrina, cfr. M. G. Garofalo, *Interessi...*, cit.; T. Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1971, pp. 125 ss.; Papaleoni, voce *Repressione della condotta antisindacale*, in *Digesto disc. Priv.-Sez. comm.*, vol. XII, Torino, 1996, p. 234; Padova, p. 794; G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il diritto sindacale*, Bologna, 1997, p. 272; Z. Grandi, G. Pera, *Commentario breve allo Statuto dei lavoratori*, 2005; F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Il diritto sindacale*, Torino, 2006; L. Galantino, *Diritto sindacale*, Torino, 2006; G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Il diritto del lavoro*, vol. II, Milano, 2006, p. 923; F. Lunardon, *La condotta antisindacale: aspetti sostanziali*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2007, vol. I (a cura di C. Zoli), pp. 503 ss.; G. Villani, *ibidem*, pp. 533 ss.] Questa impostazione considera fulcro della norma i diritti dalla stessa tutelati e che hanno un compiuto riconoscimento già sul piano costituzionale; ne deriva che la loro tutela debba essere assicurata indipendentemente dalla circostanza che via sia alla base del comportamento illegittimo del datore l'effettiva volontà di ledere i medesimi beni. Non è, però, solo la natura giuridica dei beni tutelati a far preferire la suddetta soluzione. Infatti, tutte le argomentazioni portate a sostegno della tesi avversa vengono smantellate; si parte da quella testuale secondo la quale se la norma avesse voluto subordinare l'illegittimità della condotta del datore a una qualche forma di intenzionalità, lo avrebbe espressamente previsto (argomento testuale); inoltre, si osserva che l'elemento soggettivo non è necessario e ricorrente in ogni forma di responsabilità civile tanto che vi sono tipi di responsabilità oggettiva e sempre più diffusi (argomento sistematico); e in ultimo, se l'assunto di partenza, brevemente evidenziato anche in questo commento, è che l'art. 28 Stat. lav. ha la funzione precipua di assicurare effettività ai Titoli II e III dello Statuto, questa sarà assicurata con maggiore efficacia quanto più si concentra l'analisi sulla idoneità della condotta datoriale a impedire il conflitto, opponendosi al suo fisiologico svolgimento (argomento teleologico) (*Ex multis*, Cass. 6 luglio 1992, n. 8610, in q. *Riv.*, 1992, II, p. 841; Cass. 6 giugno 1984, n. 3409, in *Foro it.*, I, 2779, con nota di O. Mazzotta, e in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 332, con nota di M. Papaleoni; Cass. 3 giugno 1987, n. 4871, in *Or. giur. lav.*, 1987, p. 582).

2.2. — *La sentenza a Sezioni Unite della Cassazione n. 5295 e l'«oggettivizzazione» della condotta antisindacale* — Tutte le argomentazioni brevemente riportate trovano la loro compiuta elaborazione nella sentenza Cass., Ss.Uu., n. 5295 del 12 giugno 1997 (In *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 5, con nota di G. Martinucci; in q. *Riv.*, 1998, II, p. 353, con nota di A. Reale; in *Dir. lav.*, 1997, I, p. 2083, con nota di A. Vallebona; in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2083, con nota di Giacalone; in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 541, con nota di M. Papaleoni) che ha consacrato la lettura «oggettiva» della previsione contenuta nell'art. 28 Stat. lav., riunendo, per così dire,

tutte le argomentazioni alla stessa addotte dalla giurisprudenza precedente e fino a quel momento rimaste frammentarie.

Sulla suddetta pronuncia ci si sofferma, benché già molteplici volte annotata e commentata, in quanto essa rappresenta il punto di riferimento pressoché incontrastato in materia (Rare, infatti, sono le pronunce in senso contrario come Cass. 5 febbraio 2003, n. 1684, in *Giur. lav.*, 2003, 10, p. 58; Cass. 18 aprile 2001, n. 5657, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 808; Trib. Torino 4 settembre 2002, in *Or. giur. lav.*, 2002, p. 471; Trib. Trieste, 10 maggio 2001, in *Giur. lav.*, 2001, 11, p. 96) tanto da essere citata per interi brani da tutte le pronunce che qui si commentano.

Afferma perentoriamente il decreto del Tribunale di Roma del dicembre 2006: «..., ai fini della configurabilità del comportamento antisindacale, deve richiamarsi il consolidato orientamento giurisprudenziale che ritiene irrilevante l'elemento intenzionale del datore di lavoro "dovendo il giudice accertare l'obiettiva idoneità della condotta denunciata a produrre il risultato vietato dalla legge, consistente nella lesione della libertà sindacale e del diritto di sciopero"». Il riferimento è all'orientamento (Cfr. dopo la pronuncia a Ss.Uu. della Cassazione, *ex multis* Cass. 16 febbraio 1998, n. 1600; Cass. 1° dicembre 1999, n. 13383, in *Mass. giur. lav.*, p. 2340, con nota di Papaleoni; Cass. 5 febbraio 2003, n. 1684, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 586; in q. *Riv.*, 2004, II, p. 141, con nota di L. Ferluga; in *Or. giur. lav.*, 2003, p. 486; Cass. 22 aprile 2004, n. 7706, in *Riv. it. dir. lav.*, II, p. 65, con nota di Bollani; Corte d'App. Potenza, 10 luglio 2003, in *D&L*, 2004, p. 49; Trib. Ancona 10 marzo 2005, in *Not. giur. lav.*, 2005, p. 160; Cons. Stato 22 febbraio 2006, n. 781, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2006, 2, p. 452; Trib. Pesaro, 17 luglio 2006, in *Mass. giur. lav., Rep.*, 2006, p. 161), che ha trovato la sua compiutezza nella sentenza delle Sezioni Unite di cui viene testualmente trascritto il brano cruciale ormai noto sul punto, nella sentenza n. 9250: «... per integrare gli estremi della condotta antisindacale è sufficiente che tale comportamento leda oggettivamente gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, non essendo necessario (ma neppure sufficiente) uno specifico intento lesivo da parte del datore non può considerarsi necessario, atteso che un errore di valutazione del datore di lavoro che non si sia reso conto della portata causale della sua condotta non fa venire meno l'esigenza di una tutela della libertà sindacale e dell'inibizione dell'attività oggettivamente lesiva; né può considerarsi sufficiente poiché l'intento del datore di lavoro non può far considerare antisindacale un'attività che non appare obiettivamente diretta a limitare la libertà sindacale».

Quest'ultima citazione viene ripresa anche dagli altri provvedimenti in commento tutti, assolutamente in linea con l'orientamento predominante; l'ultimo di essi, però, desta particolare interesse.

3. — *La ponderazione degli interessi «in gioco» nella valutazione del comportamento datoriale* — Infatti, il decreto *ex art.* 28 del Tribunale di Roma del giugno 2007 sviluppa, per certi versi completandole e innovandole, le argomentazioni a sostegno dell'oggettività della condotta antisindacale facendosi carico del gravoso compito di individuare il confine a volte *evanescente* tra un comportamento datoriale meramente difensivo e uno offensivo. Il giudice, a questo punto, introduce quale metodo di valutazione della condotta l'unitarietà della stessa; in altri termini, si sostiene che i fatti oggetto di denuncia debbano essere valutati nella loro unitarietà, prendendo cioè in con-

siderazione ogni singolo episodio in collegamento con gli altri, e non isolatamente, e, aspetto di rilievo, «avendo riguardo al fatto che i diversi e contrapposti interessi “in gioco” vanno riguardati in modo rapportuale e non – sulla scorta di una superata concezione egoistica del diritto soggettivo: *droit egoïste – ex uno latere*, come, con argomentare squisitamente concettualistico sembra fare la società resistente, senza tenere conto del fatto che il datore di lavoro è tenuto a contemperare tra loro le esigenze dell’impresa e quelle del lavoratore, armonizzando, appunto, le prime con gli interessi del prestatore d’opera». La puntualizzazione, che inerisce più il piano metodologico che quello di merito, si segnala per la sua originalità in questo precipuo contesto dal momento che invita alla valutazione complessiva degli atti e comportamenti del datore il quale avrebbe, addirittura, il compito di armonizzare i propri interessi con quelli del lavoratore. Il decreto del Tribunale romano fa espresso richiamo a una concezione «reportale», che più congruamente chiamiamo «relazionale», dei diritti soggettivi secondo la quale non si può opporre a difesa della propria condotta «esclusivamente» l’esercizio di un proprio diritto; non ci si può arroccare, cioè, dietro il paravento della posizione di cui si ha la signoria per evitare qualsivoglia censura nel caso in cui essa sconfini e comprima la posizione altrui. L’argomentazione si richiama alla nozione di diritti concorrenti di matrice angloamericana, per cui «... i diritti individuali che la nostra società riconosce spesso sono in conflitto, e quando ciò succede, il compito del governo è di scegliere. [...] Al contrario, se non si facesse così, non si tutelerebbe il diritto più importante; per cui dobbiamo riconoscere che il governo ha ragione a limitare i diritti, se ritiene verosimilmente che un diritto concorrente sia più importante di un altro» (Così, R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, pp. 277-278; la medesima lettura, sul versante civilistico, ispira F. Macioce, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, tomo I, Parte generale, Napoli, 1992, p. 185). Essa si traduce propriamente nell’idea di uno *sviamento sostanziale* nell’esercizio di una situazione soggettiva, rispetto alla sua duplice componente di interesse perseguito e, soprattutto, di *modalità dell’esercizio* del diritto, misurato non in termini assoluti e astratti, bensì valutato *a posteriori* rispetto alla dimensione variamente «relazionale» dell’esercizio del diritto [A proposito, vedi *amplius* E. Navaretta, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, spec. p. 642. Per l’influenza anche comunitaria di tale impostazione, vedi utilmente F. A. Cancilla, *Ragionevolezza e bilanciamento nelle tecniche di giudizio della Corte di Giustizia Ce*, in S. Pajno, G. Verde (a cura di), *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto* (Atti del Seminario di Palermo, 11 febbraio 2002), Torino, 2004, pp. 1-57].

In realtà, il rapporto datore-lavoratore e, in questo caso, datore-Organizzazione sindacale si caratterizza per la connaturata contrapposizione degli interessi in gioco; ed è a tale confliggenza che la citata pronuncia fa espresso riferimento non per trarne uno statico antagonismo di posizioni ma per richiamare la parte datoriale a una visione più compenetrata del sistema di relazioni sindacali. Invero, anche se il giudice, in questo caso, identifica nel datore il soggetto tenuto a contemperare le esigenze dell’impresa con quelle del lavoratore, addirittura invitandolo all’armonizzazione dei relativi interessi, in altre fattispecie, si «onerano» anche i lavoratori di tale armonizzazione impedendo la lesione di beni del datore altrettanto protetti; e, ancora una volta il ruolo di *arbiter* nella difficile ponderazione degli interessi in gioco è svolto dal giudice (A proposito del costante fenomeno di conflitto di interessi contrapposti, cfr. B. Celano,

*Diritti, Principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *www.dirittoquestionipubbliche.org*, 4, 2004). L'accostamento appena suggerito è alla giurisprudenza in materia di sciopero, laddove si oppone quale unico limite al legittimo esercizio del diritto *ex art. 40 Cost.* l'impossibilità di ledere la libertà di iniziativa economica tutelata dall'*art. 41 Cost. sub specie* di possibilità per l'imprenditore di svolgere la sua attività economica (sentenza n. 311 del 30 gennaio 1980).

Senza voler affatto entrare nel merito di una questione ampia e assai diversa da quella qui esaminata, il richiamo cui si è fatto cenno mirava a ricordare che non solo la ponderazione degli interessi è operazione nota quando si tratti di valutare la legittimità delle reciproche condotte nell'ambito dei «rapporti sindacali», ma essa è strettamente necessaria alla sopravvivenza del conflitto stesso. Si vuol dire che l'ordinamento, e in questo caso il giudice, ha il compito di garantire che il conflitto fisiologico nella dialettica sindacale non si risolva mai nell'impedimento e/o eliminazione di uno dei soggetti che vi fanno parte o nella minaccia che questo avvenga in modo che vinca il più forte ma non il più scorretto!

Ne deriva che, in entrambi i casi, si tratta di ridurre, fino a farlo scomparire l'elemento dell'intenzionalità. Infatti, in entrambe le situazioni, è indifferente che vi sia la volontà o la consapevolezza di produrre un danno; anzi, nel caso di sciopero l'intento di produrre il danno è in *re ipsa*, ma anche in quest'ultimo caso non è l'elemento volontaristico il *discrimen* per la legittimità o meno della condotta. Si richiede, pertanto, con riguardo ai soggetti coinvolti, il rispetto asettico delle regole; la stessa neutralità, in questo caso secondo un'accezione diversa da quella comune, si richiede, conseguentemente, al giudice nella sua valutazione.

Quanto appena detto assorbe ogni altra possibile considerazione sul merito delle fattispecie oggetto delle azioni proposte. Infatti, esse rientrano nella più ampia categoria di condotte che violano norme imperative. Nella prima pronuncia si è negato all'organizzazione sindacale di indire assemblee; nel secondo caso si è licenziato un lavoratore assente per permesso sindacale (regolarmente richiesto come accertato nell'istruttoria del giudizio promosso dal lavoratore per l'impugnativa del licenziamento), nell'ultimo caso vi è stata la mancata o parziale comunicazione delle informazioni sull'appalto e somministrazione. Tutti i giudici hanno ritenuto, con argomentazioni che si segnalano per l'estrema linearità, che il mancato adempimento di precise prescrizioni cui i datori erano tenuti abbia comportato l'illegittimità della condotta; in questo caso l'indagine sull'intenzionalità della condotta è del tutto superflua, in quanto, pur a voler ammettere una sua qualche rilevanza che in ogni caso per tutto quando appena detto si nega, essa sbiadisce anche alla luce del orientamento mediano rispetto ai due di cui si è già dato conto e che, per completezza, si cita che ha continuato a dare rilevanza all'elemento psicologico nei soli casi in cui la condotta datoriale si ponga in contrasto non già con una norma imperativa ma quando essa di per sé lecita, integri gli estremi dell'abuso di diritto (Cass. 19 luglio 1995, n. 7833, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 131, con nota di Bano; Cass. 8 settembre 1995, n. 9501, in *Dir. lav.*, 1997, II, p. 288, con nota di Marazza; Cass. 7 luglio 1987, n. 5922, in *Not. giur. lav.*, 1987, p. 515; Cass. 13 febbraio 1987, n. 1598, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, p. 685, con nota di Speciale; nonché Corte d'App. Milano 1° agosto 2003, in *Or. giur. lav.*, 2003, I, p. 496; Pret. Lecce, 4 febbraio 1995, in *Not. giur. lav.*, 1995, p. 22).

A quest'ultimo proposito e in conclusione, si osserva che è proprio il richiamo a una concezione relazionale e, quindi, solidaristica a confermare la lettura, per così, oggettiva dell'art. 28 Stat. lav., che vuole la condotta antisindacale privata di tutte le implicazioni intenzionali; infatti, la figura dell'abuso del diritto può considerarsi superata dal richiamo al valore della solidarietà come limite all'esercizio del diritto soggettivo poiché «... il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà: quindi gli atti emulativi e gli altri non rispondenti alla buona fede o alla correttezza, come contrari alla solidarietà, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo, non costituiscono un abuso, ossia uno sviamento dal diritto: al contrario ne sono fuori, costituiscono un eccesso dal diritto e, in quanto tali, s'intende che possono essere illeciti, secondo le norme generali» (Così F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 76).

Stella Laforgia  
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro  
presso l'Università degli Studi di Bari*

TRIBUNALE FERMO, ordinanza 4 giugno 2007 – Pres. Mazzagrecò, Est. Scolaro – Sindacato Pensionati Italiani – Lega Distrettuale di Porto Sant’Elpidio (avv.ti Alleva e Boldrini) c. R. A. (avv. Polisena).

