# PARTE II
# GIURISPRUDENZA

# IL CASO

## CONTRATTO A TERMINE E DIRITTO TRANSITORIO

*Lucia Valente* (*)

# CONTRATTO A TERMINE, RAPPORTI PENDENTI E NORMA TRANSITORIA *EX* ART. 4-*BIS*, D.LGS. N. 368/2001: COME EVITARE CHE IL LEGISLATORE SI FACCIA GIUDICE DEL CASO CONCRETO (**)

SOMMARIO: 1. Il regime transitorio. — 2. Sulle conseguenze dell'apposizione del termine al primo e unico contratto a tempo determinato in difetto dei requisiti richiesti. La sanzione può essere ricavata dal «sistema» nel suo complesso. — 3. La legge 24 dicembre 2007, n. 247; cenni. — 4. L'ablazione del beneficio della stabilità. — 5. L'art. 4-*bis*, si estende alla riforma del 2005 che introduce il comma 1-*bis* all'art. 2 del d.lgs. n. 368/01. — 6. L'originaria formulazione dell'art. 21, commi 1-*ter*, 3-*bis*, del d.l. n. 112/2008. — 7. La sanatoria. — 8. La legge non è uguale per tutti. — 9. Sul regime transitorio e sul controllo di ragionevolezza. Il problema del bilanciamento. — 10. Violazione degli artt. 117, comma 1, e 11. Cost. per violazione dell'art. 6 della Cedu nella veste di norma parametro. — 11. *Segue*:… e della clausola di non regresso quale parametro interposto di costituzionalità. — 12. L'art. 4-*bis* riduce il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'Accordo quadro. — 13. L'illegittimità derivata degli artt. 1 e 11 del d.lgs. n. 368/2001 nell'ordinanza del Tribunale di Roma. — 14. Conclusioni.

1. — *Il regime transitorio* — Ultima di una lunga serie, l'ordinanza Tribunale di Tivoli (Est. Mari) solleva la questione di legittimità costituzionale della norma dell'art. 4-*bis*, del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della Direttiva n. 1999/70/Ce), introdotta dall'art. 21, comma 1-*bis*, della legge 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica, la perequazione tributaria».

La norma, rubricata «Disposizione transitoria concernente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine», così dispone: «Con riferimento ai *soli giudizi in corso* alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli artt. 1, 2, e 4, il

(*) Ricercatrice presso l'Università «La Sapienza» di Roma.

(**) Per il testo integrale dei provvedimenti si veda l'estensione *on line* della *Rivista* nel sito *RglNews*. Le sentenze qui commentate sono di seguito pubblicate.

datore di lavoro è tenuto *unicamente* a indennizzare il prestatore di lavoro con una indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 e un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni».

1.1. — Il nuovo art. 4-*bis* prevede, dunque, che nei giudizi in corso la violazione delle regole in materia di *apposizione* e *proroga* del termine, in ipotesi di declaratoria di nullità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro, comporti soltanto una tutela risarcitoria e nulla più. A questo punto la parola passa ai giudici costituzionali, che dovranno muoversi nello spazio loro assegnato per verificare se siffatto intervento legislativo, intrinsecamente provvedimentale perché agisce nella risoluzione di un caso specifico, sia o no costituzionalmente legittimo, essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza.

1.2. — È a tutti noto che il legislatore, attraverso l'art. 21, comma 1-*bis*, della legge n. 133/2008, cit., tenta di arginare le conseguenze economiche di un imponente contenzioso dalle conseguenze devastanti, che riguarda principalmente i contratti a termine stipulati da imprese concessionarie di servizi nel settore delle Poste (1).

1.3. — Il vero problema trae la sua origine da un indirizzo giurisprudenziale divenuto presto prevalente, che riguarda l'apparato sanzionatorio conseguente alla stipulazione di un contratto a termine illegittimo. Al riguardo merita di essere ricordato che nel contesto normativo, caratterizzato da incertezze applicative, i giudici hanno svolto un ruolo interpretativo di grande spessore, perché nel silenzio della legge (come è noto nel d.lgs. n. 368/2001 è scomparsa la disposizione secondo la quale anche il primo contratto a termine si reputa a tempo indeterminato se ingiustificato) hanno ricondotto, non senza difficoltà, l'apparato sanzionatorio del contratto a termine illegittimo alla nullità parziale *ex* art. 1419, comma 2, cod. civ. ritenendo non essenziale la clausola appositiva del termine (2).

---

(1) Gli sviluppi più recenti della vicenda Poste Spa, anche con riferimento all'Accordo sindacale del 10 luglio 2008, sono riassunti con efficacia espositiva e dovizia di particolari da V. De Michele, *L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine*, in *Lav. giur.*, n. 9/2008, p. 903; si veda anche L. Menghini, *Contratto a termine e Poste Italiane tra vecchia e nuova disciplina*, in q. *Riv.*, 2006, p. 509.

(2) Sulla elasticità della nozione di nullità si veda A. Cataudella, *Il concetto di nullità del contratto ed il suo permanente vigore*, in *Dir. lav.*, 2006, 1.

Questo significa che l'illegittimità del termine non travolge l'intero contratto di lavoro, che, invece, resta valido, con conseguente diritto del lavoratore alla ricostituzione del rapporto di lavoro.

All'opposto, se si fosse fatto largo l'indirizzo giurisprudenziale, rimasto minoritario anche in dottrina, che riteneva applicabile l'art. 1419, comma 1, cod. civ. (3), sarebbe bastata la prova della ipotetica volontà negativa del datore di lavoro per travolgere l'intero contratto (4).

2. — *Sulle conseguenze dell'apposizione del termine al primo e unico contratto a tempo determinato in difetto dei requisiti richiesti. La sanzione può essere ricavata dal «sistema» nel suo complesso* — A conferma della correttezza della soluzione interpretativa prevalente, basti richiamare la clausola 8.5. dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce, secondo cui «la prevenzione e la soluzione delle controversie e le vertenze scaturite dall'applicazione del presente accordo, dovranno procedere in conformità con le leggi, i contratti collettivi e le prassi nazionali».

Proprio applicando le leggi nazionali, dunque, nella dialettica sempre irrisolta tra bisogno di certezza ed esigenza di cambiamento, si è inserita la importante sentenza 21 maggio 2008, n. 12985, della Corte di Cassazione richiamata da tutte le ordinanze di rimessione (5), con la quale i giudici di legittimità hanno definitivamente stabilito che nel nostro ordinamento il meccanismo della nullità parziale (*ex* art. 1419, comma 2, cod. civ.) è attuato oggettivamente in funzione del principio della conservazione del rapporto contrattuale (fermo restando che il termine costituisce un elemento accidentale del negozio) anche con riferimento al primo e unico contratto a termine.

2.1. — All'indomani della citata sentenza della Corte di Cassazione – che anticipa di un mese la riforma dell'estate 2008 – il legislatore italiano è co-

(3) Da ultimo, si veda Tribunale di Roma 27 maggio 2008, n. 9491 – Est. Coluccio; Tribunale di Roma 12 marzo 2008 – Est. Giovene di Girasole; Tribunale di Roma 5 luglio 2007 – Est. Coco, in *Mass. Giur. lav.*, n. 10/2008, p. 772, con nota di A. Vallebona, *L'ingiustificatezza del termine non impone un contratto a tempo indeterminato*.

(4) Il dibattito giurisprudenziale è ricostruito da T. Vettor, *Il lavoro a tempo determinato negli orientamenti della giurisprudenza post d.lgs. n. 368 del 2001 e successive modifiche*, in *Arg. dir. lav.* 2008, p. 604, e qui i riferimenti bibliografici.

(5) In *Giur. lav.*, n. 9/2008, p. 903, con nota di V. De Michele, *L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine e la reazione caotica del legislatore*, in *Mass. Giur. lav.*, 2008, p. 643, con nota di A. Vallebona, *Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabili*, e qui nota 1 per la bibliografia dell'Autore sul tema, e in q. *Riv.*, n. 4/2008, p. 861, con nota di C. De Marchis, *Il difficile equilibrio delle tutela del lavoratore a termine in bilico tra nullità totale, trasformazione e prospettive indennitarie del legislatore*.

stretto a correre ai ripari proprio perché è accertato con la forza della nomofiliachia che alla dichiarazione di nullità parziale della clausola del termine consegue la instaurazione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

La Corte di Cassazione, nel ribadire che la nullità totale del contratto nuocerebbe il contraente che il legislatore intende proteggere, ritiene che la *conservazione* del contratto, rappresenta una naturale e generale conseguenza del fatto che, nel campo del Diritto del lavoro – in ragione della disuguaglianza di fatto delle parti del contratto, dell'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto e, infine, dell'incidenza che la disciplina di quest'ultimo ha rispetto a interessi sociali e collettivi –, le norme imperative non assolvono solo al ruolo di condizioni di efficacia giuridica della volontà negoziale ma, insieme alle norme collettive, regolano direttamente il rapporto, in misura certamente prevalente rispetto all'autonomia individuale, cosicché il rapporto di lavoro, che pur trae vita dal contratto, è invece regolato da fonti eteronome, indipendentemente dalla comune volontà dei contraenti e anche contro di essa (così, in motivazione, Cass. n. 12985/2008, cit.).

Per giungere a questa conclusione, la Corte di Cassazione fa l'unica cosa che poteva fare il giudice nazionale, vale a dire ricavare la sanzione dal «sistema» nel suo complesso e dai princìpi generali interpretando la norma nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria (della quale è attuazione la legge nazionale) e dal sistema generale tracciato dalla Corte Costituzionale (6).

2.2. — Ma vi è di più.

La Corte di Cassazione argomentando dalle sentenze della Corte di Giustizia Ce 4 luglio 2006, *Adeneler*, in causa C-212/04 (7), e *Mangold*, in causa C-144/2004 (8), ricava inoltre una conferma indiretta della con-

---

(6) Corte Costituzionale 25 febbraio-4 marzo, 2008, n. 44, in q. *Riv.*, 2008, p. 331, con nota adesiva di A. Andreoni, *Contratto a termine e diritto di precedenza: l'onda lunga della Corte Costituzionale*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, p. 507, con nota di M. Quaranta, *La disciplina del contratto a termine sotto la «lente comunitaria» della Corte Costituzionale* e in *Mass. Giur. lav.*, 2008, p. 386, con nota di A. Vallebona, *lavoro a termine: il d.lgs. 368 del 2001 disciplina validamente solo gli abusi da successione*.

(7) In q. *Riv.*, 2006, p. 695, con nota di L. Menghini, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, e A. Gabriele, *ivi*, p. 614; in *Foro it.*, 2007, IV, 72, con nota di Perrino; in *Dir. lav.*, 2006, II, p. 211, con nota di Magno; in *Foro it.*, 2007, IV, 343, con nota di De Angelis;in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 1017, con nota di Schettini; in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 1623, con nota di Miscione; in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 302 (m), con nota di Cosio; in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 713, con nota di Nannipieri; in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 687 (m), con nota di Santos Fernández; in *Mass. Giur. lav.*, 2006, p. 736, con nota di Franza.

(8) Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza, 22 novembre 2005, n. causa C-144/04; in *Not. giur. lav.*, 2005, p. 823; in *Lav. giur.*,

vinzione che dall'insieme della direttiva sono enucleabili dei limiti anche per il primo contratto a termine (9).

Afferma al riguardo la Corte di Cassazione che «… non può condividersi la tesi, sostenuta da una parte della dottrina, che in base a una lettura incompleta della direttiva e della sentenza da ultimo citata […] in sostanza ritiene che il primo e unico contratto a tempo determinato, di per sé, sia *estraneo* all'oggetto della direttiva. Del resto non sembra dubitarsi che, mentre la clausola n. 5 riguarda espressamente le "misure di prevenzione degli abusi" "derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato", le altre clausole dell'Accordo (n. 1 Obiettivo, n. 2 Campo di applicazione, n. 3 Definizioni, n. 4 Principio di non discriminazione, n. 6 Informazione e possibilità d'impiego, n. 7 Informazione e consultazione, n. 8 Disposizioni di attuazione) riguardano chiaramente tutti i lavoratori a tempo determinato». Questa sentenza, secondo la quale le parti non sono del tutto libere di stipulare il primo contratto, letta alla luce del comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 (su cui si veda *infra*) può servire a rafforzare la tesi per la quale le «ragioni» di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 devono avere carattere temporaneo.

3. — *La legge 24 dicembre 2007, n. 247; cenni* — Sennonché, all'indomani della sentenza della Corte di Cassazione ora citata, il legislatore inventa una sanatoria che desta molti dubbi di costituzionalità e, per certi aspetti, anticipa la verifica che il governo aveva fissato decorsi 24 mesi dalla entrata in vigore del decreto n. 112/2008, cit. (ora art. 21, comma 4, legge n. 133/2008).

Prima di analizzare gli esiti applicativi della citata disciplina normativa che – come è facile capire – ripudia la tutela reale da sempre conseguente alla violazione della legge che consente l'apposizione del termine al contratto di lavoro (cfr. l'art. 1, r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825), conviene tentare di capire le ragioni che hanno indotto l'attuale maggioranza a intervenire in modo così dirompente sul delicato equilibrio che contraddistingue la disciplina del contratto a termine.

---

2006, p. 459, con nota di Nodari; in *Mass. Giur. lav.*, 2006, p. 222, con nota di Franza; in *Foro it.*, 2006, IV, p. 341 (m), con nota di Piccone, Sciarra; in *Or. giur. lav.*, 2005, II, p. 98; in q. *Riv.*, 2006, II, p. 205, con nota di Calafà; in *D&L - Riv. critica dir. lav.*, 2006, p. 387, con nota di Guariso; in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 250, con nota di Bonardi; in *Giur. it.*, 2006, p. 1811, con nota di Ciaroni; in *Dir. comunitario e internaz.*, 2006, fasc. 1, p. 61, con nota di Corrado; in *Dir. lav.*, 2006, II, p. 3, con nota di Vallebona; in *Dir. lav.*, 2006, II, p. 15 (m), con nota di Riccobono.

(9) Si veda L. Menghini, *op. cit.*, p. 695.

3.1. — La risposta potrebbe in parte essere rinvenuta nel Protocollo del 23 luglio 2007, recepito con sostanziali modificazioni nella legge 24 dicembre 2007, n. 247, la quale, novellando *in parte qua* il d.lgs. n. 368/2001 ha inserito il comma 1 all'art. 1 del seguente tenore letterale: «Il contratto di lavoro subordinato è stipulato *di regola* a tempo indeterminato».

La legge, inoltre, ha (meglio, aveva) definitivamente stabilito che il rapporto di lavoro tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, che per effetto di *successione* di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti abbia superato complessivamente i *trentasei mesi*, si considera a tempo indeterminato (art. 5, comma 4-*bis*). Nel panorama riformatore ora brevemente ricordato nulla cambia(va) sul versante delle causali posto che anche il Protocollo del luglio 2007 e la successiva legge n. 247/2007, cit., confermano l'assenza di causali tassative sia per stipulare contratti di lavoro a tempo determinato, sia per attivare la somministrazione di lavoro a termine sopravvissuta alla riforma (10).

3.2. — La novella adegua, su questo versante, l'ordinamento italiano alla Direttiva n. 1999/70/Ce del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'Accordo quadro Ces, Unice, e Ceep sul lavoro a tempo determinato, la quale espressamente dispone 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» (Considerando n. 6 della direttiva); dispone inoltre che gli Stati membri per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una *successione* di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato dovranno prevedere una o più misure relative alla «durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato» (clausola 5, lett. *b*) e dovranno stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato «devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato» (clausola 5.2. lett. *b*).

4. — *L'ablazione del beneficio della stabilità* — Una volta ristabilito il principio secondo il quale il contratto di lavoro è di regola a tempo indeterminato, e che il contratto a tempo indeterminato non è del tutto equi-

---

(10) Per un commento della legge si vedano, tra i molti, Vallebona, Visonà, Romei, *La nuova disciplina del contratto a termine*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 2008/2, p. 291; V. Speziale, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/07*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 181; A. Maresca, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo indeterminato e nuovi limiti legali: primo problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter, d.lgs. n. 368/2001*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, p. 287; G. Ferraro, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008,p. 649; G. Proia, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 357.

valente al contratto a tempo determinato, si capisce che l'aggiunta del termine costituisce una deroga che può essere giustificata soltanto dalla temporaneità della causa che legittima la apposizione del termine. Trattasi di temporaneità non intrinseca e ontologica, come era quella che caratterizzava le originarie ipotesi di cui all'art. 1, comma 2, della legge n. 230 del 1962, ma di una temporaneità che può derivare anche da scelte organizzative imprenditoriali e che inoltre non deve necessariamente connotarsi anche dei caratteri della straordinarietà, occasionalità, imprevedibilità e non ripetitività (11).

4.1. — Tuttavia, le novità introdotte dalla legge n. 247/2007, cit., per questa materia, sono state ben presto mitigate dalla legge n. 133/2008, cit., la quale introducendo dosi massicce di flessibilità modifica, ampliandola, la disciplina delle causali consentendo l'apposizione del termine anche a fronte di esigenze *ordinarie* dell'impresa (art. 21, comma 1, «… anche se riferibile alla ordinaria attività del datore di lavoro»), e introduce la possibilità di derogare la disciplina della successione di più contratti a termine (art. 21, comma 2) e del diritto di precedenza (art. 21, comma 3) da parte di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale, con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

La norma introduce una marcata liberalizzazione nella stipulazione del primo contratto a termine attraverso l'introduzione di una formula che non sembra conforme alla Direttiva n. 99/70 e alla giurisprudenza che la interpreta (Considerando n. 7 della direttiva e clausole 3.1., 4.1. e 5.1., lett. *a*, dell'Accordo) (12); nel contempo attraverso la tecnica della derogabilità negoziata anche a livello aziendale, consente la compressione del diritto alla stabilizzazione del rapporto da parte della contrattazione collettiva, ma senza l'introduzione di un perimetro entro il quale la delega può essere esercitata. Tale sistema sembra incompatibile con la garanzia dei diritti fondamentali del lavoratore, tra cui rientra il beneficio della stabilità dell'impiego come elemento portante della tutela dei lavoratori, pure tutelati a livello comunitario (si veda sentenza *Adeneler*, punto 61, e *Mangold*, punto 64). A ogni modo il legislatore italiano rimarca la distinzione tra il primo contratto a termine e la successione o reiterazione di più assunzioni a termine, mentre assegna alla contrattazione collettiva nazionale il delicato compito di derogare le regole in tema di successione di contratti e diritto di precedenza.

---

(11) Così L. Menghini, *op. cit.*, e qui gli Autori citati a nota 33.

(12) Si veda Corte di Giustizia delle Comunità europee 4 luglio 2006, n. 212/04, sentenza *Adeneler*, punti 71/74 e 82.

5. — *L'art. 4*-bis*, si estende alla riforma del 2005 che introduce il comma 1*-bis *all'art. 2 del d.lgs. n. 368/01* — In questo contesto, va detto che la sentenza della Corte di Cassazione n. 12985/08, cit., indubbiamente restrittiva, vedeva come ricorrente la società concessionaria del servizio pubblico postale, settore caratterizzato da un forte tasso di conflittualità. Vale la pena ricordare che trattasi di settore fortemente partecipato dallo Stato – al pari del settore aeroportuale – ed è per questo che la normativa salva Poste è inserita in due diverse leggi di bilancio.