**Attività sindacale – Libertà di manifestazione del pensiero – Diritto di critica sindacale – Legittimità e limiti – Doveri di rispettare l’altrui onore e reputazione – Diffamazione – Non sussiste.**

*In tema di diffamazione il diritto di critica si concretizza nell’espressione di un giudizio o, più genericamente, di un’opinione che, come tale, non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che la critica, per sua natura, non può che essere fondata su un’interpretazione, necessariamente soggettiva, di fatti e di comportamenti. Tuttavia, per l’irrinunciabile rispetto che è dovuto alla persona, tale critica – per quanto aspra possa essere – non può giammai trasmodare nell’attacco alla sfera privata o al patrimonio morale dell’interlocutore, degradando in gratuiti personalismi o nella mera denigrazione personale. Non si tratta dunque di valutare la veridicità di proposizioni assertive, per le quali possa configurarsi un onere di previo riscontro della loro rispondenza al vero, quanto piuttosto di stimare la correttezza delle espressioni usate (Nel caso di specie, il Tribunale di Fermo ha escluso che i manifesti affissi da parte di una organizzazione sindacale locale avessero contenuto diffamatorio). (1)*

(Omissis)

Con ricorso cautelate *ante causam*, il dr. R. A., notaio con studio in Sant’Elpidio a mare, chiedeva all’adito giudice l’emissione di un provvedimento *ex art.* 700 cod. proc. civ. al fine di ottenere la rimozione di alcuni manifesti, in quanto il loro contenuto era ritenuto diffamatorio nei suoi confronti. In particolare, rappresentava che l’affissione di tali manifesti era stata richiesta dalla locale sede del Sindacato Pensionati Italiani – Lega Distrettuale di Porto Sant’Elpidio e che il loro contenuto era quello di seguito riportato:

«P. e P.P.»

P. come pensioni.

A Porto Sant’Elpidio 4.500 pensionati e pensionate su 5.000 campano con redditi previdenziali che vanno da 434 a 750 euro mensili: non c’è molto da scialare! È uno dei risultati dello storico “sviluppo” economico e sociale del nostro territorio. Chi non ricorda i bassi salari, le evasioni dei contributi, il lavoro nero, il non rispetto dei contratti?

Protagonisti e vittime sono stati in prevalenza gli operai delle fabbriche e le lavoranti a domicilio. Oggi la situazione è forse migliore?

P.P. come piccole pensioni.

Il futuro dei giovani non si presenta molto roseo. Basta guardare, infatti, al crescente numero di lavoratori e lavoratrici "atipici" che hanno contratti di collaborazione a progetto, a tempo determinato, a chiamata, a *part-time* orizzontale, verticale e misto, a ripartizione, a intermittenza, in partecipazione. Per tutti loro i contributi previdenziali versati sono ridotti e discontinui.

Quale sarà, dunque, la pensione che riceveranno a suo tempo i diplomati e i laureati che lavorano nello studio del notaio Rossi, o nei centri commerciali, o negli enti pubblici, o in tutti quei luoghi di lavoro dove maggiore è la precarietà?

Occorre svegliarsi a cambiare rotta finché si è in tempo!».

All'esito del deposito del ricorso, il giudice adito, ritenuta la sussistenza dei presupposti richiesti, emetteva, *inaudita altera parte*, un provvedimento cautelare con cui ordinava al Comune di Porto Sant'Elpidio la rimozione o copertura dei manifesti.

Il notaio R. A. citava, pertanto, sia il Sindacato Pensionati Italiani Cgil, sia il Sindacato Pensionati Italiani – Lega Distrettuale di Porto Sant'Elpidio, sia C. S. ritenuto, tra l'altro, autore materiale dello scritto.

Si costituiva in giudizio il Sindacato Pensionati Italiani – Lega Distrettuale di Porto Sant'Elpidio il quale, oltre a eccepire l'invalidità del ricorso per mancata o carente enunciazione delle conclusioni che sarebbero state assunte nel giudizio di merito, rappresenta, in ogni caso, l'infondatezza del ricorso medesimo. In particolare veniva rivendicato l'esercizio, in quanto soggetto sindacale, del diritto di critica, da intendersi come diritto di esprimere giudizi e opinioni ragionati rispetto a quelle altrui in ambito politico, culturale, sindacale, sociale, scientifico, artistico.

All'esito della fase cautelare, il giudice designato del Tribunale di Fermo, con proprio provvedimento in data 21 marzo 2007, confermava sostanzialmente il proprio precedente provvedimento ritenendo la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Avverso tale ordinanza il Sindacato Pensionati Italiani – Lega Distrettuale di Porto Sant'Elpidio ha proposto reclamo, *ex art. 669-terdecies* cod. proc. civ., con atto depositato in Cancelleria il 11 aprile 2007, rappresentando, l'erroneità dell'ordinanza del giudice di prime cure per non aver lo stesso adeguatamente valutato i presupposti normativamente richiesti per la concessione del provvedimento cautelare in questione.

Il Tribunale, visto il reclamo, con proprio decreto in data 16 aprile 2007 convocava le parti per l'udienza del 18 maggio 2007, assegnando alla reclamante termine sino al 2 maggio 2007 per la notifica a controparte del decreto e del reclamo.

A tale udienza, dinanzi al Collegio, i Procuratori delle parti, dopo una breve esposizione orale, si riportavano rispettivamente alle conclusioni

rassegnate nei propri scritti. Il Collegio, quindi, si riservava sulla decisione del presente reclamo.

### *Diritto*

In via necessariamente pregiudiziale va affrontata e risolta la questione sollevata da parte reclamata circa il preteso difetto di legittimazione del Sindacato Pensionati italiani – Lega Distrettuale di Porto Sant’Elpidio a proporre il presente reclamo. Quanto a tale aspetto, va notato che l’odierno reclamante (Sindacato Pensionati Italiani – Lega Distrettuale di Porto Sant’Elpidio) è il medesimo soggetto cui la parte oggi reclamata ha notificato il ricorso (ritenendolo, pertanto, legittimo contraddittore). Tanto premesso, l’eccezione è infondata in quanto la legittimazione alla proposizione del reclamo (come per ogni altra impugnazione di un provvedimento giurisdizionale) spetta alle parti sostanziali tra le quali è intercorso il rapporto processuale originario.

Quanto, invece, alla questione (sempre sollevata dalla difesa del notaio R. A.) riguardante l’irritualità della produzione di nuovi documenti in fase di reclamo, giova ricordare che ai sensi dell’art. 669-terdecies cod. proc. civ. (nella sua attuale formulazione) «Il Tribunale può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti» e, pertanto, si ritiene che alle parti non sia impedita la produzione di nuova documentazione nella presente fase di giudizio.

Passando all’esame del reclamo avanzato lo stesso appare fondato e, pertanto, va revocata l’impugnata ordinanza.

In via preliminare, giova ricordare che l’emanazione di un provvedimento ex art. 700 cod. proc. civ. presuppone la presenza sia del *fumus boni iuris* – cioè di una situazione che consenta di ritenere probabile l’esistenza della pretesa in contestazione –, sia del *periculum in mora* – cioè del pericolo di grave e irreparabile pregiudizio alla situazione giuridica azionaria – così che la carenza anche di una soltanto delle suddette condizioni impedisce la concessione della natura cautelare.

Quanto al *fumus boni iuris* va detto che:

– da un lato, in tema di diffamazione il diritto di critica si differenzia da quello di cronaca essenzialmente in quanto il primo non si concretizza, come l’altro, nella narrazione di fatti, bensì nell’espressione di un giudizio o, più genericamente, di un’opinione che, come tale, non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che la critica, per sua natura, non può che essere fondata su un’interpretazione, necessariamente soggettiva, di fatti e di comportamenti. Non si tratta dunque di valutare la veridicità di proposizioni assertive, per le quali possa configurarsi un onere di previo riscontro della loro rispondenza al vero, quanto piuttosto di stimare la correttezza delle e-

spressioni usate (v. Cassazione sentenza n. 6419 del 16 novembre 2004, Cass., Sez. V, 23 gennaio 2004, n. 2300; n. 19334 del 5 marzo 2004) [*Non è, pertanto, in gioco un problema di veridicità delle proposizioni assertive, per le quali possa configurarsi un onere previo riscontro della loro rispondenza al vero, quanto piuttosto di correttezza delle espressioni usate (cfr., tra le altre, Cassazione penale, Sez. V, 14 aprile 2000, n. 7499)*];

– dall'altro, che «per l'irrinunciabile rispetto che è dovuto alla persona, tale critica – per quanto aspra possa essere – non può giammai trasmodare nell'attacco alla sfera privata o al patrimonio morale dell'interlocutore, degradando in gratuiti personalismi e nella mera denigrazione personale» (cfr., in tal senso, Cass., Sez. V, 18 dicembre 1997, n. 11905).

Ciò premesso, appare essenziale «contestualizzare» il comportamento incriminato per accertare la finalizzazione del comportamento assunto in relazione al contesto in cui sono state espresse le affermazioni, nonché verificare che l'attività del sindacato sia sostanzialmente tale e non solo formalmente (e quindi fuori dall'ambito di tutela delle attività sindacali).

Ciò premesso, in primo luogo, il manifesto oggetto di giudizio è chiaramente ispirato alla tutela sindacale di diritti fondamentali dei lavoratori (fra cui, senza dubbio, rientra il diritto alla pensione) dalla quale non si esula nonostante la specifica indicazione personale. In particolare, il manifesto oggetto di giudizio ripercorre – in forma alquanto stringata – l'evoluzione di alcuni aspetti connessi al fenomeno delle pensioni che, negli ultimi decenni, hanno interessato e interessano una parte dei lavoratori dipendenti.

Infatti:

1) nella prima parte del manifesto (*Chi non ricorda i bassi salari, le evasioni dei contributi, il lavoro nero, il non rispetto dei contratti?*) si fa riferimento a quei soggetti che – attualmente pensionati – a causa delle dette condotte (anche illegittime dei propri datori di lavoro) *campano con redditi previdenziali che vanno da 434 a 750 euro mensili*;

2) mentre nella seconda parte del manifesto, si fa riferimento a coloro che in futuro saranno pensionati i quali, lungi dall'essere attualmente impiegati in modo illegittimo, sono «lavoratrici e lavoratori "atipici" che hanno contratti di collaborazione a progetto, a tempo determinato, a chiamata, a *part-time* orizzontale, verticale e misto, a ripartizione, a intermittenza, in partecipazione. Per tutti loro i contributi previdenziali versati sono ridotti e discontinui».

Nell'ambito di questo contesto (finalizzato alla tutela dei diritti dei lavoratori), l'accostamento del nominativo del notaio R. A. viene effettuato esplicitamente solo per tale seconda categoria di soggetti (coloro che in futuro saranno in pensione) in relazione alla quale categoria non si prospettano

profili di illegittimità (trattandosi di forme di impiego consentite dalla legge) ma di «costi sociali» conseguenti a un loro utilizzo in forma «massiccia».

Resta, allora, da verificare se vi sia un accostamento suggestivo al notaio di fatti riguardanti altre persone e aventi contenuto illecito (ad esempio: la ricordata – nel manifesto – evasione contributiva che ha comportato basse pensioni).

Tanto premesso, va detto che le due parti del manifesto, appaiono in sostanziale contiguità grafica, non determinando nessun apprezzabile iato le evidenziazioni con colore più accentuato e carattere tipografico più alto dei due titoletti *P. come pensioni* e *P.P. come piccole pensioni*. Inoltre, un'espressione di continuità logica può derivare dalla riunione delle due parti in un vistoso Titolo unico iniziale che congiunge i due Titoli secondari e dall'inserimento della domanda relativa alla situazione attuale a conclusione della prima parte del manifesto, piuttosto che all'esordio della seconda.

Tuttavia appaiono decisive altre considerazioni:

– da un lato, è palese che l'intento del suo autore è quello di enfatizzare l'attuale ricorso a forme di «lavoro atipico», di talché, l'indicazione del solo nominativo del notaio (e non quello di altri soggetti pur genericamente indicati: enti pubblici ecc.), è solo apparentemente lesivo, in quanto, è direttamente funzionale alla caratterizzazione politico-sindacale dell'intero manifesto;

– dall'altro, l'aver suddiviso il manifesto in due parti aventi ciascuna a oggetto due diversi aspetti del problema «pensioni», e, soprattutto la chiarezza del tenore letterale implica – diversamente da quanto ritenuto dal giudice di prime cure – che un lettore, anche non particolarmente avvertito, è perfettamente in grado di comprendere il vero significato del manifesto e di non attribuire al notaio le condotte illegittime di cui alla prima parte del manifesto stesso.

Infatti, è netta e testuale la contrapposizione tra un periodo passato (sebbene ne perdurino le conseguenze) caratterizzato da contegni datoriali illeciti («... risultati dello storico “sviluppo” economico e sociale del nostro territorio. Chi non ricorda...») e un'attualità connotata da contratti regolari ma non a tempo indeterminato (la cui tipologia è dettagliatamente elencata) che nella prospettiva sindacale rischiano di produrre in futuro trattamenti previdenziali non desiderabili («... i contributi previdenziali versati sono ridotti e discontinui [...] Quale sarà, dunque, la pensione che riceveranno a suo tempo»).

Pertanto, sulla base delle dette argomentazioni, ritiene il Collegio che non si siano oltrepassati i limiti posti al legittimo esercizio del diritto di critica.

L'insussistenza del *fumus boni iuris* dispensa il Collegio dal verificare la sussistenza del *periculum in mora*.

La natura degli interessi dedotti in lite e la complessità delle questioni trattate costituisce giusto motivo per disporre la compensazione delle spese di lite relative alla presente fase di giudizio.

Per questi motivi

Il Tribunale di Fermo, in relazione al reclamo, *ex art. 669-terdecies* cod. proc. civ., promosso dal Sindacato Pensionati Italiani – Lega Distrettuale di Porto Sant’Elpidio.

#### (1) I CONFINI DEL DIRITTO DI CRITICA SINDACALE

Il fatto che ha dato origine alla vicenda processuale riguarda l’affissione da parte del Sindacato Pensionati Italiani – Lega Distrettuale di Porto Sant’Elpidio di alcuni manifesti il cui contenuto è stato ritenuto diffamatorio dal notaio Rossi, citato nel manifesto stesso.

Il manifesto oggetto di giudizio denuncia alcune delle criticità dell’attuale sistema pensionistico, avuto riguardo in particolare alla situazione dei giovani lavoratori «precarî». In particolare, le questioni segnalate sono due: da un lato, la condizione di disagio economico vissuta dai pensionati che, per effetto di comportamenti scorretti («chi non ricorda i bassi salari, le evasioni dei contributi, il lavoro nero, il non rispetto dei contratti»), «campano» con redditi previdenziali del tutto insufficienti e, dall’altro, la situazione dei giovani lavoratori «atipici» che versano contributi previdenziali «ridotti e discontinui», inidonei a garantire loro una adeguata pensione. Tra questi ultimi vengono citati, a titolo di esempio, «i laureati che lavorano nello studio del Notaio Rossi», provocando così la reazione che dà origine alla vicenda.

Il notaio propone ricorso cautelare *ante causam* chiedendo l’emissione di un provvedimento *ex art. 700* cod. proc. civ. al fine di ottenere la rimozione dei suddetti manifesti; il giudice adito, ritenuta la sussistenza dei presupposti richiesti, accoglie il ricorso. Si costituisce in giudizio il Sindacato rivendicando l’esercizio, in quanto soggetto sindacale, del diritto di critica, da intendersi come diritto di esprimere giudizi e opinioni ragionati rispetto a quelle altrui in ambito politico, culturale, sindacale, sociale, scientifico, artistico. Al termine della fase cautelare, il giudice designato conferma sostanzialmente il proprio precedente provvedimento. Avverso tale ordinanza la locale organizzazione sindacale propone reclamo; il procedimento si conclude con l’ordinanza in commento che nega il presunto carattere diffamatorio dei manifesti.

La pronuncia offre lo spunto per approfondire una questione di estremo interesse nell’ambito dei singoli rapporti di lavoro e, più in generale, delle relazioni sindacali: il tema dei limiti al diritto di critica sindacale.

Nel caso in esame, in particolare, si tratta di chiarire il peso che, nell’ambito dell’attività sindacale, può essere attribuito all’esercizio del diritto di critica, espressione della libertà garantita dagli artt. 21 e 39 della Costituzione, anche in considerazione del fatto che, nell’ambito del rapporto di lavoro, l’art. 1 della legge n. 300 del 1970 tutela la libertà di opinione quale espressione del diritto alla libera manifestazione del pensiero [Per tutti, G. Amoroso, *Sub art. 1*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Il diritto del lavoro*, vol. II, *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Milano,

2001, pp. 3 ss.; M. Caro, *Sub art. 1 Stat. lav.*, in M. Grandi, G. Pera, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2001, pp. 665 ss.; P. Fois, *Sub art. 1*, in U. Prosperetti (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, I, Milano, 1975, pp. 48-49].

Appare strumentale all'analisi del diritto in esame un approfondimento seppur breve del diritto di cronaca in quanto la giurisprudenza è concorde nell'estendere i limiti di verità, interesse pubblico e correttezza del linguaggio, così come individuati per l'esercizio del diritto di cronaca giornalistica, anche al diritto di critica (Il *leading case* è una pronuncia della Cassazione, 25 febbraio 1986, n. 1173, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1877; più recentemente, Cass. 14 giugno 2004, n. 11220, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 813, con nota di V. Nuzzo, *Diritto di critica del dipendente e presunta violazione del vincolo di fiducia*; Cass. 26 maggio 1998, n. 4952, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 347), seppur con alcune precisazioni che si avrà modo di indicare più avanti.

Come è noto proprio alla giurisprudenza, ormai consolidata sul punto, va il merito di aver elaborato le condizioni che legittimano un corretto esercizio del diritto di cronaca, in particolare: a) l'interesse che i fatti narrati rivestono per l'opinione pubblica secondo il principio della pertinenza; b) la correttezza dell'esposizione di tali fatti, in modo che siano evitate gratuite aggressioni all'altrui reputazione, secondo il principio della continenza; c) la corrispondenza tra i fatti accaduti e i fatti narrati secondo il principio della verità (Cass. 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giust. civ.*, 1984, I, pp. 2941 ss., nota per aver elaborato una sorta di «decalogo» del legittimo esercizio del diritto di cronaca; vedi i commenti di C. Tenella Sillani, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 1100; G. Alpa, E. Roppo, in *Nuova giur. Civ.*, 1985, I, p. 215). Quanto alla continenza, essa va intesa come moderazione, proporzione, misura nell'uso delle espressioni.

In proposito, la giurisprudenza ha chiarito il criterio secondo cui la portata diffamatoria di un testo va valutata con riferimento non solo al contenuto letterale dello stesso, ma anche alle modalità complessive con le quali il contenuto viene espresso, per cui decisivo appare l'esame dei titoli e dei sottotitoli, lo spazio utilizzato per sottolineare alcuni particolari, la collocazione in una determinata pagina ecc. (Cass. 11 febbraio 1997, in *Cass. pen.*, 1998, p. 449; Cass. 25 settembre 1995, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2199; Cass. 4 aprile 1995, n. 6062, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2943).

Anche l'ordinanza in discorso richiama la distinzione, tutta penalistica, tra diritto di critica e diritto di cronaca, sottolineando come il primo si differenzi dal secondo «in quanto non si concretizza, come l'altro, nella mera narrazioni di fatti, bensì nell'espressione di un giudizio o di un'opinione che, come tale, non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che la critica, per sua natura, non può che essere fondata su un'interpretazione, necessariamente soggettiva, di fatti e comportamenti» (In senso conforme, Trib. Bari, 26 ottobre 2005, in *www.nursind.it*; Cass. pen., 14 aprile 2000, n. 7499, in *Riv. pen.*, 2000, p. 1157). La pronuncia chiarisce inoltre la necessità di usare espressioni corrette che non sfocino mai in attacchi alla sfera privata o al patrimonio morale dell'interlocutore, mostrando così di accogliere un'interpretazione ormai costante sia della dottrina [A. Pace, F. Pietrangeli, voce *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, Milano, 2001, pp. 317 ss.; S. Beltrani, R. Marino, R. Petrucci, *Codice Penale*, Napoli, 2000, pp. 1339 ss.; E. Dolcini, G. Marinucci (a cura di), *Codice Penale Commentato*, Milano, 1999, pp. 3055 ss.; E. Musco, voce *Stampa (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, p. 633; M. Polvani, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1995] che della giurisprudenza in base alla quale

il diritto di cronaca e/o critica arretra di fronte alla tutela della dignità della persona che, a sua volta, è un diritto inviolabile dell'uomo, tutelato dall'art. 2 della Costituzione [Vedi P. Nuvolone, voce *Cronaca (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, pp. 421 ss.; Cass., Sez. lav., 24 maggio 2001, n. 7091, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, p. 258; Pretura Milano, 9 gennaio 1999, in *D&L*, 1999, p. 384; Cass. 22 ottobre 1998, n. 10511, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 280; Cass., Sez. V, 11 marzo 1998, in *Rep. Foro it.*, 1998, p. 1234].

Su questa equiparazione parte della dottrina ha manifestato una serie di perplessità; in alcuni casi sul presupposto che la realtà giornalistica è «una realtà a sé stante» e che una assimilazione sarebbe possibile solo laddove la critica del lavoratore fosse divulgata attraverso una testata giornalistica (A. Levi, *La critica della persona nel diritto del lavoro*, in *q. Riv.*, 2003, p. 521), in altri, precisando come «... spostarsi sul terreno del rapporto di lavoro muta la temperie complessiva al cui interno il problema va deliberato, ne vengono mutati i referenti e, in buona sostanza, cambiano i parametri giuridico-normativi cui riferirsi per valutare la liceità/illiceità dei comportamenti delle parti» (O. Mazzotta, *Diritto di critica e contratto di lavoro*, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1879; nello stesso senso, G. Franza, *Veri e falsi limiti al diritto di critica del lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 11, pp. 787 ss.; A. Rivara, *Riflessioni sul diritto di critica del lavoratore nell'ordinamento italiano e comunitario*, in *Lav. dir.*, 2002, n. 3, p. 427).

È bene rammentare che il diritto di critica viene definito, in generale, come libertà di esprimere valutazioni, dissensi o consensi rispetto alle opinioni altrui, come espressione di giudizi su accadimenti, fatti o circostanze dei più vari settori della vita. Il fondamento del diritto di critica, considerata la natura valutativa propria dell'espressione di opinioni e giudizi, viene ravvisato nell'art. 21 Cost., che tutela la libertà di manifestazione del pensiero in ogni sua forma (A. Pace, M. Manetti, *Rapporti civili – La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, 2006, pp. 120 ss.; C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1958).

Il diritto di critica presenta, tuttavia, delle peculiarità rispetto al diritto di cronaca, dovendo consistere in un dissenso motivato, espresso – come detto – in termini misurati e corretti e non deve assumere toni gravemente lesivi dell'altrui dignità morale e professionale, con la precisazione che il limite all'esercizio di tale diritto deve intendersi superato quando l'agente trascenda in attacchi personali diretti a colpire, su un piano individuale e senza alcuna finalità di pubblico interesse, la figura morale del soggetto criticato (M. Meucci, *Diritto di critica sindacale: condizioni e limiti*, *Consulenza*, 2003, n. 25, pp. 28 ss.; in giurisprudenza, vedi Cass. 21 settembre 2005, n. 18570, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 757; Cass. 25 settembre 2003, n. 14179, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 94; Cass. 24 maggio 2001, n. 7091, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 258).

In questo quadro, come già detto, assume particolare rilevanza la critica politica e sindacale in quanto il fine di favorire la dialettica democratica giustifica l'ampliamento dei limiti della continenza formale delle espressioni usate, così da ammettere l'uso di toni oggettivamente aspri e polemici, purché proporzionati all'interesse sociale della contesa. La critica dovrà inoltre essere necessitata dall'esigenza di diffondere gli ideali politici o sindacali professati, dovrà, cioè, essere funzionale allo scopo per cui il diritto è concesso e non potrà, come più volte detto, sconfinare in offese e aggressioni della sfera personale altrui [V. Zeno-Zencovich, *Onore e reputazione nel sistema del diritto ci-*

vile, Napoli, 1985, p. 97; Cass. 22 agosto 1997, n. 7884, in *Dir. lav.*, 1998, II, p. 166; Cass. 17 maggio 1979, n. 2846, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 51, con nota di M. Meucci, *Lo sconfinamento del diritto di critica nei conflitti di lavoro*; G. Santini, voce *Onore (dir. civ.)*, in *Nov. dig. it.*, 1965, p. 937].

Rispetto al diritto di critica generalmente inteso, non sembra superfluo sottolineare alcune delle peculiarità proprie del diritto di critica sindacale che può essere fatto valere sia su questioni che attengono al singolo rapporto di lavoro (licenziamenti, comportamenti antisindacali, trattamenti economici sfavorevoli) sia su temi che riguardano una generalità di lavoratori (come nel caso di specie). Tale diritto, tuttavia, viene sempre esercitato in una posizione di «lotta», è funzionale alla tutela contrattuale del lavoratore, ora verso un datore di lavoro, ora per contrastare un provvedimento o una situazione normativa o sociale destinata a incidere negativamente sulla posizione dei prestatori di lavoro (Per un caso in cui il diritto di critica viene esercitato per solidarietà ai colleghi, Pretura Milano, 14 aprile 1993, *D&L*, 1993, p. 872). Il che equivale a dire che mentre l'esercizio del diritto di critica in generale può essere libero, la critica sindacale è «indotta», per così dire, da una necessità di tutela dei diritti dei lavoratori.

Pertanto l'approccio più corretto al tema sembra essere quello di tenere nel giusto conto i risultati cui pervengono la dottrina e la giurisprudenza rispetto al legittimo esercizio del diritto di critica, per poi «inforcare particolari lenti» quando si tratta di valutare la liceità o meno della critica sindacale, viste le particolari finalità perseguite.

Da questo punto di vista occorre esaltare il ruolo che, all'interno dello Statuto dei lavoratori, ricopre l'art. 1 che, riconoscendo a tutti i lavoratori la libertà di manifestare il proprio pensiero, non è una semplice trasposizione, a livello di legge ordinaria, dell'art. 21 Cost. (che già tutela la libertà di manifestazione del pensiero senza eccezione alcuna) ma, piuttosto, conferma l'esigenza di «irrobustire» il principio proprio nei rapporti di lavoro, in cui più marcata è la disparità tra le parti e dove spesso la critica è l'unica arma di cui il lavoratore dispone per contrastare le iniziative del datore di lavoro (Analoghe considerazioni valgono, naturalmente, se la critica viene espressa da chi agisce in rappresentanza dei soggetti tutelati, vedi S. Canali De Rossi, *Limiti del diritto di critica del rappresentante sindacale aziendale*, in *Dir. prat. lav.*, 2007, n. 16, pp. 1033 ss.).

A tal proposito, è stato sostenuto che «nel contesto del rapporto di lavoro i valori, che fanno da supporto al diritto di critica (libertà di manifestazione del pensiero, di opinione ecc.) devono trovar voce proprio nell'ambito di quella specifica relazione contrattuale. In questo senso il diritto di libertà, che a tali valori è sotteso, è tutelato in modo più pregnante rispetto alla tutela approntata a favore del giornalista» (O. Mazzotta, *Diritto di critica e contratto di lavoro*, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1879).

Nel rispetto di questi principi la giurisprudenza, proprio in tema di critica politica e sindacale, legittima un più ampio esercizio del diritto in questione rispetto agli altri ambiti della vita sociale, ammettendo che nelle controversie di questo tipo si possano usare toni e modi di disapprovazione e riprovazione anche molto aspri, connaturati al conflitto stesso e tali da giustificare una interpretazione più attenuata del requisito della continenza formale (Tribunale Varese, 20 marzo 2007, in *D&L*, 2007, p. 510, con nota di U. M. Cafiero; Cass., Sez. lav., 21 settembre 2005, n. 18570, in *Arg. dir. lav.*, n. 1/2006, p. 289, con nota di M. G. Greco, *Diritto di critica e rapporto di lavoro*; Cass. 5 luglio 2002, n. 9743, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2625; Cass. 22 gennaio 1996, n. 465, in *Foro it.*, 1996, I, c. 493; Trib. Pisa, 24 dicembre 1983, in *Or. giur. lav.*, 1984, p.

345). Sempre rispetto all'esercizio del diritto di critica in un conflitto sindacale, si è parlato di un linguaggio «desensibilizzato» rispetto al significato di alcune espressioni che, inserite in quel contesto, «sono dotate di una carica offensiva più blanda» [E. Sanjust, *Diritto di critica e rapporto di lavoro subordinato*, nota a Trib. Cagliari, 22 ottobre 1992, n. 256, in *Riv. giur. sarda*, 1994, p. 657; Cass. pen., 14 aprile-27 giugno 2000, n. 7499, in *Gdir*, 2000, n. 32, p. 53, secondo cui in materia di critica sindacale possono essere scriminate espressioni che nella comune accezione avrebbero un indubbio rilievo lesivo dell'altrui reputazione; Cass. 17 maggio 1979, n. 2846, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 225, con nota di M. Meucci; in dottrina, M. Aimò, *Appunti sul diritto di critica sindacale*, in *q. Riv.*, 1999, II, p. 455; M. Meucci, *Ancora sul diritto di critica sindacale*, in *Lav. e prev. oggi*, 1998, p. 1083; Idem, *I limiti della critica sindacale*, in *Lav. e prev. oggi*, 1979, p. 1269; L. Failla, *Diritto di critica sindacale o diritto di offesa? Ancora sul (chiaro) confine fra la critica e l'attacco personale*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 25].

Tutto questo, s'intende, sempre nel pieno rispetto dei valori della persona posto che, come è stato sottolineato, il vincolo del rapporto di lavoro non può giustificare un diritto di critica «più ampio» rispetto a quello consentito a qualunque altro cittadino (Cass., Sez. lav., 16 maggio 1998, n. 4952, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 665, con nota di L. Failla, *Diritto di critica e rapporto di lavoro: un'importante presa di posizione della Corte di Cassazione*; Tribunale Roma, 4 aprile 1996, in *Dir. lav.*, 1996, p. 430).

Questa valutazione è tanto più delicata in quanto, nel caso in esame, le espressioni ritenute diffamatorie sono state usate da un'organizzazione sindacale nell'esercizio di un'attività sindacale garantita dall'art. 39 Cost. A questo proposito giova ricordare che la stessa giurisprudenza ha distinto le ipotesi in cui il lavoratore muove una critica nei confronti del datore di lavoro per tutelare un interesse superiore, generale o collettivo (come nel caso di specie) dalle ipotesi in cui, invece, la critica è mossa esclusivamente da un interesse individuale (Ai primi «la carta fondamentale conferisce valore preminente», così Trib. Frosinone, 8 ottobre 1986, in *Foro it.*, 1987, I, p. 948; Pret. Milano, 14 aprile 1993, in *D&L*, 1993, p. 872; Pret. Palermo, 1° dicembre 1991, in *D&L*, 1992, p. 245; S. P. Emiliani, *La libertà del lavoratore di manifestare il proprio pensiero e il dovere di rispettare l'altrui onore e reputazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 417).

In particolare la Suprema Corte ha affermato che nella «ricerca di un bilanciamento dell'interesse individuale alla reputazione con l'interesse che non siano introdotte limitazioni alla libera formazione del pensiero costituzionalmente garantita» diventa determinante l'«interesse pubblico o sociale» che la critica intende perseguire, in quanto «il bilanciamento sta nel fatto che la critica, diversamente dalla cronaca, soggiace al limite dell'interesse pubblico o sociale a essa attribuibile» (Cass. 22 gennaio 1996, n. 465, in *Foro it.*, 1996, I, c. 493).