La prima è nella legge finanziaria per il 2006 (art. 1, comma 558, legge 23 dicembre 2005, n. 266), che ha introdotto il comma 2-*bis* all'art. 2 del d.lgs. n. 368/2001. La norma consente la stipulazione di contratti a termine nel settore dei servizi postali, in determinati periodi dell'anno senza l'indicazione di una causale e senza particolari formalità (13).

Conseguentemente in questo settore, per la stipulazione di contratti a termine non è richiesta l'esistenza né l'esplicitazione di specifiche ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive né si applicherebbe la più rigorosa disciplina sulla successione di contratti (art. 5).

La clausola esclusiva/alternativa dell'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 è ora al vaglio della Corte Costituzionale perché la *a-causalità* della apposizione del termine nel settore delle Poste consente, secondo il rimettente, di peggiorare senza alcuna giustificazione la condizione dei lavoratori addetti a questo servizio (14). Anche la violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 368/2001 dà luogo *ex* art. 4-*bis* esclusivamente al pagamento di un indennizzo, con un netto peggioramento del trattamento riservato ai lavoratori addetti ai servizi postali e aeroportuali.

---

(13) Al riguardo vi è chi ritiene che l'art. 2, comma 1-*bis*, configuri Aiuto di Stato e che il comportamento di Poste Italiane sia censurabile in quanto abusivo di posizione dominante; si veda L. Martino, *La Giurisprudenza di merito sui «nuovi» contratti a termine di Poste*, in *Lav. giur.*, n. 8/2008, in particolare p. 821 ss.

(14) Tribunale Roma 26 febbraio 2008, ord. – Est. Delle Donne, in *Lav. giur.*, n. 7/2008, p. 7, con nota di V. De Michele, e in *Lav. giur.*, n. 8/2008, p. 810, con nota di L. Martino che mette a confronto le diverse soluzioni interpretative di Tribunale di Napoli, sentenza 23 ottobre 2007 – Est. Casola (anche in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 614, con nota di Marazza; e in *Mass. Giur. lav.*, 2008, p. 269, con nota di Vallebona), e Tribunale di Roma, sentenza 15 gennaio 2008 – Est. Mimmo; Tribunale di Roma, sentenza 21 marzo 2008 – Est. Grisanti; Tribunale Foggia, sentenza 7 aprile 2008 – Est. Colucci, su cui si veda il commento di A. Olivieri, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 848, anche per l'esame dello sfruttamento abusivo di posizione dominante di Poste Italiane Spa; sull'art. 2, comma 1-*bis*, si veda anche Tribunale di Trani 6 maggio 2008 – Est. La Notte Chirone, che disapplica gli artt. 2, comma 1-*bis*, e 11, d.lgs. n. 368/2001, in modo da adeguare l'ordinamento interno a quello comunitario e da rendere un'interpretazione «conformata» di detta disposizione, in modo da evitarne la espunzione dall'ordinamento per violazione degli artt. 3, 76 e 77 Cost.

5.1. — Sennonché, la combinazione tra l'intervento restrittivo del legislatore del 2007, che ha (re)introdotto il principio generale sulla durata a tempo indeterminato del contratto (art. 1, comma 1) di lavoro, il tetto dei 36 mesi riferibile anche alla successione di contratti a termine dei lavoratori delle Poste assunti *ex* art. 2, comma 2-*bis* (15), e la pronuncia della Corte di Cassazione del 2008, che ha interpretato l'apparato sanzionatorio conseguente alla illegittima stipulazione del primo contratto a termine in senso sfavorevole alla società che gestisce il servizio postale, hanno consigliato al legislatore finanziario di agire in tutta fretta con una norma interpretativa – e perciò con efficacia retroattiva – che introduceva un paracadute anche per i contratti stipulati nei settori «caldi» dei servizi postali, grandemente caratterizzati dal fenomeno della precarietà, nel tentativo di dare una organica sistemazione alla materia.

6. — *L'originaria formulazione dell'art. 21, commi 1*-ter*, 3*-bis*, del d.l. n. 112/2008* — Infatti l'art. 21 del d.l. n. 112/08, recante «Modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato», recava, al comma 1-*ter*, una diversa formulazione dell'art. 4-*bis*, rubricato «Indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e proroga del termine», del seguente tenore letterale: «In caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2, e 4, il datore di lavoro è tenuto a indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 e un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni».

L'art. 21, comma 1-*quater*, così disponeva: «Fatte salve le sentenze passate in giudicato, le disposizioni recate dall'art. 4-*bis* del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal comma 1-*ter* del presente articolo, si applicano solo ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

Mentre l'art. 21, comma 3-*bis*, così disponeva: «Le disposizioni recate dall'articolo 5, commi 2, 3, 4 e 4-*bis*, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni, si interpretano nel senso che la conversione a tempo indeterminato del rapporto ivi prevista si applica esclusivamente alle fattispecie regolate dalle medesime disposizioni, trovando applicazione nei casi di violazione degli artt. 1, 2 e 4 del medesimo decreto legi-

(15) Non ha dubbi A. Maresca, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter, d.lgs. n. 368/2001*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2008, p. 319; più problematico M. Miscione, *Contratti a termine nuovi o per sommatoria: la disciplina*, in *Dir. prat. lav.*, n. 43/2008, p. 2447, che dubita della efficacia retroattiva della sommatoria.

slativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni, l'art. 1419, comma 1, del codice civile».

Come si vede, nel testo originario dell'art. 21, d.l. n. 112/2008, cit., l'apparato sanzionatorio seguiva un *doppio binario* a seconda che l'illegittima apposizione del termine riguardasse il primo contratto a termine o la sua proroga, oppure la successione di contratti.

Infatti, per il primo contratto o per il contratto prorogato la sanzione conseguente alla dichiarazione di nullità della clausola appositiva del termine era esclusivamente pecuniaria, ma si accompagnava alla applicazione della regola della nullità dell'intero contratto conseguente alla nullità della clausola (art. 1419, comma 1, cod. civ.).

In questo contesto la tutela risarcitoria era prevista soltanto per giudizi in corso ai quali, comunque, non era estesa – al pari di quelli futuri – la conservazione del contratto. Con una norma chiaramente interpretativa, il legislatore, intervenendo sullo statuto protettivo del lavoratore subordinato, impediva l'integrazione del contratto mediante la sostituzione di diritto della clausola nulla con norme imperative (ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ.).

All'opposto, nella ipotesi di riassunzione o successione di contratti al di fuori dei limiti legali stabiliti dal legislatore (art. 5, commi 2, 3, 4 e 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01) era prevista la conversione del contratto a tempo indeterminato.

7. — *La sanatoria* — Sennonché, il comma 3-*bis*, dell'art. 21 del d.l. n. 112/2008, cit., congegnato come una norma maldestramente interpretativa che avrebbe potuto incidere sui rapporti pendenti, è sparito in sede di conversione (16).

7.1. — Al suo posto è stato introdotto l'art. 21, comma 4-*bis* (aggiunto dall'art. 21 della legge n. 133/08, cit., in sede di conversione del d.l. n. 112/08), che introduce, invece, una disposizione *transitoria* che regola le conseguenze derivanti soltanto dalla violazione delle regole in materia di apposizione del termine (art. 1), disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo e i servizi postali (art. 2) e disciplina della proroga (art. 4), dalla data in vigore della disposizione (22 agosto 2008) e soltanto per i giudizi in corso.

(16) Sulla dubbia costituzionalità della norma, si può osservare che, *in parte qua*, il decreto legge appariva carente dei necessari requisiti di necessità e di urgenza *ex* art. 77, comma 2, Cost., tenuto altresì conto del lungo (circa sette anni) tempo intercorso tra l'entrata in vigore della disposizione interpretata e quella della norma di interpretazione autentica; si veda A. Pugiotto, *Nulla di nuovo (o quasi) sul fronte costituzionale delle leggi interpretative*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 5145.

Limitatamente a queste materie, e soltanto per i giudizi in corso, trova, infatti, applicazione l'indennizzo come disciplinato dalla norma dell'art. 8 della legge n. 604/66, cit.

7.2. — La norma così congegnata appare di dubbia costituzionalità, perché comporta una ingiustificata disparità di trattamento tra lavoratori che ,pur essendo accomunati dall'aver sottoscritto contratti a termine illegittimi per violazione delle regole degli artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368/2001, vengono trattati diversamente in relazione al momento in cui il difensore ha avuto la ventura di notificare il ricorso introduttivo del giudizio (è ipotizzabile infatti, che i difensori che hanno depositato il ricorso il giorno prima della pubblicazione della legge – per evitare di ricadere nella norma transitoria – non lo notificheranno onde ottenere una dichiarazione di estinzione del processo per poi depositare un nuovo ricorso: si veda l'art. 50, legge n. 133/2008, che sostituisce il comma 1 dell'art. 181 cod. proc. civ.).

Il legislatore introduce, dunque, una disciplina che non assume carattere interpretativo da far valere per il futuro ed eventualmente anche retroattivamente (soprattutto ove la norma sia funzionale a un contenimento dei costi della spesa pubblica; si veda Corte Cost. 7 luglio 2006, n. 274) (17). All'opposto, per il suo stesso titolo, la norma ha carattere meramente transitorio e riguarda unicamente chi abbia instaurato un giudizio non ancora definito con sentenza passata in giudicato, con l'intento di sottrarre solo a questi la tutela ordinaria accordata a tutti gli altri lavoratori.

Emblematica è l'ordinanza del Tribunale di Trieste (Est. Multari) dove la causa era pronta per la decisione per il giorno 10 giugno 2008 ma «il processo veniva rinviato su richiesta concorde delle parti alla successiva data del 15 ottobre 2008» ricadendo così sotto la «mannaia» introdotta dal legislatore finanziario.

8. — *La legge non è uguale per tutti* — Tutte le ordinanze hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368/2001, introdotto dal comma 1-*bis* dell'art. 21 della legge 6 agosto 2008, n. 133, per contrasto con l'art. 3 Cost.

La Corte d'Appello di Bari (Est. Castellaneta), che solleva la questione d'ufficio, nell'ambito di una controversia riguardante la necessità dell'indicazione nominativa della persona assente sostituita, rileva che la norma contestata comporterebbe una ingiustificata disparità di trattamento a seconda della data di proposizione della domanda giudiziale di modo che, «per effet-

(17) Le sentenze della Corte Costituzionale si possono leggere in *www.cortecostituzionale.it*.

to della nuova norma, paradossalmente verrebbe penalizzato proprio colui che per primo ha fatto ricorso al giudice […] la norma appare […] punitiva nei confronti di chi ha mostrato di voler reagire prontamente a una violazione di legge».

Inoltre, in considerazione della sanzione conseguente all'accertamento della nullità del termine, la norma, in quanto valevole solo per i giudizi in corso, sarebbe lesiva anche del principio di affidamento «posto che solo a una parte di essi, e cioè a coloro che avevano intrapreso i giudizi (ancora pendenti) affidandosi a un'interpretazione giurisprudenziale consolidata, nega il beneficio della riassunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato sostituendolo con quello, molto meno satisfattivo, di un'indennità oltretutto modesta».

La Corte d'Appello di Genova (Est. Ravera) aggiunge che la norma sarebbe irrazionale anche perché penalizza «chi comportandosi lealmente non ha atteso anni, ma ha iniziato da subito la causa, finendo col premiare invece coloro che hanno tardato a iniziare il contenzioso (magari per lucrare le retribuzioni conseguenti alla messa in mora)».

Il Tribunale di Roma (Est. Conte) censura la norma perché modifica le tutele introdotte dal «diritto vivente» in modo retroattivo «non valido per l'avvenire, e in particolare per i giudizi che fossero instaurati dopo l'entrata in vigore della disposizione»; essa opera una discriminazione irrazionale e ingiustificata perché favorisce con la tutela «forte» coloro che hanno tardato ad agire in giudizio arginando «parzialmente e provvisoriamente gli effetti economici e le conseguenze sul piano occupazionale» del contenzioso nei confronti di Poste Italiane Spa.

Come osserva la Corte d'Appello di Torino (Est. Ramella Trafighet) la norma crea una ingiustificata disparità anche tra lavoratori dipendenti dallo stesso datore di lavoro che hanno stipulato identici contratti in relazione al momento in cui hanno depositato il ricorso introduttivo del giudizio (prima o dopo l'entrata in vigore del regime transitorio), considerato inoltre che la norma è stata introdotta al solo fine (non dichiarato) di deflazionare il contenzioso esistente per alcuni datori di lavoro (ossia le Poste Italiane) e non tutto il potenziale contenzioso (Tribunale di Trieste, Est. Multari).

8.1. — Un ulteriore profilo di illegittimità per contrasto con l'art. 3 Cost. è ravvisato nel fatto che la norma, nel richiamare la tutela risarcitoria di cui all'art. 8, legge n. 604/1966, non contiene alcun riferimento all'obbligo per il datore di lavoro, pure previsto nella norma citata, di procedere al pagamento dell'indennizzo solo ove non provveda nel termine di tre giorni a riassumere il lavoratore, ma limita il richiamo ai soli criteri da seguire per l'esatta quantificazione dell'indennità.

Così facendo il legislatore ha ridotto – selezionandole *ex ante* – le tutele accordate al lavoratore subordinato, avendo riguardo però al solo discrimine temporale della attuale pendenza del giudizio (così Corte d'Appello di Roma – Est. Garri) e non invece, come avrebbe potuto con una norma interpretativa, con riferimento a tutti i contratti stipulati da una certa data in poi fornendo così al giudice la regola che egli deve applicare.

In tal modo, la legge, a parità di condizioni, non opera per: a) coloro i quali hanno intrapreso cause con sentenze passate in giudicato; b) coloro i quali hanno ottenuto sentenza, non in giudicato, ma per la quale non penda Appello o ricorso in Cassazione, non potendosi dire in questi casi tecnicamente esistente una causa in corso; c) coloro i quali, con causa in corso alla data di entrata in vigore dell'art. 4-*bis*, vedano estinto il giudizio e poi ripropongano la controversia; d) coloro i quali agiscono in giudizio dopo l'entrata in vigore della legge n. 133/08 (così Tribunale di Rossano – Est. Coppola); e) coloro nei confronti dei quali sia applicabile, *ratione temporis*, la legge n. 230/1962 (Tribunale di Roma – Est. Conte).

8.2. — A ciò si può aggiungere un ulteriore profilo di irrazionalità perché a parità di situazioni, vale a dire per le cause in corso, sono differenti le conseguenze posto che la disciplina protettiva resta invariata per la violazione dell'art. 5, commi 2, 3, 4, e 4-*bis*, d.lgs. n. 368, mentre è limitata all'indennità risarcitoria per la violazione degli artt. 1, 2, e 4 dello stesso decreto, considerato invece che se non ci fosse stata la disciplina transitoria le conseguenze sarebbero state le stesse (18).

Ma vi è di più. Le novità introdotte dalla legge n. 133/2008 in materia di apparato sanzionatorio, stante la natura eccezionale della norma, non trovano applicazione nei confronti dei contratti a termine stipulati ai sensi dell'art. 23, legge 28 febbraio 1987, n. 56 (19), e, per la stessa ragione, della somministrazione a tempo determinato.

8.3. — La norma, infine, appare ingiustamente dispositiva dello statuto protettivo del lavoratore subordinato che, come è noto, integra *ab externo* il contratto di lavoro, considerato che le conseguenze risarcitorie previste dal novello art. 4-*bis* conseguono a una pronuncia che dichiara la nullità del termine ma con efficacia *ex nunc*, privando in tal modo il lavoratore non solo del diritto alla stabilità del rapporto ma anche alle retribuzioni *medio tempo-*

(18) Spunti di riflessione sulla riforma nel suo complesso sono in G. Ferraro, *Il contratto a termine tormentato*, in *Mass. Giur. lav.*, n. 10/2008, p. 738.

(19) Si veda Cass. 10 novembre 2008, n. 26935 (Est. Nobile), inedita a quanto consta.

*re* maturate (20). In altri termini, la norma dell'art. 4-*bis* si risolve a danno di soggetti che, per aver instaurato la causa prima della sua entrata in vigore nel pieno rispetto della disciplina all'epoca vigente, si trovano penalizzati senza un motivo plausibile. La norma censurata appare pertanto intrinsecamente irragionevole e costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 3, comma 1, della Costituzione.

9. — *Sul regime transitorio e sul controllo di ragionevolezza. Il problema del bilanciamento* — Ma non basta. Come osserva la Corte d'Appello di Milano (Est. Trogni) la denunciata disparità di trattamento non trova adeguata giustificazione neppure nella dichiarata natura transitoria della rubrica dell'art. 4-*bis*. Infatti la norma non si ricollega a una nuova disciplina degli effetti della violazione degli artt. 1, 2, e 4 del d.lgs. n. 368/2001 destinata a operare per il futuro e in relazione alla quale si debba ragionevolmente regolare una fase di transizione.

Né l'art. 21 contiene una riscrittura degli artt. 1, 2, e 4 del d.lgs. n. 368/01 in relazione alla quale appaia necessario un regime di transizione sotto il profilo sanzionatorio della violazione. Neppure le modifiche apportate al regime del diritto di precedenza (art. 5, comma *quater*) e alla successione dei contratti (art. 5, comma 4-*bis*), peraltro non ricomprese nell'ambito di applicazione del comma 1-*bis*, giustificano siffatto regime transitorio.

Del pari non appare configurabile quella finalità di regolare una situazione di «assoluta eccezionalità» richiamata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 419/2000 per ritenere ragionevole l'intervento normativo del 1996 nel processo di privatizzazione dell'amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni.

Inoltre la norma non interviene neppure per sanare una situazione di incertezza nell'applicazione del diritto, né a sanare contrasti giurisprudenziali preesistenti e divergenti, ma interviene unicamente per bloccare gli effetti conseguenti a un indirizzo giurisprudenziale in tema di conseguenze sanzionatorie del contratto a termine illegittimo imponendo, tra l'altro, una soluzione diversa da quella ormai accertata dalla Corte di Cassazione con la forza dello *stare decicis*.

Il problema, dunque, riguarda non la natura della legge (se interpretativa o innovativa con efficacia retroattiva), ma i limiti che incontra la sua portata retroattiva, alla luce del principio di ragionevolezza (21), considerato che

---

(20) Su questo tema e sulle conseguenza connesse alla cd. indisponibilità del tipo legale si veda E. Ghera, *Subordinazione, statuto protettivo del lavoratore subordinato e qualificazione del rapporto di lavoro*, ora in *Il nuovo Diritto del lavoro*, Torino, 2006, p. 121.

(21) Corte Cost. 23 luglio 2002, n. 374; Corte Cost. 7 luglio 2007, p. 274.

la legge non ha alcuna plausibile giustificazione se non quella di premiare il comportamento illegittimo del datore di lavoro.