La stessa dottrina ha sottolineato come la giurisprudenza valuti e bilanci con attenzione la molteplicità degli interessi coinvolti nell'esercizio del diritto in esame, poiché «si tratta, in particolare, di contemperare tra loro il diritto alla reputazione e all'onore del soggetto «criticato», la contrapposta libertà di opinione di colui che critica, nonché l'eventuale «terzo» interesse, cioè l'interesse finale cui risulta funzionalmente e in ultima istanza rivolto l'esercizio della critica: un interesse che, oltre che di matrice individuale [...] può avere natura collettivo-sindacale» (M. Aimò, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, pp. 226 ss.; Cass. 24 gennaio 2000, n.

747, in <http://www.legge-e-giustizia.it>; Cass. 17 maggio 1979, n. 2846, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 225; in alcuni casi, al contrario, la regola del bilanciamento degli interessi coinvolti viene ridimensionata, Cass. 16 maggio 1998, n. 4952, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 346, con nota di P. Tullini, *Il diritto di critica civile del sindacalista*).

In questo senso può leggersi anche la giurisprudenza secondo cui «nella logica contrattuale sindacale il diritto di critica verso il datore di lavoro costituisce espressione piena di esercizio di attività sindacale, quando non trasmodi in un'incivile denigrazione diffamatoria della dignità del datore di lavoro» (Pretura Lecce, 18 dicembre 1987, in *Not. giur. lav.*, 1988, pp. 394 ss.).

Ciò che il giudice deve dunque verificare nella fattispecie concreta è se si sia realizzato un esercizio corretto e costituzionalmente legittimo del diritto di critica sindacale, solo in quel caso potrà dirsi raggiunto il delicato punto di equilibrio tra i vari diritti, tutti costituzionalmente protetti, che vengono in gioco in vicende come quella in esame (Trib. Cosenza, 17 ottobre 2005, n. 299, in <http://www.lavoroprevidenza.com>; per un caso in cui la giurisprudenza si è espressa per la preminenza del fine sindacale, vedi Cass. 5 luglio 2002, n. 9743, in *Or. giur. lav.*, 2002, p. 452, con nota condivisibilmente critica di V. Matto, *Diritto di critica, esercizio di una responsabilità politico-sindacale e licenziamento*).

Quanto sin qui riassunto risulta confermato dalla pronuncia in esame, il Tribunale infatti procede con estremo rigore e correttezza nel valutare il profilo diffamatorio o meno dei manifesti, finendo – condivisibilmente – per escluderlo e ritenendo il manifesto oggetto di giudizio ispirato alla tutela sindacale dei diritti fondamentali dei lavoratori. Molto opportunamente la pronuncia sottolinea la necessità di «contestualizzare» il comportamento incriminato per accertare la finalizzazione dello stesso in relazione al contesto in cui sono state espresse le affermazioni, nonché verificare che l'attività del sindacato sia sostanzialmente tale e non solo formalmente». Di conseguenza il Tribunale, sottolineando come l'intento dei manifesti sia solo quello di criticare l'attuale ricorso a forme di «lavoro atipico», giudica l'indicazione del nominativo del notaio (e non quello di altri soggetti pur genericamente indicati: enti pubblici ecc.), solo apparentemente lesivo, in quanto direttamente funzionale alla caratterizzazione politico-sindacale dell'intero manifesto.

Teresa Schiavone  
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro  
presso l'Università degli Studi di Bari*

## SICUREZZA SOCIALE

---

CASSAZIONE, 18 luglio 2007, n. 15973, Sez. lav. – Pres. E. Mercurio, Est. A. De Matteis, P.M. F. Pivetti (conf.) – N. L. (avv. G. Rimmaudo) c. Inail (avv.ti La Peccerella e Romeo).

**Infortunio *in itinere* – Interruzione nesso di causalità – Sosta volontuaria – Rischio elettivo – Configurabilità – Disciplina ante d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 – Criterio interpretativo.**

*In tema di «infortunio in itinere», l'interruzione non necessitata, quale una sosta volontuaria al bar, va inquadrata nel rischio elettivo, nell'ambito del percorso che costituisce l'occasione di lavoro, in quanto dovuta a libera scelta del lavoratore, che comporta la permanenza o meno della copertura assicurativa a seconda delle caratteristiche della sosta alla stregua delle due condizioni, indicate dalla giurisprudenza costituzionale, delle dimensioni temporali e dell'aggravamento del rischio. La valutazione delle circostanze di fatto dell'interruzione non necessitata è compito del giudice del merito, il quale potrà adottare criteri quali il tempo della sosta in termini assoluti, o in proporzione alla durata del viaggio, purché l'interruzione non sia di durata tale da elidere il carattere finalistico che giustifica la tutela dell'infortunio in itinere o delle motivazioni stesse della sosta, avvalendosi delle indicazioni della giurisprudenza nazionale e, ove mancante e quale criterio meramente sussidiario, anche di quella dei paesi comunitari. In assenza di giurisprudenza in materia, dal criterio di interpretazione costituzionalmente orientata, dal principio di armonizzazione dei sistemi di sicurezza sociale dei paesi dell'Unione, dalla formazione, in corso, di uno spazio giurisprudenziale europeo, deriva l'ulteriore criterio interpretativo per cui nella misura in cui la legislazione di un paese comunitario disciplini, in modo specifico, un elemento non disciplinato dalla nostra legge nazionale, in conformità a precetti della Costituzione di quel paese identici a quelli della nostra Costituzione, la disciplina legislativa o giurisprudenziale del paese comunitario può costituire criterio sussidiario per la soluzione di casi non disciplinati, nel dettaglio, dalla legge italiana (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione della Corte territoriale che aveva escluso la do-*

*manda di rendita per l'infortunio occorso al lavoratore in seguito a incidente stradale verificatosi mentre, alla guida della propria auto, ritornava dal luogo di lavoro alla propria abitazione, sul presupposto che il nesso di causalità fosse stato interrotto da una sosta voluttuaria a un bar sito lungo il medesimo percorso, distinguendo tra soste necessitate, quali la necessità di un breve riposo durante un lungo percorso o la necessità di soddisfare esigenze fisiologiche, e soste voluttuarie e, tra queste ultime, tra quelle di pochi minuti, insuscettibili di modificare le condizioni di rischio, e quelle di apprezzabile durata e consistenza (come nella specie, di circa un'ora), tale da far ritenere che anche la circolazione stradale avesse avuto una sensibile modifica, sulla base dell'id quod plerumque accidit). (1)*

(*Omissis*)

Con il primo motivo il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, articolo 2, sostiene che per la qualificazione dell'infortunio *in itinere* è determinante solo la circostanza dello spostamento necessitato del lavoratore per raggiungere con il proprio mezzo l'abitazione e il posto di lavoro e viceversa, mentre sarebbe irrilevante una breve sosta effettuata per soddisfare esigenze personali.

Il motivo non è fondato.

Il quadro normativo alla cui stregua la controversia deve essere decisa è costituito dal decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, articolo 2, comma 3, introdotto dal decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38, articolo 12, che comprende nell'oggetto della assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, nell'ambito della nozione di occasione di lavoro, anche l'infortunio *in itinere*, esclusi i casi di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate; nonché gli infortuni direttamente cagionati dall'abuso di alcolici e di psicofarmaci o dall'uso non terapeutico di sostanze stupefacenti e allucinogeni; infine in caso di guida senza patente.

La stessa disposizione spiega che la interruzione e la deviazione si intendono necessitate quando sono dovute a causa di forza maggiore, a esigenze essenziali e improrogabili o all'adempimento di obblighi penalmente rilevanti. La espressa menzione nel testo legislativo, oltre che della deviazione, anche della interruzione, supera i rilievi della dottrina circa la irrilevanza del tempo del tragitto.

E sebbene la norma indicata sia successiva ai fatti di causa, nondimeno essa ne costituisce il criterio normativo per una triplice ragione, in ordine decrescente di pregnanza:

1. perché la legge 17 maggio 1999, n. 144, articolo 55, lettera *u*, nel delegare il governo a emanare una specifica normativa per la tutela dell'infor-

tunio *in itinere*, gli ha posto come criterio direttivo il recepimento dei principi giurisprudenziali consolidati in materia, sicché questi costituiscono, nel tempo, benché sotto diversa fonte normativa, prima giurisprudenziale e poi legislativa, medesimo criterio normativo (Corte Cost. ord. 11 gennaio 2005, n. 1);

2. perché il sistema di tutela infortunistica si è formato attraverso un processo evolutivo nel quale gli interventi del legislatore hanno avuto spesso la funzione di certificare e dare dignità di norma legislativa agli approdi della giurisprudenza ordinaria e costituzionale; particolare esempio di tale processo è proprio la tutela dell'infortunio *in itinere*, enucleata dalla nozione di occasione di lavoro di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, articolo 2, da una giurisprudenza pretoria (di merito e di legittimità, poi recepita dalla legge n. 144 del 1999, articolo 55, lettera *u*, la quale, partendo dalla nozione di aggravamento del rischio generico gravante su tutti gli utenti della strada (riassumibile nel catalogo di cui a Cass. 27 maggio 1982, n. 3273), attraverso una elaborazione pluridecennale, è pervenuta alla conclusione che il *quid pluris* costituente l'aggravamento risiede proprio nella finalità lavoristico (Cass. 19 gennaio 1998, n. 455, cui si è uniformata tutta la giurisprudenza successiva; *ex plurimis* Cass. 19 febbraio 1998, n. 1751, 27 febbraio 1998, n. 2210, 16 ottobre 1998, n. 10272, 24 ottobre 1998, n. 10582, 3 novembre 1998, n. 11008, 17 maggio 2000, n. 6431);

3. perché una norma successiva ben può costituire criterio interpretativo che illumina anche il regime precedente (Cass., Ss.Uu., 26 luglio 2004, n. 13967).

La giurisprudenza costituzionale citata, decidendo su una fattispecie di sosta voluttuaria al *bar* di pochi minuti, ha precisato, con ordinanza interpretativa di rigetto, e facendo riferimento alla giurisprudenza di legittimità, che una breve sosta non integra interruzione (che esclude la copertura assicurativa), ove non modifichi le condizioni di rischio. Tale giurisprudenza, che comporta un ampliamento della tutela dell'infortunio *in itinere* rispetto al testo normativo, in quanto introduce una limitata tutela della interruzione non necessitata, *sub specie* di breve sosta, convalida di conformità alla Costituzione la giurisprudenza di questa Corte in materia di infortunio *in itinere*, è coerente al quadro normativo europeo in tema di interruzione e deviazione dell'*iter*, e conforta le stesse direttive dell'Istituto assicuratore. Questo, con le linee guida per la trattazione degli infortuni *in itinere* del 15 giugno 1998, ha dato ai propri uffici la direttiva che «brevi differimenti della partenza o brevi soste lungo il tragitto (la cui brevità va valutata anche in rapporto alla motivazione dei ritardi) non costituiscono elementi tali da influire negativamente sulla valutazione della compatibilità degli orari».

La sosta voluttuaria al *bar* va inquadrata quindi nel rischio elettivo, nell'ambito del percorso, che costituisce la occasione di lavoro, in quanto dovuta a libera scelta del lavoratore, che comporta la permanenza o meno della copertura assicurativa a seconda delle caratteristiche della sosta, e cioè delle due condizioni indicate dalla giurisprudenza costituzionale, e cioè le sue dimensioni temporali e l'aggravamento del rischio.

La giurisprudenza di legittimità si è già espressa in tema di differimento dell'orario di inizio dell'*iter*, stabilendo che la permanenza del lavoratore sul luogo di lavoro e alla fine del proprio turno (nella specie, di cinquanta minuti, e motivata da visita al medico di fabbrica e incontro con collega sindacalista per ragioni attinenti al lavoro) non è idoneo a interrompere il nesso di causalità tra l'attività lavorativa e l'evento infortunistico (Cass. 18 luglio 2002, n. 10468).

Per la interruzione risulta, a quanto consta, un unico precedente (Cass. 19 aprile 1995, n. 4346), che, nell'affermare la tutela infortunistica anche per il viaggio di ritorno di un artigiano, il cui viaggio di andata sia pacificamente oggetto di tutela, ha ritenuto irrilevante una breve sosta in banca e una al *bar*, posti lungo il tragitto.

Per la sosta al *bar*, occorre tenere presente anche il maggior rigore necessario nel valutare il rischio elettivo nell'infortunio *in itinere*, che assume una nozione più ampia rispetto all'infortunio che si verifichi nel corso dell'attività lavorativa vera e propria, in quanto comprende comportamenti del lavoratore infortunato di per se non abnormi, secondo il comune sentire, ma semplicemente contrari a norme di legge o di comune prudenza (per riferimenti Cass. 18 agosto 2002, n. 12072, Cass. 6 agosto 2003, n. 11885, Cass. 18 marzo 2004, n. 5525, Cass. 3 agosto 2005, n. 16282).

La valutazione delle circostanze di fatto della interruzione non necessita è compito del giudice del merito, il quale potrà adottare criteri quali il tempo della sosta in termini assoluti, o in proporzione alla durata del viaggio, in quanto la interruzione non necessitata non può essere di durata tale da elidere il carattere finalistico che giustifica la tutela dell'infortunio *in itinere*, o, come indicato dall'istituto assicuratore, delle motivazioni stesse della sosta, avvalendosi delle indicazioni della giurisprudenza nazionale o, ove mancante e quale criterio meramente sussidiario, anche di quella dei paesi comunitari. Dal criterio di interpretazione costituzionalmente orientata, dal principio di armonizzazione dei sistemi di sicurezza sociale dei paesi dell'Unione, dalla formazione in corso di uno spazio giurisprudenziale europeo, si può, infatti, derivare il seguente criterio interpretativo: nella misura in cui la legislazione di un paese comunitario disciplini in modo specifico un elemento non disciplinato dalla nostra legge nazionale, in conformità a precetti della Costituzione di quel paese identici a quelli della nostra Costituzione,

la disciplina legislativa o giurisprudenziale di quest'altro paese comunitario (ampiamente riportate da vari Autori e dallo stesso istituto assicuratore) può costituire criterio, certamente sussidiario, per la soluzione di casi non disciplinati nel dettaglio dalla legge italiana.

A questi criteri si è sostanzialmente attenuta la sentenza impugnata laddove ha affermato che le soste voluttuarie di pochi minuti, insuscettibili di modificare le condizioni di rischio, non escludono la tutela dell'infortunio *in itinere*; ciò a riprova che i principi enunciati dalla Corte Costituzionale, con rinvio alla giurisprudenza di legittimità, rispondono a valori insiti e diffusi dell'ordinamento, percepiti anche dalla sentenza impugnata. Il primo motivo di ricorso, secondo cui sarebbe determinante solo lo spostamento in occasione di lavoro, e irrilevanti le circostanze di questo, quali la interruzione non necessitata, non ha fondamento giuridico, alla luce dei principi sopra riportati.

Con il secondo motivo, deducendo omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia (articolo 360 cod. proc. civ., nn. 3 e 5), il ricorrente contesta la valutazione della sentenza impugnata circa la durata della sosta. Rileva che il turno di lavoro è cessato alle ore 21 e il sinistro, come risulta dal verbale della polizia, si è verificato alle ore 22. Ove si consideri che, finito il turno, il N. L. si è dovuto recare dal reparto agli spogliatoi per cambiarsi, quindi andare a piedi all'uscita della fabbrica, prendere la vettura dal posteggio e poi compiere il tragitto, la fermata al *bar* sarebbe stata di breve durata e tale da non modificare il rischio stradale. Contesta altresì la presunzione di aggravamento del rischio su cui si fonda la decisione della Corte, perché al contrario sarebbe notorio che più ci si avvicina all'ora notturna, più il traffico tende a diminuire e non ad aumentare.

Il secondo motivo si risolve in una censura agli accertamenti di fatto della sentenza impugnata, relativi alla durata della sosta e alle condizioni di rischio. Sul primo punto, la sentenza impugnata ha parlato di circa un'ora; i rilievi del ricorrente sui tempi dello spogliatoio e del verbale della polizia stradale intervenuta, costituiscono elementi di fatto che per la loro genericità non sono tali da inficiare la valutazione della sentenza impugnata. Il ricorrente non deduce di avere indicato al giudice del merito le dimensioni dell'azienda, i tempi di percorrenza a piedi, le distanze chilometriche (tenute presenti le contenute dimensioni spaziali della cittadina di [*Omissis*]), tutti dati necessari per consentire a questa Corte il sindacato sul vizio di motivazione dedotto.

Sul secondo punto, trattasi di valutazione di merito che non appare illogica, considerata l'ora tarda, dopo il tramonto.

Il ricorso deve essere pertanto respinto.

(*Omissis*)

Per Questi Motivi

rigetta il ricorso. Nulla per le spese processuali del presente giudizio.

(1) INFORTUNIO *IN ITINERE* E ULTRATTIVITÀ TEMPORALE  
DELLA FATTISPECIE NORMATIVA

Con ricorso al giudice del lavoro il sig. N. L. chiedeva che l'incidente stradale occorsogli mentre alla guida della propria auto ritornava dal luogo di lavoro alla propria abitazione fosse qualificato come infortunio *in itinere* e che gli venisse riconosciuta la relativa rendita. Il giudice del lavoro riteneva che il nesso di causalità fosse stato interrotto da una sosta voluttuaria a un *bar* sito lungo il percorso; tale sentenza veniva confermata dalla Corte d'Appello di Genova. Avverso quest'ultima decisione il lavoratore ha proposto ricorso per Cassazione deciso, conformemente alla sentenza di merito, con la decisione in epigrafe.

La sentenza in esame, ponendosi nel solco tracciato dalla precedente giurisprudenza della Suprema Corte e ribadendo quanto affermato dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza n. 1 del 10 gennaio 2005, offre l'occasione per affrontare la tematica dell'infortunio *in itinere* e in particolare la problematica delle soste interruttrive del nesso causale.

Con la introduzione del comma 3 dell'art. 2, d.P.R. n. 1124/1965, avvenuta a opera del d.lgs. n. 38/2000, il legislatore ha riconosciuto l'indennizzabilità dell'infortunio nel tragitto da e per il posto di lavoro ponendo i requisiti essenziali per l'integrazione della fattispecie. Si considera infortunio sul lavoro, salvo il caso di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o comunque non necessitate, quello occorso a persone assicurate: durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro; durante il percorso che unisce due luoghi di lavoro; durante il percorso di andata e ritorno dal luogo di consumazione abituale dei pasti se l'azienda non è dotata di mensa. La norma si premura di specificare che «L'interruzione e la deviazione si intendono necessitate quando sono dovute a cause di forza maggiore a esigenze essenziali e improrogabili o all'adempimento di obblighi penalmente rilevanti».

Si sono, quindi, posti problemi interpretativi relativi al concetto di «interruzione» e al suo ambito applicativo. In particolare ci si è domandati quali soste integrassero, alla luce della nuova normativa, l'ipotesi di cesura del nesso causale fra lavoro e incidente e quali, al contrario, non andassero a ledere tale legame. In materia si è pronunciata la Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 1 del 2005. Il giudice delle leggi, interrogato dal Tribunale di Trento sulla legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, del Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, ha avuto modo di sottolineare come, per escludere l'indennizzabilità, occorre che la soluzione di continuità nel tragitto compiuto dal lavoratore dalla propria abitazione al luogo di lavoro e viceversa, abbia la connotazione e la consistenza di una vera e propria interruzione, per definire la quale occorre tener conto della giurisprudenza ordinaria. Infatti, già precedentemente al d.lgs. n. 38/2000 le pronunce della S.C. avevano avuto modo di individuare la sosta integrante rischio elettivo – considerandosi tale il rischio che sia collegato a una scelta arbitraria del lavoratore che crei o affronti una situazione di pericolo diversa da quella inerente allo svolgimento dell'attività lavorativa (*Ex multis*: Cass. n. 1718 del 27 gennaio 2006; Cass. n. 11950/2005) e come tale atto a rescindere in nesso fra infortunio e lavoro – in quelle modificazioni o interruzioni del normale itinerario che modificassero il rischio corso dal lavoratore (Cass. n. 455 del 19 gennaio 1998; Cass. n. 3970 del 21 aprile 1999; Cass. n. 10468 del 18 luglio 2002).

In argomento si è poi dimostrato recettivo anche l'Istituto assicurativo il quale, con la nota del 24 gennaio 2005, ha provveduto a integrare quanto disposto con le «Linee guida per la trattazione degli infortuni *in itinere*» del 15 giugno 1998 nel senso che le brevi soste che non espongono l'assicurato a un rischio diverso da quello da quello che avrebbe dovuto affrontare se il normale percorso fosse stato compiuto senza soluzione di continuità, non interrompono il nesso causale tra lavoro e infortunio e non escludono l'indennizzabilità dello stesso.

La sentenza in commento, inoltre, conferma quanto già statuito dalla, seppur di poco, precedente pronuncia della Suprema Corte n. 15266 del 6 luglio 2007, ribadendo l'applicabilità della disciplina posta dall'art. 12 del d.lgs. n. 38/2000 anche a infortuni avvenuti antecedentemente alla sua entrata in vigore. Per giungere a tale conclusione la Corte di Cassazione ricorre ad argomentazioni, mutate dalla giurisprudenza costituzionale, di triplice ordine. Innanzi tutto viene rilevato come l'art. 55, lett. *u*, della legge n. 144/1999, dalla quale trae origine il citato art. 12, d.lgs. n. 38/2000, nel delegare il governo a emanare la disciplina specifica sull'infortunio *in itinere*, ha esplicitamente posto come criterio direttivo al legislatore il recepimento dei principi giurisprudenziali consolidati in materia. Le sentenze della S.C. avevano, infatti, individuato, in mancanza di una normativa in argomento di generale applicazione, i criteri in base ai quali un infortunio intervenuto al di fuori del luogo e dell'orario di lavoro fosse collegabile all'attività prestata e conseguentemente indennizzabile dall'assicurazione obbligatoria. Criteri che potevano e possono essere, in estrema sintesi, individuati nella sussistenza di un nesso eziologico tra il percorso stradale, che deve costituire l'itinerario normale da seguire per recarsi o per tornare dal lavoro, e l'attività lavorativa nel senso che il tragitto non deve essere scelto dal prestatore per ragioni personali e in orario non immediatamente ricollegabile con la prestazione lavorativa dovuta (Per la giurisprudenza antecedente alla entrata in vigore del d.lgs. n. 38/2000 si vedano *ex multis*: Cass. 8 ottobre 1992, n. 10961; Cass. 15 maggio 1990, n. 4076). Dalla prima considerazione deriva direttamente anche la seconda, con la quale la S.C. conferma l'origine giurisprudenziale dell'istituto in oggetto e la stretta dialettica che si è avuta nell'evoluzione della disciplina antinfortunistica fra i giudici e il legislatore. Gli interventi di quest'ultimo hanno avuto, infatti, spesso la funzione di dare forza di legge agli approdi della giurisprudenza, sia ordinaria che costituzionale. Terzo e ultimo argomento a favore dell'applicabilità della normativa in esame è il richiamo che la Suprema Corte fa al principio dell'utilizzo, in chiave interpretativa, di una norma successiva alla legislazione applicabile *ratione temporis*. Criterio già in precedenza enunciato, in materia di obbligo contributivo nei confronti dei soci lavoratori antecedente dell'entrata in vigore della legge n. 142/2001, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione le quali, nella sentenza n. 13967 del 26 luglio 2004, hanno chiarito come la soluzione legislativa successiva possa valere non solo *pro futuro* ma anche, a causa della sua evidente funzione ordinativa e chiarificatrice, per dissipare le incertezze interpretative generate col passar del tempo dalla legislazione precedente.

Daniele Costanzi

*Dottorando presso la Facoltà di Giurisprudenza  
dell'Università di Roma «Tor Vergata»*

CASSAZIONE, 22 giugno 2007, n. 14624, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Curcuruto, P.M. Destro (conf.) – Ministero dell'economia e delle finanze (Avv.ra Generale dello Stato) c. C. R. (avv.ti Fiore e Vacirca).

**Impiego pubblico – Portatore di disabilità sopravvenuta dopo l'assunzione – Art. 21, legge n. 104 del 1992 – Diritto alla scelta prioritaria nell'assegnazione di sede – Insussistenza.**

*In tema di pubblico impiego, il diritto alla scelta prioritaria nell'assegnazione di sede, riconosciuto alle persone handicappate dall'art. 21 della legge n. 104 del 1992, spetta a chi sia già portatore di handicap al momento in cui venga assunto, senza che sia possibile estendere il diritto alla precedenza di sede al dipendente successivamente divenuto portatore di handicap, il quale può semmai far valere il diverso diritto di essere trasferito con precedenza a domanda. Ciò vale a maggior ragione con riferimento alle posizioni dirigenziali, per le quali il conferimento dell'incarico può essere collegato proprio alla situazione particolare della sede di destinazione, sicché il diritto alla scelta prioritaria, ove riconosciuto al dirigente divenuto portatore di handicap dopo l'assunzione dell'incarico, vanificherebbe il contenuto dell'incarico stesso, imponendo all'amministrazione un obbligo di modifica dell'incarico durante lo svolgimento dello stesso. (1)*

(Omissis)

9. Con il primo motivo del ricorso incidentale è denunciata violazione e falsa applicazione della legge 5 dicembre 1992, n. 104, art. 21. In subordine viene prospettata questione di legittimità costituzionale della stessa norma di legge con riferimento agli artt. 2, 3, 38 e 97 Cost.

Si addebita alla sentenza impugnata di aver ritenuto che la legge n. 104 del 1992, art. 21, potesse trovare applicazione solo in favore di coloro che fossero portatori di *handicap* all'atto della costituzione del rapporto, laddove invece la suddetta disposizione attribuisce alla persona handicappata il diritto alla scelta prioritaria tra le sedi disponibili senza distinguere fra prima sede di servizio e sedi successive né fra situazioni di *handicap* sussistenti prima o dopo l'assunzione.

In ogni caso, si assume che una lettura restrittiva della disposizione in esame determinerebbe dubbi di legittimità costituzionale della norma, con riferimento alle norme della Costituzione, richiamate dianzi.

10. Con il secondo motivo del ricorso incidentale è denunciata violazione e falsa applicazione del combinato disposto della legge 5 dicembre 1992, n. 104, art. 21, e del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 19, come novellato dalla legge 15 luglio 2002, n. 145, art. 3, omesso esame di un fatto decisivo, con violazione degli artt. 1362, 1363 e 1367 cod. civ., in

relazione all'art. 13, comma 7, del Contratto collettivo nazionale di lavoro 1998/2001, applicabile all'area della dirigenza.

Si addebita anzitutto alla sentenza impugnata di aver escluso che la legge n. 104 del 1992, art. 21, potesse trovare applicazione con riferimento alla scelta della sede da parte del dipendente, in base al ritenuto carattere discrezionale del conferimento di ciascun incarico dirigenziale, trascurando che l'articolo in esame ai fini della sua applicabilità, non distingue i rapporti di lavoro a secondo che siano caratterizzati o no dall'*intuitus personae*. Si addebita inoltre alla sentenza, sotto altro profilo, di aver totalmente omesso l'esame del provvedimento del Direttore generale degli affari generali del personale che invitava gli interessati a esprimere le proprie preferenze per l'attribuzione di una serie di posizioni dirigenziali, indicate in allegato al provvedimento, e della conseguente specifica richiesta del C. In tal modo la sentenza aveva ignorato totalmente il fatto, decisivo e risultante peraltro con chiarezza dagli atti di causa, che l'amministrazione aveva attribuito essa stessa una facoltà di scelta agli interessati, in accordo, del resto, con la specifica disposizione contrattuale – anch'essa inadeguatamente interpretata dalla Corte d'Appello – che impone all'amministrazione la pubblicità e il continuo aggiornamento degli incarichi conferiti e dei posti dirigenziali vacanti per consentire agli interessati di chiederne l'attribuzione.

(*Omissis*)

12. Il ricorso incidentale è infondato e va rigettato.

13. I primi due motivi possono esser esaminati congiuntamente in quanto connessi.

13.1. Il testo della legge 5 febbraio 1002, n. 104, art. 21 (legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), è il seguente:

«(Art. 21 precedenza nell'assegnazione di sede).

1. La persona handicappata con un grado di invalidità superiore ai due terzi o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della tabella A annessa alla legge 10 agosto 1950, n. 648, assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo, ha diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili.

2. I soggetti di cui al comma 1 hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda».

13.2. Vi è dunque nella disposizione in esame un esplicito collegamento tra l'assunzione e superamento della selezione concorsuale o altro titolo che consenta l'ingresso nella amministrazione pubblica. Questo collegamento non si spiega se non ritenendo che la legge abbia inteso correlare il rilievo della situazione di *handicap* con il momento in cui il rapporto di lavoro si costituisce. Non vi sarebbe infatti alcuna ragione di far riferimento alle moda-

lità dell'assunzione (concorso o altro titolo) se non per sottolineare il collegamento temporale con il momento in cui si viene assunti.

La legge avrebbe infatti potuto anche riferirsi alla persona handicappata dipendente da un ente pubblico. In tal caso essa avrebbe inserito come elemento della fattispecie il solo rapporto di dipendenza e quindi questo rapporto avrebbe avuto rilievo anche in un momento successivo all'assunzione. Invece non ha parlato di questo ma del momento dell'assunzione. Quindi descrivere la fattispecie che dà titolo alla scelta prioritaria quale situazione della «persona handicappata assunta come vincitrice del concorso ad altro titolo» significa individuare l'elemento soggettivo con riferimento a una situazione presente al momento dell'assunzione.

13.3. A ulteriore rafforzamento di questa scelta la legge ha ritenuto comunque opportuno inserire il riferimento al concorso o ad altro titolo, richiamando così genericamente tutte le situazioni che possono giustificare una assunzione. Poiché, evidentemente, ai fini della tutela apprestata dalla legge le modalità di assunzione sono palesemente irrilevanti, il richiamo a esse opera su di un altro piano, nel senso che riduce in ogni caso la possibile area incertezza semantica del termine «assunto». Con questo termine, infatti, ben si può designare chi sia già stato assunto, anche se in tal caso l'utilizzazione non sarebbe usuale parlandosi piuttosto di dipendente. In ogni caso, l'incertezza è eliminata dal riferimento alla situazione di vincitore di concorso (che peraltro costituisce la regola in materia di assunzione) estesa, per non escludere altri casi, anche ad altre modalità di selezione dei dipendenti; riferimento mediante il quale si precisa meglio quale significato debba attribuirsi al termine «assunto». In conclusione è a colui che essendo già portatore di *handicap* venga assunto per concorso o in altro modo che trova applicazione la tutela. Per chi sia assunto senza essere handicappato la scelta prioritaria non è consentita.

13.4. D'altra parte, anche considerando il profilo delle conseguenze giuridiche in favore della persona handicappata, poi assunta, sembra difficile affermare che la scelta prioritaria tra sedi disponibili possa estendersi anche al dipendente successivamente divenuto portatore di *handicap*.

13.5. In favore di quest'ultimo non si potrà certo parlare di sedi disponibili al momento della scelta. Ma, una volta effettuata la scelta e determinata la sede di servizio del dipendente, lo spostamento successivo non potrebbe essere più esercizio del diritto di scelta prioritaria ma semmai del diverso diritto di essere trasferito con precedenza a domanda.

13.6. Sennonché anche tale diritto, previsto dal comma 2 dell'articolo in commento, opera pur sempre in favore dei soggetti di cui al comma 1. Naturalmente si potrebbe sostenere che i soggetti di cui al comma 1 sono anche coloro che divengano portatori di *handicap* successivamente. Ma in ef-

fetti, come osserva la Corte di merito, così interpretato il comma 2 sarebbe ridondante. Infatti, se le invalidità successive alla costituzione del rapporto dessero comunque diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili, allora la precedenza in sede il trasferimento a domanda prevista nel comma 2 sarebbe attribuita inutilmente perché già con il comma 1, una volta insorto l'*handicap*, la scelta prioritaria delle sedi sarebbe garantita.