Detto in altre parole, la norma appare illegittima perché non interpreta né innova alcunché, ma è soltanto antagonista al diritto perché sacrificherebbe senza ragione il ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione.

9.1. — Ora, se è pur vero che il legislatore può porre norme che precisino il significato di altre norme, non solo ove sussistano situazioni di incertezza nell'applicazione del diritto o siano insorti contrasti giurisprudenziali, ma pure in presenza di indirizzi omogenei (anche di legittimità) se la scelta imposta per vincolare il significato ascrivibile alla legge anteriore rientra tra le possibili varianti di senso del testo originario (22), è altresì vero che il principio di irretroattività, pur non essendo costituzionalizzato, impone di verificare se le conseguenze della *retrovalutazione* (23) dei fatti passati sia o no conforme a Costituzione.

Si osserva al riguardo che «l'imperativo dell'irretroattività, in realtà, altro non è che l'imposizione, in epitome, dell'esigenza di non sacrificare (ovvero di non sacrificare se non in presenza di valori contrastanti almeno equiordinati e nel rispetto dei princìpi di proporzionalità e non eccessività) alcuni fondamentali valori ordinamentali (che trovano ospitalità variamente modellata nelle norme costituzionali scritte), come la sicurezza dei traffici giuridici, la certezza del diritto, l'affidamento, la libertà di autodeterminazione, l'eguaglianza di trattamento tra soggetti parimenti consapevoli dei loro diritti e doveri…» (24).

9.2. — In proposito la Corte Costituzionale ha individuato, oltre alla materia penale, altri limiti, che attengono alla salvaguardia di norme costituzionali (25), tra i quali i princìpi generali di ragionevolezza e di uguaglianza, quello della tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico, e quello del rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (ciò che vieta di intervenire per annullare gli effetti del giudicato o di incidere intenzionalmente su concrete fattispecie *sub iudice*). In questa sede occorre in particolare soffermarsi sull'affi-

(22) Corte Costituzionale, sentenze n. 374 del 2002 e n. 525 del 2000, e, da ultimo, sentenza 12 novembre 2008, n. 362.

(23) Secondo la terminologia usata da M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, n. 7/2007, p. 1824, e in *Giur. it.* n. 8-9/2007, p. 2091, in particolare pp. 1828 ss.

(24) Così M. Luciani, *op. cit.*, p. 1834.

(25) Si vedano, *ex plurimis*, le sentenze n. 311 del 1995 e n. 397 del 1994.

damento del cittadino nella sicurezza giuridica; principio che, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere leso da norme con effetti retroattivi che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti (26).

9.3. — Nel registro a partita doppia in cui può essere rappresentato il giudizio del corretto rapporto tra legge e tempo, elaborato molto efficacemente dalla dottrina (27), bisogna stabilire i criteri di un equo bilanciamento tra l'affidamento del singolo nella stabilità giuridica e l'interesse statuale all'innovamento.

Non vi è dubbio che certezza e affidamento, contenutisticamente distinti, ma sovente sovrapposti, «costituiscono "valori" riconosciuti dalla Costituzione, che vincolano il legislatore e che il legislatore non può esimersi dal rispettare: l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica […] costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto» (28).

La stessa dottrina non manca di rilevare che «la sentenza n. 525 del 2000 ha qualificato l'"affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica" come "principio" che, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere leso da norme con effetti retroattivi che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti», mentre la sentenza n 446 del 2002 ha confermato che, «in linea generale, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica – essenziale elemento dello Stato di diritto – non può essere leso da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori» (proponendo statuizioni poi confermate dalla sentenza n. 168 del 2004 e dalla sentenza n. 264 del 2005) (29).

9.4. — Tale principio deve valere anche in materia processuale (violazione degli artt. 24 e 111 Cost.), dove si traduce nell'esigenza che le parti conoscano il momento in cui sorgono oneri con effetti per loro pregiudizievoli, nonché nel legittimo affidamento delle parti stesse nello svolgimento del giudizio secondo le regole vigenti all'epoca del compimento degli atti processuali (30).

---

(26) Si vedano le sentenze n. 416 del 1999 e n. 211 del 1997 della Corte Costituzionale.

(27) M. Luciani, *op. cit.*, p. 1836.

(28) M. Luciani, *op. cit.*, p. 1837 e qui i copiosi riferimenti alle sentenze della Corte Costituzionale.

(29) Sul tema si veda A. Guarisio, *Leggi retroattive, controllo di ragionevolezza precarietà del diritto*, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 626.

(30) Cfr. la sentenza della Corte Costituzionale n. 111 del 1998.

Diversamente opinando, è frustrato l'affidamento dei soggetti nella possibilità di operare sulla base delle condizioni normative presenti nell'ordinamento in un dato periodo storico, senza che vi sia una ragionevole necessità di sacrificare tale affidamento nel bilanciamento con altri interessi costituzionali (31). La norma dell'art. 4-*bis* sarebbe, così, in contrasto anche con gli artt. 111 e 24 Cost. richiamati da alcuni rimettenti in quanto farebbe dipendere l'assetto definitivo degli interessi delle parti in conflitto dal momento in cui il ricorrente ha proposto la domanda giudiziale e dalla durata della lite (32).

9.5. — Di più, la norma inciderebbe sulla ragionevole durata del processo perché impone a coloro che hanno una causa pendente di ricercare l'estinzione del giudizio e riproporre la domanda al fine di ottenere una pronuncia di nullità del termine apposto al contratto di lavoro e il diritto di prosecuzione dello stesso.

Come se ciò non bastasse, in considerazione della previsione di cui alla richiamata disposizione il lavoratore con causa in corso è posto processualmente di fronte a una duplice alternativa: modificare, *ex* art. 420, comma 1, cod. proc. civ., su autorizzazione del giudice, le conclusioni a causa dell'intervento normativo, con una scelta obbligata dalla nuova disposizione; ovvero non modificarle di modo che la domanda diviene inammissibile per *ius superveniens* (così Tribunale di Rossano – Est. Coppola). All'opposto, la norma induce il datore di lavoro a impugnare, ove non lo avesse ancora fatto, la sentenza a sé sfavorevole ma non definitiva, affinché il giudizio sia ancora «in corso» e non si formi il giudicato.

10. — *Violazione degli artt. 117, comma 1, e 11. Cost. per violazione dell'art. 6 della Cedu nella veste di norma parametro* — A eccezione della Corte d'Appello di Torino e del Tribunale di Rossano, tutte le ordinanze di rimessione sollevano la questione di illegittimità della norma dell'art. 4-*bis*, per violazione di norme internazionali pattizie che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., introdotto con la modifica del Titolo V della Costituzione.

Questo dimostra che qui, come in molti altri campi nei quali sono in giuoco i diritti fondamentali, si debbono fare i conti con i condizionamenti che nel nostro ordine costituzionale derivano dalle normative e dalle giurisprudenze sovranazionali e internazionali.

---

(31) Cfr. Corte Cost. sentenze n. 211 del 1997 e 22 novembre 2000, n. 525.

(32) Si vedano: Corte d'Appello di Roma – Est. Torrice; Corte d'Appello di Roma – Est. Garri; Tribunale di Roma – Est. Conte; Corte d'Appello di Milano – Est. Trogni; Tribunale di Rossano – Est. Coppola; Tribunale Tivoli – Est. Mari.

10.1. — Il riferimento è alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) del 4 novembre 1950, resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, dalla quale deriva per lo Stato italiano l'obbligo di non intromettersi nella amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla risoluzione di una controversia o di una determinata categoria di controversie.

Le norme Cedu – la cui funzione è quella di concretizzare la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato – assumono il valore di parametro interposto di costituzionalità (33) e la loro violazione da parte di una legge statale o regionale comporta che la legge deve essere dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale, sempre che la norma della Convenzione non risulti a sua volta in contrasto con una norma costituzionale. Consegue da ciò che il giudice comune non ha «il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma Cedu, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi». In ogni caso al giudice comune «spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme» (34).

Con riferimento al caso in esame, la applicabilità della norma dell'art. 4-*bis* ai giudizi in corso, a seguito dell'intervento del legislatore diretto a imporre una determinata soluzione a una circoscritta e specifica categoria di controversie, sembra violare il principio del giusto processo garantito dall'art. 6, par. 1, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, essendo del tutto carente un interesse generale e imperioso che possa giustificare la sua applicazione retroattiva ai soli giudizi in corso (35).

11. — Segue:*… e della clausola di non regresso quale parametro interposto di costituzionalità* — Limiti specifici alla legge impugnata derivano anche dall'ordinamento comunitario. L'incorporazione delle regole comunitarie nella dimensione costituzionale è ormai una realtà, e ciò a maggior ragione dopo la riscrittura dell'art. 117, comma 1, Cost. A tale riguardo, la Corte

(33) Corte Cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349; leggile tra le tante in *Corr. giur.*, 2008, p. 185, con nota di M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e Diritto internazionale*, e, *ivi*, R. Conti, *La Corte Costituzionale viaggia verso i diritti Cedu: prima fermata verso Strasburgo*.

(34) Corte Cost., n. 349/2007, cit.

(35) Si vedano: Tribunale di Trieste – Est. Multari; Tribunale di Roma – Est. Conte; Corte d'Appello di Roma – Est. Torrice, che richiamano l'ordinanza di Cass. 4 settembre 2008, n. 22260.

Costituzionale ha affermato che «le direttive comunitarie fungono da norme interposte atte a integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, comma 1, Cost.» (36).

Lo stesso principio è applicabile alla normativa statale.