13.7. Va anche osservato che dal punto di vista delle esigenze organizzative dell'amministrazione, esigenze che la nostra giurisprudenza, sia pure con riferimento all'art. 33 della cit. legge, ha più volte messo in evidenza e sostanzialmente riconosciute (Cass. 20 gennaio 2001, n. 829; 29 settembre 2002, n. 12692; 25 gennaio 2006, n. 1396), un diritto di scelta prioritaria fra le sedi disponibili da esercitare non al momento dell'assunzione, ma al momento del verificarsi delle condizioni sanitarie per l'*handicap*, rischia di mettere in crisi il modello organizzativo predisposto.

13.8. Ciò tanto più quando si tratti, come nella specie, di posizioni dirigenziali. Infatti, il diritto di scelta prioritaria fra le sedi disponibili una volta che si sia stati assegnati a una determinata sede sulla base di un incarico dirigenziale, caratterizzato anche da obiettivi specifici (d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 19, comma 2) che ben possono essere collegati proprio alla situazione particolare della sede di destinazione vanificherebbe nel corso del periodo di incarico dirigenziale proprio il contenuto dell'incarico e imporrebbe di ipotizzare a carico dell'amministrazione un obbligo di modifica dell'incarico durante lo svolgimento dello stesso.

13.9. Tali conseguenze certamente incompatibili con le esigenze riassunte nell'art. 97 Cost., tolgono consistenza al dubbio di costituzionalità prospettato con il primo motivo di ricorso, evidente essendo la necessità, soddisfatta dalla norma, nell'interpretazione che si ritiene qui preferibile, di un bilanciamento degli interessi di rilievo costituzionale qui in gioco.

Per Questi Motivi

La Corte di Cassazione

rigetta il ricorso incidentale; rigetta nel merito la domanda proposta da C. R. contro il Ministero delle finanze.

(*Omissis*)

(1) DIRIGENZA PUBBLICA E DISABILITÀ SOPRAVVENUTA:  
UN'IPOTESI DI MANCATA TUTELA

A distanza di meno di un anno ci troviamo nuovamente a commentare una sentenza della Suprema Corte in materia di legge n. 104, avente origine da fasi di merito incardinate davanti al Tribunale e alla Corte d'Appello di Trento (Si veda S.

Assennato, *Diritto, aspettativa o potenzialità nella tutela del lavoro dei disabili*, in q. Riv., 2006, p. 551).

In questo caso si rileva inoltre la profonda complessità – riflessa anche sul piano strutturale della pronuncia in commento – che è tale da testimoniare la complessità della vicenda processuale e quindi le difficoltà proprie del decidere, sia delle singole fasi di merito che dello stesso giudizio di legittimità testè concluso.

Nell'ampiezza delle argomentazioni svolte si vuole evidenziare un aspetto che forse, nell'*iter* logico della pronuncia può passare impercettito nella sua estrema rilevanza.

La Suprema Corte giunge, infatti, a negare al ricorrente incidentale il diritto a tutela ex art. 21, legge n. 104/92, sul presupposto che lo stesso non fosse portatore di *handicap* nel momento della costituzione del rapporto di lavoro pubblico dirigenziale.

Non si avvede la Corte che tale conclusione contrasta con il ragionamento svolto in precedenza dagli stessi giudici?

La semplice lettura del complesso articolato di cui alla sentenza consente, infatti, di evidenziare il passaggio in cui si afferma che il vincitore di concorso in attesa di assegnazione gode di semplice aspettativa, da cui scaturisce interesse legittimo di diritto privato, essendo solo la stipula formale del contratto individuale a dare ingresso e titolo alla vera e propria tutela.

Su questa base la Corte ha fornito una interpretazione quanto mai – e ingiustificatamente – rigida e letterale della norma, ritenendola applicabile alle sole prime assegnazioni e ai trasferimenti a domanda «dei soggetti assunti per concorso».

L'adesione a una tale lettura del testo normativo si ritiene non sia condivisibile per due ordini di ragioni che appariranno più chiare ed evidenti in seguito.

Sul piano peculiare del singolo caso di specie – dall'esame delle carte del processo – emerge che il contratto individuale per funzioni dirigenziali era stato sottoscritto tra le parti nel corso del febbraio 2001, con contestuale assunzione delle funzioni presso la sede di assegnazione di Trento.

Appare altrettanto pacifico che la domanda di riconoscimento di *handicap* – ai sensi della stessa legge n. 104 (domanda conclusa con visita effettuata a settembre 2001) – era stata presentata in base a precedente verbale di invalidità civile che riconosceva una riduzione della capacità di lavoro pari al 70%.

Considerando che, per giurisprudenza costante e consolidata della stessa Cassazione, il riconoscimento dei benefici di invalidità civile decorre, salvo specifica diversa indicazione, dalla data della domanda amministrativa (Si veda sul punto Cass., Sez. lav., 17 ottobre 2002, n. 14732); non si vede quindi come un riconoscimento effettuato a settembre 2001 possa considerarsi preclusivo del diritto ai benefici di cui al già citato art. 21.

Ciò in particolare a fronte del precedente riconoscimento di invalidità civile, con verbale presumibilmente – ma con buona approssimazione di verità – anteriore alla sottoscrizione del contratto di lavoro, circostanza che avrebbe dovuto far ritenere lo *status* di invalido civile come sussistente al momento della sottoscrizione del contratto stesso.

Su un piano più generale è da ritenere che una limitazione di tal fatta alle tutele previste in questo ambito per i lavoratori disabili sia fortemente discriminatoria, profilandosi come unico rimedio contro l'espulsione di questi lavoratori dalla realtà produttiva.

Una tale conclusione, che oggettivamente risulta inaccettabile, provocherebbe il vanificarsi delle finalità di reinserimento sociale e lavorativo, proprie della legge n. 104/92 e di tutta la conseguente normativa nazionale e non solo, in tema di disabilità (Sul punto E. Savino, L. Aprile, G. Bianco, P. Di Palma, P. G. Iacoviello, V. Vecchione, *Il reinserimento lavorativo del disabile: un iter privilegiato per l'assicurato Inail*, dal sito [www.inail.it](http://www.inail.it)).

Quanto sopra, anche volendo prescindere dalle considerazioni in tema di spesa sociale pubblica che, inevitabilmente, verrebbe a crescere, per garantire a questi soggetti un sostentamento adeguato ai sensi dell'art. 36 Cost.

Il lavoratore pubblico, secondo la Suprema Corte, non può, per assurdo, divenire disabile (dopo la costituzione del rapporto) ed essere adeguatamente tutelato nei suoi interessi.

Ci si chiede allora, in questa sede, quale senso abbia avuto la storica (e mai abbastanza sottolineata) abolizione del requisito di sana e robusta costituzione fisica, non solo per l'assunzione delle funzioni pubbliche, ma anche, molto più semplicemente, per l'accesso ai relativi concorsi.

In ogni caso, l'accettazione di una tale linea interpretativa potrebbe far prevedere, per il futuro, una contrazione drammatica del già difficile mercato del lavoro per gli appartenenti alle categorie protette.

Diversamente, ma sullo stesso piano logico, si potrebbe postulare un inaccettabile livellamento verso il basso delle posizioni lavorative ricoperte da soggetti disabili quando, invece, nella stragrande maggioranza dei casi si tratta di persone che a parità di mansioni risultano più preparate o con titoli di livello più elevato.

Non si può peraltro escludere, nel caso di specie, che il comportamento tenuto dalla pubblica amministrazione in qualità di datore di lavoro possa aver avuto valenza aggravante, rispetto alla già riscontrata invalidità, con conseguente aggravio dei costi a carico della stessa amministrazione.

Si prescinde in questa sede dalla considerazione per cui il comportamento della p.a. possa essere o meno qualificabile come *mobbing* ai sensi della normativa vigente (Sul punto si veda Cass., Sez. lav., 6 marzo 2006, n. 4774, con nota di Recchia, in *Lav. prev. oggi*, 2006, p. 651, nonché M. Pedrazzoli, *Vessazioni e Angherie sul luogo di lavoro*, Zanichelli, 2007).

Un utile contributo, se non alla definitiva soluzione della problematica, quanto meno a una diversa lettura del dato normativo sarebbe potuto venire con la rimessione della questione alla Corte Costituzionale – la cui eccezione è stata a torto ritenuta infondata – per evidente violazione del principio di uguaglianza e trattandosi evidentemente di diritti che trovano diretto fondamento in principi di rango costituzionale e che, in quanto tali, hanno carattere derogatorio rispetto alle ordinarie procedure di assegnazione sia delle sedi che dei trasferimenti, non essendo neppure consentito l'obbligo di permanenza per alcuni anni nella sede di prima assegnazione, così come stabilito anche dalla giurisprudenza amministrativa.

D'altronde le Sezioni Unite della stessa Cassazione hanno recentemente affermato che, qualora nell'impiego pubblico privatizzato ricorrano le condizioni per la previsione di quote di riserva relative alle assunzioni obbligatorie ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68, la conseguente graduatoria vincola in modo assoluto il

datore di lavoro a individuare gli aventi diritto all'assegnazione dei posti riservati (v. Cass., Ss.Uu., 22 febbraio 2007, n. 4110).

In conclusione, sembra palese la considerazione per cui la posizione del lavoratore pubblico delineata dall'art. 21 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 – senza differenze tra comparto dirigenziale o altro –, va qualificata come diritto soggettivo perfetto, rispetto alla quale non residua alcun margine di discrezionalità all'amministrazione, salvo il criterio della disponibilità del posto.

A supporto di tale conclusione occorre anche considerare che il diritto all'effettiva tutela non può essere fatto valere solo quando venga a ledere, in misura consistente, le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, nella misura in cui questo possa tradursi – in particolare per quanto riguarda proprio il lavoro pubblico – in un danno erariale e quindi alla comunità.

Non si tratta quindi di offrire un'interpretazione analogica di una disposizione che non è, non vuole e non può essere eccezionale quanto, piuttosto, di ricavare e applicare l'unica interpretazione – della stessa norma – costituzionalmente adeguata che riguarda l'estensione fisiologica di un trattamento di particolare tutela offerto a soggetti svantaggiati.

Silvia Assenato  
*Avvocato in Roma*

TRIBUNALE VELLETRI, ordinanza 27 ottobre 2007, Sez. lav. – Est. Pellettieri – C. C. (avv.ti G. Sante e Silvia Assennato) c. Asl Roma H (avv. Rosatelli).

**Portatori di disabilità – Permessi – Benefici legge n. 104/92 – Requisiti – Sistematicità e adeguatezza dell'assistenza – Irrilevanza della distanza tra la sede di lavoro e la residenza del disabile – Effetti (art. 33, comma 5, legge n. 104/92).**

*Una ragionevole interpretazione dell'art. 33, legge n. 104/92, anche nella scorta della più recente giurisprudenza della Suprema Corte recepita nella Circolare Inps n. 90 del 23 maggio 2007, conduce a ritenere che gli unici requisiti richiesti affinché il lavoratore possa usufruire dei permessi previsti in tale norma, debbano considerarsi la sistematicità e l'adeguatezza dell'assistenza offerta dal lavoratore medesimo alla persona con disabilità grave in relazione alle esigenze di quest'ultima, sistematicità e adeguatezza che non possono essere esclusi né dagli impegni di lavoro di colui che deve prestare assistenza, né dall'eventuale distanza intercorrente tra la sede di lavoro e la residenza del disabile. (1)*

*(Omissis)*

*Motivi della decisione*

*(Omissis)* Una ragionevole interpretazione dell'art. 33, legge n. 104/92, anche nella scorta della più recente giurisprudenza della Suprema Corte recepita nella Circolare Inps n. 90 del 23 maggio 2007, conduce a ritenere che gli unici requisiti richiesti affinché il lavoratore possa usufruire dei permessi previsti in tale norma, debbano considerarsi la sistematicità e l'adeguatezza dell'assistenza offerta dal lavoratore medesimo alla persona con disabilità grave in relazione alle esigenze di quest'ultima, sistematicità e adeguatezza che non possono essere esclusi né dagli impegni di lavoro di colui che deve prestare assistenza, né dall'eventuale distanza intercorrente tra la sede di lavoro e la residenza del disabile; pertanto il ricorso va accolto con conseguente ordine alla Asl resistente di concedere alla ricorrente i permessi di cui al più volte citato art. 33, legge n. 104/92.

*(Omissis)*

(1) PERMESSI EX ART. 33 DELLA LEGGE N. 104/92:

CONTINUITÀ DELL'ASSISTENZA E LONTANANZA GEOGRAFICA

L'art. 33 della legge n. 104/92 così dispone: «1. (abrogato ex art. 86 del d.lgs. n. 151 del 26 marzo 2001). 2. I soggetti di cui al comma 1 possono chiedere ai ri-

spettivi datori di lavoro di usufruire, in alternativa al prolungamento fino a 3 anni del periodo di astensione facoltativa, di due ore di permesso giornaliero retribuito fino al compimento del terzo anno di vita del bambino. 3. Successivamente al compimento del terzo anno di vita del bambino, la lavoratrice madre o, in alternativa, il lavoratore padre, anche adottivi, di minore con *handicap* in situazione di gravità, nonché colui che assiste una persona con *handicap* in situazione di gravità parente o affine entro il terzo grado, convivente, hanno diritto a tre giorni di permesso mensile coperti da contribuzione figurativa, fruibili anche in maniera continuativa a condizione che la persona con *handicap* in situazione di gravità non sia ricoverata a tempo pieno. 4. Ai permessi di cui ai commi 2 e 3, che si cumulano con quelli previsti all'articolo 7 della citata legge n. 1204 del 1971, si applicano le disposizioni di cui all'ultimo comma del medesimo articolo 7 della legge n. 1204 del 1971, nonché quelle contenute negli articoli 7 e 8 della legge 9 dicembre 1977, n. 903. 5. Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato ha diritto a scegliere ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede. 6. La persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità può usufruire alternativamente dei permessi di cui ai commi 2 e 3, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferita in altra sede, senza il suo consenso. 7. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3, 4 e 5 si applicano anche agli affidatari di persone handicappate in situazione di gravità».

Il testo della legge ora citato è il frutto dell'intervento modificativo della legge n. 53 dell'08 marzo 2000, il cui art. 19 ha, tra l'altro, modificato il comma 5 della descritta norma abrogando le parole «con lui convivente».

Nella sua novellata forma, pertanto, l'art. 33 della legge n. 104 del 05 febbraio 1992 pone quali presupposti alla fruizione di permessi retribuiti finalizzati all'assistenza del familiare con *handicap* i seguenti requisiti:

a) il soggetto disabile da assistere:

– deve versare nella situazione di gravità prevista dall'art. 3, comma 3 della legge n. 104 del 5 febbraio 1992 e, pertanto, deve essere portatore di una minorazione singola o plurima che abbia ridotto l'autonomia personale correlata all'età in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione. Tale condizione non è automatica conseguenza del riconoscimento di una percentuale di invalidità pari o prossima di al 100% e deve essere accertata dalla Asl competente che ne rilascia certificazione;

– non deve essere ricoverato «a tempo pieno» in Istituti specializzati;

b) il lavoratore che deve prestare assistenza:

– deve essere genitore, coniuge, parente o affine entro il III grado del soggetto disabile o, comunque, esserne il tutore o curatore;

– l'assistenza prestata deve essere continuativa ed esclusiva;

A seguito dell'intervento della legge n. 53 dell'08 marzo 2000 non costituisce più presupposto indefettibile del godimento dei benefici previsti dalla legge n. 104/92 la convivenza del lavoratore con il disabile.