In considerazione di ciò, occorre valutare se la disciplina dell'art. 4-*bis* introdotta dalla legge n. 133/2008, cit., violi o no il Diritto comunitario, in particolare la clausola di non regresso quale «parametro interposto di costituzionalità» (in tal senso Tribunale di Ascoli Piceno – Est. Boeri). Si tratta, come è evidente, di tematiche di notevole ampiezza e complessità che, in questa sede, potranno essere richiamate per brevi ed essenziali cenni.

11.1. — In particolare, si tratta di verificare se può essere invocata la dottrina dell'interpretazione conforme (37) o se, invece, non sia possibile disapplicare (*rectius*, non applicare) la normativa in contrasto con un principio fondamentale dell'ordinamento sopranazionale, ossia di considerare la norma interna *tamquam non esset* (38).

Oppure se l'unica alternativa sia quella di chiamare la Corte Costituzionale a valutare la legittimità costituzionale di norme interne dalle quali derivi una posizione di svantaggio per il cittadino italiano rispetto alla disciplina delle medesime situazioni fissata dal Diritto comunitario quale parametro interposto di costituzionalità.

11.2. — Nessun giudice rimettente ha ritenuto di non applicare la norma dell'art. 4-*bis* per contrasto con il Diritto comunitario, né di interpretare la norma interna in modo conforme (39).

---

(36) Sentenze n. 406 del 2005, n. 7 e n. 166 del 2004, e n. 129 del 2006.

(37) Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza, 5 ottobre 2004, n. cause riunite da C-397/01 a C-403/01, tra le altre, in *Foro it.*, 2005, IV, 23; in *Lav. giur.*, 2005, p. 617, con nota di A. Grieco; *Pfeiffer*, punto 113, e *Adeneler*, punto 108, su cui si veda Spinelli, *Efficacia giuridica delle direttive comunitarie nel dialogo tra giudice comunitario e giudici nazionali*, in *Giur. lav.*, n. 6/2008, p. 571, e qui i riferimenti bibliografici.

(38) Per la disapplicazione della norma interna contrastante con il Diritto comunitario si vedano Tribunale di Foggia 11 aprile 2007 – Est. Colucci, in q. *Riv.*, n. 1/2008, con nota di M. Lozito, e Tribunale di Trani 6 maggio 2008 – Est. La Notte Chirone, in *Lav. giur.*, n. 7/2008, con nota di V. De Michele; per una ricostruzione critica della complessa materia si veda C. Spinelli, *op. cit.*, p. 572; da ultimo, si veda L. Corazza, *Lavoro a termine e clausole di non regresso*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 3/2008, p. 499.

(39) La norma è stata invece «salvata» mediante l'interpretazione conforme da Tribunale di Trani 6 ottobre 2008, n. 5512 – Est. La Notte Chirone, inedita, citata da Campagnano, *Sull'art. 21 della L. 133/2008: ovvero la cronaca di una storia annunziata*, in *www.cgilgiuridico.it*.

Ciò significa che nel caso di specie i giudici rimettenti hanno ravvisato una incompatibilità assoluta tra norma comunitaria e norma nazionale (40) e hanno chiesto ai giudici costituzionali di dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis* perché contrastante con l'art. 117, comma 1, Cost., esaltando il primato del Diritto comunitario.

11.3. — Inoltre, soltanto il Tribunale di Roma (Est. Conte) ha ritenuto di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 per contrasto con gli artt. 76, 77, e 117, comma 1, Cost., in quanto la disciplina introdotta dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 avrebbe provocato un regresso, cioè un abbassamento del livello di tutela che al lavoratore era garantito dall'art. 1, comma 2, lett. *b*, legge n. 230/1962.

11.4. — Con riferimento alla violazione dell'ordinamento comunitario, come è noto, osta alla disapplicazione della normativa interna la circostanza che la controversia verta tra soggetti privati e che non si tratti di direttiva *self-executing*.

Se così non fosse, il giudice nazionale, anziché risolvere il caso secondo la disciplina comunitaria adottata dagli organi competenti, finirebbe esso stesso per creare la norma mancante.

Ciò non vuol dire che nelle controversie inter-individuali la direttiva sia privata di ogni portata. In tali circostanze i giudici nazionali hanno l'obbligo di interpretare il diritto nazionale conformemente ai contenuti letterali della Direttiva e alle sue finalità (41) e, comunque, al Diritto comunitario nel suo complesso (42). Resta tuttavia da dimostrare che, attraverso l'interpretazione conforme, i giudici nazionali possano riconoscere, in capo ai singoli, diritti soggettivi da far valere nei rapporti di lavoro.

11.5. — Certamente, l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei princìpi generali del diritto, e in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento a un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (43).

---

(40) Si veda, per tutti, M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, Diritto del lavoro*, in *W. P. Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 23/2004.

(41) Esemplare è Corte di Cassazione n. 12985/2008, cit.; ma si vedano *Pfeiffer*, punto 113; *Adeneler*, punto 108, su cui si veda C. Spinelli, *op. cit.*, pp. 572 ss.

(42) Per tutti, si veda S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del Diritto del lavoro*, in *W. P. Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 44/2006.

(43) Si veda, per analogia, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, in *Racc.*, p. I-5285, punti 44 e 47; in *Foro it.*, 2006, IV, 585; così *Pfeiffer*, punto 110.

Ciò detto, se una norma interna contrasta con una direttiva comunitaria non direttamente applicabile, essa realizza una violazione dell'art. 11, secondo periodo, e dell'art. 117, comma 1, Cost. Una simile «antinomia deve comunque essere risolta e non può che trovare compimento secondo le regole generali dell'ordinamento, dunque con il necessario intervento della Corte Costituzionale. Il giudice ordinario deve dunque sollevare la questione di illegittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 11, in riferimento alla norma comunitaria che opera dunque da parametro interposto di costituzionalità» (44).

12. — *L'art. 4*-bis *riduce il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'Accordo quadro* — Resta ora da verificare se la disciplina transitoria introdotta dall'art. 4-*bis* sia o no ingiustamente recessiva e, in quanto tale, sia contrastante con la clausola n. 8 della Direttiva n. 1999/70/Ce relativamente alla clausola di «non regresso» relativa all'Accordo quadro Ces, Unice, Ceep sul lavoro a tempo determinato (come ritiene il Tribunale di Ascoli Piceno con due distinte ordinanze).

La norma, come è noto, vieta agli Stati membri di «approfittare» della attuazione della direttiva per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso.

12.1. — Sull'interpretazione di questa clausola ci sarebbe molto da dire (45). Qui possiamo limitarci a osservare che il principio di non regresso incombe direttamente sullo Stato membro, senza alcuna ricaduta nei rapporti tra privati. Il paradigma interpretativo della Direttiva n. 99/70 è costituito dalla ormai famosa sentenza *Mangold*, nella quale «la clausola di non regresso mostra […] tutta la sua debolezza» (46).

Si osserva, infatti, che, «se fosse intesa come obbligo di *standstill*, essa costringerebbe il legislatore nazionale in uno stato di innaturale inattività, privandolo delle sue essenziali prerogative sia nell'iniziativa, sia nella scelta delle soluzioni ritenute più adatte alla promozione della occupazione. Se fosse interpretata come clausola di trasparenza, essa funzionerebbe come premessa per motivare e razionalizzare le scelte storicamente succedutesi nella trasposizione delle norme comunitarie» (47).

Altro problema, che affanna gli interpreti per valutare la sussistenza o no di una regressione di tutele nella normativa emanata dal legislatore in-

(44) Così C. Spinelli, *op. cit.*, p. 576, e qui l'ampia bibliografia.

(45) Per una sintesi si rinvia a M. Lo Zito, *op. cit.*

(46) S. Sciarra, *op. cit.*

(47) S. Sciarra, *op. cit.*, p. 21, ma già U. Carabelli, V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *W. P. Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 35/2005, pp. 66 ss.

terno, è se si debba «effettuare un confronto puntuale tra le singole disposizioni della nuova e della vecchia normativa, ovvero se l'intervento regolativo dello Stato nella materia in questione debba essere confrontato con la preesistente disciplina in termini complessivi, globali» (48).

12.2. — La Corte di Giustizia delle Comunità europee, con la sentenza 22 novembre 2005 (*Mangold*), cit., ha precisato che: «Dalla formulazione stessa della clausola 8 dell'Accordo quadro risulta che l'applicazione di questa 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 (punto 50)».

Inoltre «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 (punto 51)».

Ciò significa che anche le norme sopraggiunte, che vanno a integrare la norma interna mediante la quale è stata recepita la direttiva, debbono attenersi alla clausola 8.3., che vieta la *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori, a meno che questa «non sia in alcun modo collegata con l'applicazione dello stesso (punto 52)». Con la conseguenza che tale clausola può essere invocata soltanto nell'ambito di ciò che concerne la Direttiva (Corte Cost. n. 44/2008, cit., ha affermato che la disciplina dettata dalle norme nazionali quando si colloca al di fuori della Direttiva comunitaria non lede la clausola di non regresso ivi stabilita ma vìola l'art. 77, comma 1, Cost. in assenza di delega).

12.3. — Tanto premesso, non vi è dubbio che l'art. 21, comma 1-*bis*, nell'introdurre il comma 4-*bis* nel d.lgs. n. 368/2001 abbia integrato, modificandola *in peius*, una norma interna (il d.lgs. n. 368/2001) adottata per recepire la Direttiva n. 99/70, cit. L'art. 4-*bis* introduce una norma valida per la generalità dei contratti di lavoro non perseguendo, nel contempo, finalità e interessi distinti rispetto a quelli perseguiti dalla direttiva. Sennonché, è evidente che la norma ha introdotto un trattamento in-

(48) Sul tema si veda, ancora, il saggio di U. Carabelli, V. Leccese, *Libertà di concorrenza…*, cit., p. 69 ss.

dubbiamente peggiorativo per i lavoratori comparabili, anche con riferimento alla normativa anteriore al 2001 e ai livelli di protezione offerti dalla Direttiva n. 99/70/Ce.