L'ordinanza in commento offre una interessante chiave interpretativa dei caratteri di continuità ed esclusività dell'assistenza al disabile ai fini dei benefici *ex lege*

n. 104/92, dando concreta applicazione all'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte e alla Circolare Inps del 23 maggio 2007 che ha fatto proprio il predetto orientamento.

In particolare, la Corte di Cassazione con sentenza n. 7701 del 16 maggio 2003 in ordine al requisito dell'esclusività dell'assistenza ha stabilito che: «non pare esservi dubbio sul fatto che lo spirito della legge sia quello di non lasciare il minore gravemente handicappato in balia di sé stesso neanche momentaneamente, e privo di affetto a opera di chi lo possa assistere convenientemente anche dal punto di vista materiale. Se questo è lo scopo della legge, ove tale convenienza non sia raggiunta, come non è raggiunta ove il congiunto non lavoratore debba provvedere da solo alla incombenza, una interpretazione conforme agli scopi della legge pretende che una altra persona possa sostituire almeno momentaneamente l'avente diritto originario. Orbene, se questa seconda persona è un lavoratore, appare ovvio e necessario che possa godere di brevi permessi retribuiti».

La stessa Suprema Corte con sentenza n. 13481 del 20 luglio 2004 ha, inoltre, affermato: «Dalla lettura del comma 3 dell'art. 33 della legge n. 104 non si evince che la presenza in famiglia di altra persona che sia tenuta o che possa provvedere all'assistenza del parente portatore di *handicap* escluda il diritto ai tre permessi mensili retribuiti. Infatti tale presenza non esclude il bisogno dei permessi. Essendo presupposto del diritto la circostanza che il portatore di *handicap* non sia ricoverato a tempo pieno, è presumibile che, durante l'orario di lavoro di chi presta l'assistenza e può fruire dei permessi, all'assistenza provveda altra persona presente in famiglia ed è ragionevole il bisogno di questa di poter fruire di tre giorni feriali di libertà, coincidenti con la funzione dei permessi retribuiti del lavoratore. Il criterio è analogo a quello previsto per i genitori di portatori di *handicap*, regolato nel medesimo articolo, per i quali la circostanza che uno di essi non lavori, e quindi possa prestare assistenza, non esclude il diritto ai permessi retribuiti. Si deve concludere che né la lettera, né la *ratio* della legge escludono il diritto ai permessi retribuiti in caso di presenza in famiglia di persona che possa provvedere all'assistenza» (vedi in senso conforme anche Consiglio di Stato, Sezione III, del 19 gennaio 1998).

Quanto stabilito dalla Suprema Corte con le descritte decisioni è, del resto, espressione della *ratio* sottesa alla legge n. 104 del 05 febbraio del 1992, evidenziata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 325 del 1996: «superare o contribuire a far superare i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative e nell'esercizio di diritti costituzionalmente protetti. [...] Non bisogna dare alla norma un rilievo eccessivo, perché non è immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare».

Ebbene, facendo propri e in applicazione dei descritti principi, l'Inps, con Circolare n. 90 del 23 maggio 2007, ha rivisto le proprie posizioni in ordine all'interpretazione dei requisiti della continuità e della esclusività dell'assistenza nonché in ordine al concetto di «lontananza» tra l'abitazione o la sede di lavoro di chi presta assistenza e quella del disabile da assistere.

Trattasi di una radicale inversione di rotta rispetto a quanto precedentemente affermato dall'Istituto nelle Circolari nn. 133 del 17 luglio 2000 e 128 dell'11 luglio 2003.

In particolare, in ordine al requisito della continuità, l'Inps riteneva che lo stesso consistesse nell'effettiva assistenza quotidiana da parte del lavoratore, genitore o parente del soggetto disabile e, pertanto, non era individuabile nel caso di oggettiva lontananza delle abitazioni degli stessi, lontananza non solo in tempo spaziale, ma anche temporale. (cfr. Circolare Inps n. 133 del 17 luglio 2000).

Il concetto di lontananza veniva poi meglio specificato nella successiva Circolare n. 128 dell'11 luglio 2003 ove, al punto 8, l'Istituto affermava che, ai fini della sussistenza del requisito della continuità dell'assistenza, è necessario valutare l'elemento della «lontananza» da intendersi non solo in senso spaziale, ma anche temporale e, pertanto, il requisito della continuità era considerato soddisfatto solo nel caso in cui fosse possibile ricoprire la distanza tra l'abitazione del soggetto prestatore dell'assistenza e quella del disabile nell'arco di circa un'ora. In caso contrario, veniva richiesta rigorosa prova da parte dell'interessato, sia dei rientri giornalieri sia dell'effettiva assistenza che fosse possibile fornire in tale situazione di lontananza.

In ordine al requisito dell'esclusività, l'Inps riteneva che detto requisito fosse sufficiente solo nel caso in cui il lavoratore richiedente i permessi fosse l'unico soggetto a prestare assistenza al disabile e, quindi, l'esclusività non veniva ritenuta soddisfatta nel caso in cui il soggetto disabile non convivente con il lavoratore richiedente, risultasse, invece, convivere in un nucleo familiare ove fossero presenti lavoratori beneficiari di permessi per il medesimo soggetto disabile o soggetti non lavoratori in grado di assisterlo.

Ostativa alla sussistenza del requisito dell'esclusività veniva, inoltre, ritenuta la frequentazione da parte del soggetto disabile di centri specializzati, tanto nel caso di frequentazione giornaliera che per parte della giornata.

Con Circolare n. 90 del 23 maggio 2007 l'Inps, mutando radicalmente le proprie opinioni in merito ai requisiti richiesti per fruire dei benefici previsti dalla legge n. 104 del 1992, ha posto nuovi criteri per la concessione dei predetti benefici.

In particolare, ai fini della sussistenza del requisito della continuità non è più richiesta un'assistenza quotidiana, bensì un'assistenza sistematica e adeguata alle concrete esigenze della persona con disabilità in situazione di gravità.

Ne segue una diversa valutazione della distanza e della lontananza tra l'abitazione o la sede di lavoro del lavoratore richiedente i permessi e quella del soggetto disabile.

L'Inps, infatti, nella predetta Circolare n. 90 del 23 maggio 2007, afferma che i benefici di cui alla legge n. 104 del 1992 si debbano riconoscere altresì a quei lavoratori che, pur risiedendo o lavorando in luoghi anche distanti da quello in cui risiede di fatto la persona con disabilità in situazione di gravità, offrano allo stesso un'assistenza sistematica e adeguata, la quale dovrà risultare dal cd. «Programma di assistenza» a firma congiunta del lavoratore richiedente e della persona con disabilità che della stessa si giova. (Programma di assistenza poi meglio specificato nel successivo messaggio n. 15021 del 07 giugno 2007).

Sempre nella Circolare n. 90 del 23 maggio 2007, inoltre, in ordine al requisito dell'esclusività, l'Inps afferma che lo stesso non debba farsi coincidere con l'assenza di qualsiasi altra forma di assistenza pubblica o privata, stante l'irrelevanza della presenza o meno nell'ambito del nucleo familiare del disabile grave di conviventi familiari non lavoratori idonei a fornire l'aiuto necessario e la compatibilità della fruizione dei benefici in questione con il ricorso alle strutture pubbliche, enti cd *no profit* o personale badante.

Solo il «ricovero a tempo pieno», pertanto, ovvero per le 24 ore, implica la non sussistenza del requisito della esclusività. È naturale che, anche nel caso di ricovero a tempo pieno, va fatta salva l'eccezione del ricovero finalizzato a un intervento chirurgico o a scopo riabilitativo di un bambino di età inferiore ai tre anni con disabilità grave per il quale risulti documentato il bisogno di assistenza da parte di un genitore o di un familiare.

Ebbene, in ragione del sopra descritto orientamento giurisprudenziale e della conseguente inversione di rotta dell'Istituto previdenziale, correttamente il Tribunale di Velletri con l'ordinanza in commento ha accolto il ricorso in via d'urgenza poiché ha riconosciuto sussistenti, nel caso concreto, la sistematicità e l'adeguatezza dell'assistenza prestata dalla lavoratrice richiedente i permessi alla signora C. C. interdetta e sottoposta alla sua tutela; permessi che erano stati negati dall'Asl di Ancona, datore di lavoro della ricorrente, per la presunta non sussistenza del requisito della continuità, anche in ragione della distanza tra l'abitazione della lavoratrice e quella dell'interdetta, rispettivamente residenti in Genzano di Roma e in Ancona.

Alla luce di quanto esposto, sembra potersi pienamente condividere la posizione assunta dal Tribunale di Velletri che ha ravvisato l'irrilevanza dell'elemento della lontananza tra la sede di lavoro del soggetto richiedente i permessi e la residenza del disabile, nonché individuato la sistematicità e l'adeguatezza come gli unici requisiti dell'assistenza al soggetto disabile grave ai fini della concessione dei benefici *ex lege* n. 104 del 05 febbraio 1992.

Trattasi, infatti, di un'interpretazione in linea con la *ratio* della predetta legge e conforme sia al consolidato orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte che ai nuovi criteri fissati in materia dall'Inps.

Raffaella Cultrera  
*Avvocato in Roma*



**ANALITICO-ALFABETICO  
DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI**

APPALTO

Somministrazione di manodopera – Distinzione – Appalto di servizi – Caratteri essenziali della fattispecie – Carenza – Apparato sanzionatorio (Tribunale Roma, 7 marzo 2007, n. 6269, Sez. lav.) 182

ATTIVITÀ SINDACALE

Libertà di manifestazione del pensiero – Diritto di critica sindacale – Legittimità e limiti – Doveri di rispettare l'altrui onore e reputazione – Diffamazione – Non sussiste (Tribunale Fermo, ordinanza 4 giugno 2007). 244

CONDOTTA ANTISINDACALE

Art. 28 Stat. lav. – Elemento soggettivo – Irrilevanza (Tribunale Roma, 13 dicembre 2006 (decreto), Sez. lav.) 224

Art. 28 Stat. lav. – Elemento soggettivo – Irrilevanza (Cassazione, 18 aprile 2007, n. 9250, Sez. lav.) 223

Art. 28 Stat. lav. – Elemento soggettivo – Irrilevanza (Tribunale Roma, 5 giugno 2007 (decreto), Sez. lav.) 223

## CONTRATTO A TERMINE

Imprese concessionarie di servizi nel settore postale – Complementarietà e non alternatività rispetto all'art. 1, d.lgs. n. 368/2001 – Illegittimità clausola di apposizione del termine senza indicazione della causale – Permanenza del rapporto di lavoro dopo la scadenza del termine (Tribunale Milano, 29 giugno 2007). 155

Imprese concessionarie di servizi nel settore postale – Contrasto con diritto comunitario – Disapplicazione – Illegittimità clausola di apposizione del termine senza indicazione della causale – Permanenza del rapporto di lavoro dopo la scadenza del termine (Tribunale Foggia, 11 aprile 2007). 155

## CONTRATTO DI LAVORO

Condizioni di lavoro ingiuste – Accettazione – Difformità dal contratto collettivo – Estorsione – Sussistenza – Estremi (Cassazione, 21 settembre-5 ottobre 2007, n. 36642, Sez. II penale). 102

## CONTROVERSIE DI LAVORO

Contratto collettivo – Interpretazione – Criterio letterale – Preminenza – Esclusione – Ricorso al criterio dell'interpretazione complessiva delle clausole – Condizioni (Cassazione, sentenza 8 marzo 2007, n. 5287, Sez. lav.). 213

## IMPIEGO PUBBLICO

Istituti superiori e università – Personale – Domanda di «docente esterno» per l'inserimento nella graduatoria di selezione per l'insegnamento in scuola secondaria superiore pubblica – Applicabilità *ratione temporis* della legge n. 62 del 2000 – Disciplina prevista nell'art. 1 di detta

legge – Conseguimento di apposito titolo abilitativo alla data di entrata in vigore della stessa legge – Necessità – Conseguenze – Fattispecie (Cassazione, 13 aprile 2007, n. 8905, Sez. lav.). 116

#### INFORTUNIO *IN ITINERE*

Interruzione nesso di causalità – Sosta voluttuaria – Rischio elettivo – Configurabilità – Disciplina *ante* d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 – Criterio interpretativo (Cassazione, 18 luglio 2007, n. 15973, Sez. lav.). 255

#### LAVORO A TEMPO PARZIALE

Trasformazione del tempo pieno in tempo parziale per ragioni familiari – Fungibilità dei lavoratori – Sussistenza *del fumus boni iuris* – Procedimento *ex art.* 700 cod. proc. civ. (Tribunale Genova, 11 maggio 2007, Sez. lav.). 147

#### LICENZIAMENTO COLLETTIVO

Licenziamenti collettivi – Politica sociale – Direttive n. 98/59/Ce e n. 2002/14/Ce – Informazione e consultazione dei lavoratori – Calcolo delle soglie di lavoratori impiegati – Normativa nazionale francese – Esclusione dei lavoratori di età inferiore ai ventisei anni – Contrasto con il diritto comunitario (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 18 gennaio 2007, causa n. C-385/05, Sez. II). 85

#### LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Illegittimità – Clausola di stabilità – Clausola penale – Risarcimento – Liquidazione – Limiti (Tribunale Modena, sentenza 13 luglio 2007, Sez. lav.). 134

## PORTATORI DI DISABILITÀ

Impiego pubblico – Portatore di disabilità sopravvenuta dopo l'assunzione – Art. 21, legge n. 104 del 1992 – Diritto alla scelta prioritaria nell'assegnazione di sede – Insussistenza (Cassazione, 22 giugno 2007, n. 14624, Sez. lav.). 262

Permessi – Benefici legge n. 104/92 – Requisiti – Sistematically e adeguatezza dell'assistenza – Irrilevanza della distanza tra la sede di lavoro e la residenza del disabile – Effetti (art. 33, comma 5, legge n. 104/92) (Tribunale Velletri, ordinanza 27 ottobre 2007, Sez. lav.). 269

## RIPOSO SETTIMANALE

Cadenza ebdomadaria del riposo – Derogabilità – Limiti – Inadempimento contrattuale – Risarcimento del danno – Criteri di determinazione – Onere della prova (Cassazione, 11 aprile 2007, n. 8709, Sez. lav.). 124

## SCIOPERO

Diritto di stabilimento – Trasporti marittimi – Diritto delle organizzazioni sindacali di ricorrere a sciopero e azioni collettive per dissuadere un'impresa a registrare una nave con la bandiera di un altro Stato membro – Contrasto con l'art. 43 TCe (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 11 dicembre 2007, causa C-348/2005). 27

Libera prestazione dei servizi – Direttiva n. 96/71/Ce – Contratto collettivo del settore edilizio dello Stato ospitante privo di efficacia *erga omnes* – Diritto delle organizzazioni sindacali di ricorrere a sciopero e azioni collettive per indurre l'impresa straniera ad applicare il contratto collettivo del settore – Contrasto con l'art. 49 TCe e Direttiva n. 96/71 (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 18 dicembre 2007, causa C-341/2005). 27

## TRASFERIMENTO D'AZIENDA

Nozione di «articolazione funzionalmente autonoma» – Art. 32, d.lgs. n. 276/2003 – Soppressione requisito preesistenza – Perdurante vigenza del requisito dell'autonomia funzionale – Autonomia funzionale: necessità di valutazione oggettiva – Conseguenza: indisponibilità della nozione da parte dei soggetti imprenditoriali protagonisti della vicenda circolatoria aziendale (Tribunale Padova, 5 febbraio 2007, Sez. lav.).

197

### CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

#### *2006*

## DICEMBRE

Tribunale Roma, 13 dicembre 2006 (decreto), Sez. lav. – Est. Bracci – Sult (avv.ti Faranda, Crupi) c. Alitalia Spa (avv.ti Marazza, Trodella).

224

#### *2007*

## GENNAIO

Corte di Giustizia delle Comunità europee, 18 gennaio 2007, causa n. C-385/05, Sez. II – Pres. Timmermans, Est. Shintgen, Avv. Gen. Mengozzi – Confédération générale du travail-Cgt (avv. A. Lyon-Caen), Confédération française démocratique du travail-Cfdt, Confédération française de l'encadrement-Cfe-Cgc, Confédération française des travailleurs chrétiens-Cftc (avv. H. Masse-Dessen), Confédération générale du travail-Force ouvrière (avv. T. Haas) c. Premier Ministre, Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement (Repubblica francese).