Essa, pertanto, concorre a disciplinare l'apparato sanzionatorio del d.lgs. n. 368/2001, che attua nell'ordinamento interno la direttiva comunitaria nell'ambito tracciato dalla legge delega 29 dicembre 2000, n. 422. Di tal che, ogni norma che si ponga in collegamento con essa non può modificarla in senso peggiorativo (*Mangold*, punto 52).

12.4. — Consegue da quanto premesso che la nuova disciplina introdotta dall'art. 4-*bis* appare in contrasto con la clausola di non regresso e, perciò, in contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. (cd. illegittimità derivata).

13. — *L'illegittimità derivata degli artt. 1 e 11 del d.lgs. n. 368/2001 nell'ordinanza del Tribunale di Roma* — Analoghe considerazioni possono valere per l'eccezione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma (Est. Conte) con riferimento all'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 nella parte in cui non richiede più, rispetto alla disciplina abrogata, vale a dire l'art. 1, comma 2, lett. *b*, della legge n. 230/1962, la specificazione del «nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione». Ritiene inoltre il remittente che la nuova disciplina, nell'abrogare all'art. 11 la previgente disciplina nazionale in materia, sembra aver operato in assenza di delega e quindi in violazione degli artt. 76 e 77 della Costituzione. Pertanto, se fosse dichiarata l'incostituzionalità della norma degli artt. 1 e 11 d.lgs. n. 368, la disciplina applicabile sarebbe l'art. 1, comma 2, lett. *b*, della legge n. 230/62, «che è estranea all'ambito di applicazione dell'art. 21 del d.l. n. 112/2008 come convertito in legge n. 133/2008, sicché tale ultima disposizione non potrebbe comunque trovare applicazione al caso di specie».

13.3. — Pur se non citata, si capisce che la trama entro cui si snoda il discorso del Tribunale di Roma è costituita dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 44/2008, cit., che, come è noto, ha spianato la strada a tutti i successivi tentativi demolitori della riforma del 2001.

La necessità di confrontarsi con la normativa comunitaria e con la clausola di non regresso, recuperata attraverso l'eccesso di delega, sembra apparentemente collidere con l'interpretazione conformatrice della giurisprudenza di merito, e, da ultimo, della Corte di Cassazione, che da tempo è orientata nel senso di leggere l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 e le conseguenze connesse alla illegittima apposizione del termine alla luce della

clausola di non regresso, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sopra citata, e, dunque, della disciplina abrogata dell'art. 1 della legge n. 230/62, utilizzando quello che è stato definito l'effetto *polaroid* (49) o «specchio riflettente», che impedirebbe, da un lato, di modificare le norme di uno Stato membro, se non a fronte di una giustificazione del mutamento regressivo, e, dall'altro, consentirebbe al privato di invocare le norme comunitarie nelle controversie nei confronti dello Stato membro, «allorquando quest'ultimo abbia introdotto una disciplina regressiva in termini di tutele, violando la clausola (in quanto non abbia addotto alcuna giustificazione)» (50). Ove non sia possibile ricorrere all'effetto verticale, privato/Stato, resta solo l'interpretazione conforme o, qualora questa non sia possibile, l'eccezione di incostituzionalità per violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

13.4. — In considerazione di quanto precede, se si dovesse ritenere, come ritiene il Tribunale di Roma, di «rimeditare» la posizione assunta dalla Corte di Cassazione in materia di interpretazione conformatrice, quanto meno con riferimento alle «esigenze sostitutive», non vi è dubbio che dalla trasposizione della Direttiva ne è derivato un arretramento nella disciplina, non giustificabile anche alla luce della sentenza *Mangold* (punto 52) che recita «per contro una *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori nel settore di contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'Accordo quadro quando non è in alcun modo collegata con l'applicazione di questo». Di qui, il contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost.

14. — *Conclusioni* — In conclusione, si può osservare che la disciplina del regime transitorio rischia di diventare un finto problema in considerazione del modello di riforma (o controriforma) (51) proposto dal recente d.d.l. 1441 approvato alla Camera («Delega al governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, nonché misure contro il lavoro sommerso e norme in tema di lavoro pubblico, di controversie di lavoro e di ammortizzatori sociali»), che, introducendo dosi massicce di accesso a deroghe individuali alla legge e alla contrattazione collettiva (cfr. artt. 65-67), introduce una sorta di rinuncia a far valere l'invalidità del primo contratto a termine ove siano

(49) Lo Zito, *op. cit.*, p. 173; V. De Michele, *op. cit.*, p. 714.

(50) Così U. Carabelli, V. Leccese, *op. cit.*, p. 72.

(51) Si veda P. Alleva, Introduzione al convegno *La controriforma del processo e del Diritto del lavoro. A proposito del disegno di legge 1441-quater*, Roma, Cnel, 21 ottobre 2008.

decorsi 120 giorni dalla scadenza del medesimo (art. 67, comma 1, c-*bis*). Questo significa, che per poter assumere nuovamente un lavoratore a termine basta aspettare 4 mesi e accertarsi che, nel frattempo, non sia stato depositato alcun ricorso, salvo restando il tetto dei 36 mesi (art. 5, comma 4-*bis*).

Ma non basta.

Come è stato osservato da un Autore che aderisce al disegno riformatore del novello legislatore, il Parlamento potrebbe «ritornare presto sui propri passi e decretare, come inizialmente ipotizzato, il carattere strutturale e definitivo di una norma che, per i dubbi manifestati da una parte del governo e del movimento sindacale, è poi diventata "transitoria"» (52).

(52) Così M. Tiraboschi, *Contratti a termine. «Sanatoria» da salvare*, in *Bollettino Adapt*, n. 9, 14 novembre 2008, in *www.unimore.it*.

CORTE D'APPELLO BARI, 18 settembre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Castellaneta.

**Lavoro a tempo determinato – Poste Italiane Spa – Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, Cost.**

CORTE D'APPELLO GENOVA, 26 settembre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Ravera.

**Lavoro a tempo determinato – Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, Cost.**

TRIBUNALE ASCOLI PICENO, 30 settembre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Boeri.

**Lavoro a tempo determinato – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 42, comma 4-*bis*, del d.l. n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, per contrasto con gli artt. 11, secondo periodo, 117, comma 1, e 3 Cost.**

CORTE D'APPELLO TORINO, 2 ottobre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Ramella Trafighet.

**Lavoro a tempo determinato – Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 24, comma 1, Cost.**

TRIBUNALE TRIESTE, 15 ottobre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Multari.

**Lavoro a tempo determinato – Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, Cost.**

CORTE D'APPELLO ROMA, 21 ottobre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Garri.

**Lavoro a tempo determinato – Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 24, comma 1, 11, comma 1, e 117, comma 1, Cost.**

CORTE D'APPELLO MILANO, 28 ottobre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Trogni.

**Lavoro a tempo determinato – Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 24, comma 1, e 117, comma 1, Cost.**

TRIBUNALE ROSSANO, 17 novembre 2008, ord. – Est. Coppola.

**Lavoro a tempo determinato – Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 4, 24, 35, 41, 43, 53, 101, 102 104, e 111 Cost.**

TRIBUNALE TIVOLI, 3 dicembre 2008, ord. – Est. Mari.

**Lavoro a tempo determinato – Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 117, comma 1, 24 Cost.**

TRIBUNALE ROMA, 26 settembre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Conte – Di R. c. Poste Italiane Spa.

**Lavoro a tempo determinato – Poste Italiane Spa – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 11 del d.lgs. n. 368/01 per contrasto con gli artt. 76, 77 e 117, comma 1, Cost. – Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 24, comma 2, 101, 102, comma 2, 104, comma 2, e 117, comma 1, Cost.**

*È rilevante, e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 1, e 11 del d.lgs. n. 368/2001, per contrasto con gli artt. 76, 77 e 117, comma 1, della Costituzione;*

*è rilevante, e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 1*-bis*, della legge n. 133/2008, inserente dopo l'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001 un art. 4*-bis*, per contrasto con gli articoli 3, comma 1, 24, comma 2, 101, 102, comma 2, 104, comma 2, e 117, comma 1, della Costituzione.*