85

## FEBBRAIO

Tribunale Padova, 5 febbraio 2007, Sez. lav. – Est. Campo – Bu. Lu. e altri (avv. Moro) c. Tim Italia Spa (avv.ti Maresca, Romei e Boccia). 197

## MARZO

Tribunale Roma, 7 marzo 2007, n. 6269, Sez. lav. – Est. Delle Donne – V. e altri (avv. Spinosa) c. Acea Spa (avv. Maresca). 182

Cassazione, sentenza 8 marzo 2007, n. 5287, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Est. Cuoco, P.M. Fedeli, – Z. A. (avv. Lucchetti) c. Unicredit Banca Spa (avv.ti Persiani e Piccininno).  
Conferma App. Ancona 20 febbraio 2003. 213

## APRILE

Cassazione, 11 aprile 2007, n. 8709, Sez. lav.— Pres. Mercurio, Est. Balletti, P.M. Fedeli – A. e altri (avv. Trioni) c. Sar (avv.ti Pessi, Gentile e Greppi).  
Cassa App. Genova 13 marzo 2004. 124

Tribunale Foggia, 11 aprile 2007 – Est. Colucci – Villani (avv. De Michele) c. Poste Italiane Spa (avv.ti Fiorillo e Carrieri). 155

Cassazione, 13 aprile 2007, n. 8905, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Balletti, P.M. Nardi (conf.) – S. (avv. Pettini) c. Comune di Firenze (avv.ti Peruzzi e Lorizio). 116

Cassazione, 18 aprile 2007, n. 9250, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Balletti, P.M. Nardi (conforme) – Poste Italiane Spa (avv. Fiorillo) c. Cobas P.T. Cub - Coordinamento di base delegati P.T. di Milano (avv. Brochiero Magrone). 223

## MAGGIO

Tribunale Genova, 11 maggio 2007, Sez. lav. – Est. Basilisco – X (avv.ti Gobessi e Parodi) c. Y Spa (avv. Dosio). 147

## GIUGNO

Tribunale Fermo, ordinanza 4 giugno 2007 – Pres. Mazzagrecò, Est. Scolaro – Sindacato Pensionati Italiani – Lega Distrettuale di Porto Sant’Elpidio (avv.ti Alleva e Boldrini) c. R. A. (avv. Polisena). 244

Tribunale Roma, 5 giugno 2007 (decreto), Sez. lav. – Est. Leo – Slc-Cgil Compensorio di Roma Est (avv.ti Aiello, Bidetti, Faranda) c. Telecom Italia Spa (avv.ti Maresca, Morricò, Romei, Boccia). 223

Cassazione, 22 giugno 2007, n. 14624, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Curcuruto, P.M. Destro (conf.) – Ministero dell’economia e delle finanze (Avv.ra Generale dello Stato) c. C. R. (avv.ti Fiore e Vacirca). 262

Tribunale Milano, 29 giugno 2007 – Est. Martello – Lippi (avv. Zezza) c. Poste Italiane Spa (avv. Amato). 155

## LUGLIO

Tribunale Modena, sentenza 13 luglio 2007, Sez. lav. – Est. C. Ponterio – Gschwandler A. J. D. (avv.ti Martinelli, Conti e Moratti) c. Martini Spa (avv.ti Montuschi e Michinelli). 134

Cassazione, 18 luglio 2007, n. 15973, Sez. lav. – Pres. E. Mercurio, Est. A. De Matteis, P.M. F. Pivetti (conf.) – N. L. (avv. G. Rimmaudo) c. Inail (avv.ti La Peccerella e Romeo). 255

## OTTOBRE

Cassazione, 21 settembre-5 ottobre 2007, n. 36642, Sez. II penale – Pres. Rizzo, Est. Ambrosio, P.M. Cetrangolo (concl. diff.) – L. e altri ricorrenti.  
Conferma App. Cagliari, Sez. distaccata di Sassari, 21 gennaio 2003. 102

Tribunale Velletri, ordinanza 27 ottobre 2007, Sez. lav. – Est. Pellettieri – C. C. (avv.ti G. Sante e Silvia Assennato) c. Asl Roma H (avv. Rosatelli). 269

## DICEMBRE

Corte di Giustizia delle Comunità europee, 11 dicembre 2007, causa C-348/2005 – Pres. Skouris, Est. Schintgen, Avv. Gen. Poiares Maduro – International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line Abp, Ou Viking Line Eesti. 27

Corte di Giustizia delle Comunità europee, 18 dicembre 2007, causa C-341/2005 – Pres. Skouris, Est. Löhmus, Avv. Gen. Mengozzi – Laval und Partneri Ltd. c. Svenska Byggnadsarbetareföbundet, Svenska Byggnadsarbetareföbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet. 27

---

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE  
E CONTRATTUALI

## COSTITUZIONE

– art. 2 .....	262
– art. 3 .....	166, 262
– art. 10 .....	166
– art. 11 .....	166
– art. 21 .....	249
– art. 29 .....	153
– art. 30 .....	153
– art. 31 .....	153
– art. 33 .....	120
– art. 36 .....	267
– art. 37 .....	152
– art. 38 .....	262
– art. 39 .....	249
– art. 40 .....	242
– art. 41 .....	149, 242
– art. 36 .....	124
– art. 76 .....	166
– art. 87 .....	165
– art. 97 .....	262
– art. 117 .....	162

## Preleggi

– art. 12 .....	218
– art. 14 .....	129

## CODICE CIVILE

– art. 1175 .....	232
– art. 1218 .....	133
– art. 1226 .....	131
– art. 1341 .....	144
– art. 1362 .....	131, 213, 262

– art. 1363 .....	213, 262
– art. 1364 .....	213
– art. 1365 .....	213
– art. 1366 .....	218
– art. 1367 .....	218, 262
– art. 1368 .....	218
– art. 1369 .....	218
– art. 1370 .....	218
– art. 1371 .....	218
– art. 1375 .....	232
– art. 1382 .....	139
– art. 1384 .....	134
– art. 1418 .....	128
– art. 1427 .....	103
– art. 1434 .....	103
– art. 1435 .....	103
– art. 1655 .....	183
– art. 1662 .....	193
– art. 1677 .....	189
– art. 2043 .....	238
– art. 2047 .....	238
– art. 2048 .....	238
– art. 2049 .....	238
– art. 2094 .....	189
– art. 2103 .....	198
– art. 2104 .....	134
– art. 2105 .....	134
– art. 2109 .....	129
– art. 2112 .....	191, 197
– art. 2118 .....	144
– art. 2126 .....	132
– art. 2946 .....	132
– art. 2948 .....	132

#### CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 337 .....	225
– art. 360 .....	215, 259
– art. 378 .....	125
– art. 414 .....	124, 184
– art. 420 .....	135

– art. 429 .....	141
– art. 669- <i>octies</i> .....	149, 245
– art. 700 .....	147, 244

#### CODICE PENALE

– art. 157 .....	106
– art. 160 .....	106
– art. 393 .....	114
– art. 629 .....	103
– art. 649 .....	109

#### CODICE PROCEDURA PENALE

– art. 192 .....	103
– art. 194 .....	103
– art. 606 .....	103

#### LEGGI E DECRETI

legge n. 370 del 1934	
– art. 5 .....	125
legge 19 gennaio 1942, n. 86	
– art. 6 .....	119
legge 10 agosto 1950, n. 648 .....	263
legge 14 febbraio 1958, n. 138	
– art. 1 .....	129
– art. 8 .....	125
legge n. 1369/60 .....	183
– art. 1 .....	194
– art. 3 .....	189
legge 18 aprile 1962, n. 230 .....	138, 157
– art. 1 .....	158
d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124	
– art. 2 .....	256
legge n. 604 del 1966 .....	139
legge n. 300 del 1970	
– art. 1 .....	249
– art. 7 .....	134
– art. 18 .....	138, 190
– art. 20 .....	233

– art. 23 .....	225
– art. 24 .....	225
– art. 28 .....	223
– art. 30 .....	225
– art. 31 .....	225
legge n. 1204 del 1971	
– art. 7 .....	270
d.P.R. n. 417/1974	
– art. 77 .....	117
d.P.R. n. 418/1974 .....	118
d.P.R. n. 419/1974 .....	118
legge 9 dicembre 1977, n. 903	
– art. 7 .....	270
– art. 8 .....	270
legge n. 18/78 .....	158
legge 25 marzo 1986, n. 84 .....	158
legge n. 56/1987	
– art. 23 .....	169
legge n. 86/89 .....	161
deliberazione Comune di Firenze del 6 aprile 1989, n. 1218/1053	
– art. 19 .....	117
legge 11 maggio 1990, n. 108 .....	139
legge n. 223/1991	
– art. 5 .....	151
legge 5 febbraio 1992, n. 104	
– art. 3 .....	270
– art. 21 .....	262
– art. 33 .....	265, 269
d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297	
– art. 352 .....	117
– art. 355 .....	119
d.l. n. 510/96	
– art. 9 .....	162
legge n. 626/96 .....	190
legge 17 maggio 1999, n. 144	
– art. 55 .....	256
d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 .....	255
– art. 12 .....	256
legge 8 marzo 2000, n. 53	
– art. 9 .....	152

– art. 19 .....	270
d.lgs. n. 61/2000	
– art. 5 .....	150
legge 10 marzo 2000, n. 62	
– art. 1 .....	116
d.lgs. n. 72/2000	
– art. 3 .....	189
legge 23 dicembre 2000, n. 388	
– art. 51 .....	122
legge comunitaria n. 422/00 .....	161
legge costituzionale n. 3/01 .....	163
d.lgs. n. 18/2001 .....	200
– art. 1 .....	208
legge n. 142/2001 .....	261
d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 .....	152
– art. 86 .....	269
d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165	
– art. 19 .....	262
d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368	
– art. 1 .....	155
– art. 2 .....	155
– art. 10 .....	163
– art. 11 .....	157
legge 15 luglio 2002, n. 145	
– art. 3 .....	262
legge 14 febbraio 2003, n. 30 .....	190, 210
d.lgs. n. 66 del 2003	
– art. 9 .....	129
– art. 17 .....	129
d.lgs. 23 aprile 2003, n. 115 .....	152
d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 .....	150
– art. 1 .....	210
– art. 4 .....	193
– art. 20 .....	189
– art. 22 .....	189
– art. 24 .....	227
– art. 27 .....	184
– art. 29 .....	182
– art. 32 .....	191, 197
– art. 84 .....	196
d.m. 21 luglio 2004 .....	184

decreto correttivo 6 ottobre 2004, n. 251 . . . . .	184
legge n. 80/2005 . . . . .	149
legge n. 168/2005 . . . . .	149
legge del 23 dicembre 2005, n. 266	
– art. 1 . . . . .	155
legge n. 51/2006 . . . . .	149
d.l. 4 luglio 2006, n. 223 . . . . .	190
legge 4 agosto 2006, n. 248 . . . . .	190
legge 27 dicembre 2006, n. 296	
– art. 1 . . . . .	190
legge 24 dicembre 2007, n. 247	
– art. 1 . . . . .	189

#### LEGGI DEL REGNO DI SVEZIA

##### Costituzione

– art. 17 . . . . .	32
---------------------	----

legge del 10 giugno 1976, n. 580 . . . . .	32
--	----

– art. 41 . . . . .	33
---------------------	----

– art. 42 . . . . .	33
---------------------	----

– art. 25- <i>bis</i> . . . . .	33
---------------------------------	----

– art. 31- <i>bis</i> . . . . .	33
---------------------------------	----

legge del 9 dicembre 1999, n. 678 . . . . .	32
---	----

#### LEGGI DELLA FINLANDIA

##### Costituzione

– art. 13 . . . . .	57
---------------------	----

#### LEGGI DELLA REPUBBLICA FRANCESE

##### codice del lavoro

– art. L. 321-2 . . . . .	88
---------------------------	----

– art. L. 321-3 . . . . .	88
---------------------------	----

– art. L. 421-1 . . . . .	87
---------------------------	----

– art. L. 620-10 . . . . .	88
----------------------------	----

##### legge 26 luglio 2005, n. 846

– art. 1 . . . . .	89
--------------------	----

decreto n. 2005/892 . . . . .	88
-------------------------------	----

## UNIONE EUROPEA

## Trattato Ce

– art. 2 .....	26
– art. 3 .....	52
– art. 12 .....	28
– art. 13 .....	101
– art. 30 .....	178
– art. 39 .....	60
– art. 43 .....	6, 189
– art. 44 .....	70
– art. 45 .....	70
– art. 46 .....	22
– art. 47 .....	70
– art. 48 .....	9
– art. 49 .....	4
– art. 50 .....	18
– art. 55 .....	55
– art. 81 ( <i>ex art.</i> 85) .....	67
– art. 136 .....	26, 174
– art. 137 .....	12, 100, 174
– art. 137.5 .....	97
– art. 139 .....	158
– art. 234 .....	8, 180

## Commissione europea

Direttiva n. 92/85 .....	174
Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, n. 96/71/Ce .....	4, 190
– art. 1 .....	5
– art. 3 .....	6
– art. 4 .....	31
Direttiva n. 98/59/Ce	
– art. 1 .....	85
– art. 5 .....	86
Direttiva del 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce ..	156
– art. 1 .....	167
– clausola 1 .....	158
Direttiva n. 99/77/Ce	
– clausola 8 .....	155
Direttiva n. 2000/78/Ce .....	99

Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio	
11 marzo, n. 2002/14/Ce	
– art. 1 .....	87
– art. 2 .....	87
– art. 3 .....	85
– art. 4 .....	87
– art. 11 .....	87
Direttiva servizi n. 123/2006 .....	12
Regolamento (Cee) del Consiglio	
22 dicembre 1986, n. 4055 .....	56
– art. 1 .....	57
Regolamento di procedura della Corte di Giustizia della Comunità europea	
– art. 104- <i>bis</i> .....	39
CCNL E ACCORDI SINDACALI	
Ccnl 1988	
– art. 27 .....	233
Ccnl del 23 luglio 1976 .....	
– art. 16 .....	128
Ccnl del commercio	
– art. 57- <i>bis</i> .....	147
Ccnl dirigenza 1998/2001	
– art. 13 .....	263
Ccnl lavoro somministrato	
– art. 13 .....	230
Ccnl settore terziario	
– art. 87 .....	151
Ccnl Tlc del 3 dicembre 2005	
– art. 1 .....	229
– art. 3 .....	229
– art. 17 .....	228
– art. 53 .....	229
Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces del 18 marzo 1999 .....	
	156

Accordo sindacale 30 maggio 1996 per l'istituzione di un Fondo aggiuntivo di previdenza aziendale – art. 2 .....	214
---	-----

## CONVENZIONI E ACCORDI INTERNAZIONALI

Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 9 dicembre 1989 .....	49
--	----

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000	
– art. 7 .....	152
– art. 9 .....	152
– art. 28 .....	12
– art. 33 .....	152

Carta sociale europea del 18 ottobre 1961 ...	49
---	----

Concordato con la Santa Sede – art. 29 .....	120
---	-----

Convenzione Oil del 9 luglio 1948, n. 87 ....	49
Convenzione Oil n. 158 .....	99

## CIRCOLARI MINISTERIALI

Circolare Ministero dell'istruzione, dell'Università e della ricerca del 18 marzo 2003, n. 31 ....	120
Circolare interpretativa del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 15 dicembre 2004, n. 48 .....	184

## CIRCOLARI INPS

Circolare Inps del 17 luglio 2000, n. 133 ....	271
Circolare Inps dell'11 luglio 2003, n. 128 ....	271
Circolare Inps del 23 maggio 2007, n. 90 ....	269



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 marzo 2008  
dalla Tipografia O.GRA.RO.  
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