(*Omissis*) il ricorrente ha dedotto la nullità della clausola del termine, per i seguenti motivi (in sintesi):

per violazione dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001. L'attore sostiene che la ragione sostitutiva addotta a giustificazione dell'apposizione della clausola non risponda alla regola di specificità imposta dalla disposizione, non indicandovisi quanti e quali lavoratori fossero assenti, di quale qualifica, per quale durata, e alcun elemento atto a individuare un nesso tra le pretese assenze e l'utilizzo a termine del lavoratore. Su tali basi, l'esistenza della ragione sostitutiva non sarebbe verificabile;

per insussistenza della ragione addotta (violazione dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368 citato), specie con riguardo al nesso causale. In realtà la convenuta avrebbe assunto da vari anni tutto l'anno lavoratori a termine in un numero pressoché costante per far fronte a una cronica carenza di personale nell'unità produttiva e/o per coprire le ordinarie necessità di servizio;

che l'attore ha concluso chiedendo: a) dichiararsi la nullità della clausola del termine; b) dichiararsi, di conseguenza, che tra le parti era in corso un rapporto di lavoro a tempo indeterminato sin dalla data dell'assunzione; c) condannarsi la convenuta a riammetterlo nel posto di lavoro; d) condannarsi la convenuta al pagamento delle retribuzioni maturate dalla scadenza del termine nullo;

che Poste Italiane Spa si è costituita chiedendo respingersi le avverse domande, per i seguenti motivi (in sintesi):

le ragioni sostitutive addotte in contratto sarebbero sufficientemente specifiche, bastando l'indicazione delle mansioni di adibizione del personale assente (addetto al servizio recapito), dell'ufficio (Udr di Pozzuoli) da sostituire, e del periodo complessivo delle assenze (coincidente con la durata del contratto). L'indicazione dei nomi delle persone da sostituire e delle specifiche cause della sostituzione non sarebbero richiesti dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001, come invece era previsto dall'art. 1, comma 2, lett. *b*, della legge n. 230/62, abrogato dall'art. 11 del d.lgs. n. 368/2001;

le ragioni sostitutive sarebbero sussistenti, come basterebbero a provare le seguenti circostanze, dedotte e invocate a prova orale: i) l'attore avrebbe svol-

to mansioni di addetto al recapito, in sostituzione di addetti assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro (anche qui, peraltro, in alcun altro modo individuati, né per l'identità, né per il numero, né per la durata delle assenze né per le relative cause; ii) nell'Ufficio Recapito di Pozzuoli, nel periodo dedotto in contratto, il numero di giornate di assenza maturate complessivamente dal personale stabile (n. 330) era stato superiore al numero di giornate lavorate complessivamente dal personale a tempo determinato (n. 129);

che Poste Italiane ha inoltre dedotto: che le contestate violazioni non potrebbero portare alla conversione del rapporto a tempo indeterminato; che le retribuzioni spetterebbero solo a titolo risarcitorio dalla data della messa in mora, con detraibilità dal risarcimento dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum*;

che sono stati escussi due testimoni, all'esito di che è stata fissata udienza di discussione;

che nelle more, è entrato in vigore l'art. 21 del d.l. n. 112/2008, che, come convertito in legge n. 133/2008, ha introdotto, nel d.lgs. n. 368/2001, dopo l'art. 4, un art. 4-*bis*, che recita che «Con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli artt. 1, 2, e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 e un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri di cui all'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni»;

che in sede di discussione orale, la difesa di parte ricorrente ha chiesto giudicarsi rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di detta disposizione, per violazione degli artt. 3, 4, 10, 24, 35 e 75 della Costituzione;

ritenuto in diritto:

che la disciplina legislativa previgente l'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001 consentiva l'apposizione della clausola del termine per ragioni sostitutive di personale assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, alla condizione che fosse indicato il nome del lavoratore sostituito e della causa della sostituzione (art. 1, comma 2, lett. *b*, legge n. 230/62);

che tale disposizione è stata abrogata, con tutta la legge n. 230, dall'art. 11 del d.lgs. n. 368/2001;

che in detto decreto si contempla ancora la possibilità di assumere a termine «a fronte di ragioni di carattere […] sostitutivo», ma non si richiede più, almeno sul piano letterale, che sia indicato il nome del lavoratore sostituito né la causa della sostituzione (art. 1, comma 1);

che l'onere di specificazione delle ragioni imposto dall'art. 1, comma 2, del decreto non sembra imporre indirettamente tali specificazioni, sul mero piano dell'esegesi «ordinaria» (traibile dall'art. 12 delle preleggi), non parendo possibile escludere *a priori*, in base al dato letterale, e in un contesto storico e di politica legislativa improntato ormai da anni a una tendenza di progressiva flessibilizzazione della materia, che la ragione del termine possa risiedere (come in sostanza assume la difesa di Poste Italiane) nell'esigenza di supplire mediante personale assunto a termine a esigenze sostitutive indeterminate ma pronosticate, in un determinato ambito aziendale, tra gli addetti a una determinata mansione, riguardo ai quali si preveda, in un determinato ambito temporale, un certo numero di giornate complessive di assenza (e ciò, a prescindere da ogni valutazione in ordine alla sufficienza della giustificazione quale offerta e provata nel caso di specie);

che in tale senso depone, tra l'altro, lo stesso passaggio da una regola che prevedeva quell'onere di specificazione, a una ben più generica che non lo prevede più;

che in tal senso, e se ciò è vero, la disposizione di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 appare segnare un indubbio arretramento della tutela del lavoratore, per quanto attiene ai presupposti per la legittima apposizione della clausola del termine, rispetto alla disciplina previgente, almeno per quanto attiene alle esigenze sostitutive;

che l'arretramento appare peraltro investire l'intero art. 1, comma 1, posto che, quale lettura si dia della disposizione, il riferimento affatto generico a «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» consente certo l'apposizione della clausola in casi nei quali essa non poteva ritenersi ammessa alla stregua della disciplina previgente, che pure aveva riguardo a tali ragioni di rango, per così dire, «obiettivo», siccome afferenti alle esigenze aziendali (almeno per quanto attiene alle ipotesi previste direttamente dalla legge), ma limitava la possibilità dell'apposizione della clausola a fattispecie ben più definite;

che a tale evidenza non sembra potersi opporre che l'art. 23 della legge n. 56/87, pure abrogato dall'art. 11 del d.lgs. n. 368/2001, consentiva, secondo il diritto vivente ormai invalso (per tutte, Cass. n. 4588/2006), alla contrattazione collettiva di prevedere ipotesi anche indeterminate e non necessariamente neppure ancorate a ragioni obiettive (nel senso di attinenti a esigenze aziendali), bensì anche a ragioni inerenti la persona del lavoratore (cd. ragioni soggettive), posto, da un lato, che è difficile immaginare una regola di governo delle esigenze oggettive aziendali atte a legittimare l'apposizione della clausola più generica di quella posta dall'art. 1, comma 1, cit.; dall'altro, che appare dubbio (e appare, anzi, da escludere) che l'impossibilità, conseguente all'intervenuta abrogazione anche dell'art. 23, cit., da parte dello

stesso art. 11 del d.lgs. n. 368 citato, di giustificare la apposizione della clausola in base alla condizione del lavoratore (che sia, ad esempio, disoccupato di lungo periodo, per dare un esempio della casistica che si era prodotta in materia) costituisca un avanzamento del livello di tutela del lavoratore sul punto;

che con il d.lgs. n. 368/2001 il governo italiano ha dato attuazione alla legge delega n. 422/2000, e, per essa, alla Direttiva n. 1999/70/Ce;

che la direttiva comunitaria non appare dettare alcun principio od obiettivo, né alcuna regola, cui gli Stati membri debbano conformarsi per garantire ai lavoratori a tempo determinato un livello di tutela minimo, per quanto attiene ai presupposti per l'apposizione della clausola del termine a un singolo contratto; ossia non appare dettare alcun criterio in base al quale l'apposizione della clausola a un contratto singolo possa giudicarsi «abusiva», per non trovare ragione in circostanze obiettive o soggettive di sorta, che debbano ricorrere onde evitare che essa sia «imposta» al lavoratore dalla parte datoriale più forte quale condizione dell'assunzione, al solo fine di consentire al datore di beneficiare della precarietà del rapporto, per i vantaggi che essa obiettivamente in sé determina in capo a esso, specie per le mansioni in ordine alle quali non sussiste un interesse datoriale a un particolare affinamento della professionalità del lavoratore, sia sul piano economico (non maturazione di benefici legati all'anzianità), sia su quello dei rapporti personali (condizione di soggezione). La direttiva pone solo, fissandone le linee di perseguimento, due obiettivi: la garanzia del principio di non discriminazione e la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo in successione di contratti o rapporti a tempo determinato;

che solo nella parte non propriamente normativa (il 7° Considerando) compare l'affermazione che «l'utilizzazione di contratti a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi»;

che peraltro, e a prescindere dalla posizione «logistica» dell'affermazione e del suo contenuto sostanzialmente valutativo e non «normativo», l'uso del plurale (utilizzazione di contratti) e il collegamento esegetico con la clausola 5, punto 1, lettera *a*, della Direttiva, in una con l'assenza, nella medesima, di alcuna regola che ancori a ragioni di sorta la possibilità di apporre la clausola del termine a un singolo contratto, suggeriscono che la necessità di «ragioni obiettive» si riferisca esclusivamente alla materia della reiterazione;

che nessuna concreta disposizione precettiva appare traibile dai Considerando 6 e 8, che, da un lato, confermano la «normalità» della forma a tempo indeterminato del rapporto di lavoro, che la direttiva vede con favore, perché «contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorarne il rendimento» ma, dall'altro, non guardano con disfavore ai

rapporti a termine, che «rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori, occupazioni e attività atta a soddisfare sia i datori di lavoro che i lavoratori». Anche detti «Considerando» non appaiono peraltro dettare regole o princìpi di sorta, ma esprimere valutazioni di merito di carattere socio-lavorativo;

che neppure la necessità che l'apposizione della clausola del termine sia giustificata da pur generiche ragioni oggettive appare traibile dalla clausola n. 3, punto 1, della direttiva, che, nel recitare «Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo determinato" indica una persona con un contratto o un rapporto di lavoro definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico», non fa che definire il lavoratore a termine come lavoratore che ha instaurato un rapporto individuale di lavoro rispetto al quale le «condizioni oggettive» non appaiono essere che le circostanze obiettive che individuano, direttamente o indirettamente, quando il rapporto verrà a cessare, ossia il termine in quanto tale. Ciò appare, oltre che dal tenore testuale della disposizione, reso palese dall'annovero, tra le «condizioni oggettive», del «raggiungimento di una certa data», che non è certo una ragione, bensì puramente e semplicemente il giorno convenuto per la scadenza del rapporto, che lo individua direttamente; mentre le altre «condizioni» (il completamento di un compito specifico e il verificarsi di un evento specifico) lo individuano indirettamente. D'altronde, anche il «verificarsi di un evento specifico» non esprime, in sé, alcuna «ragione» dell'apposizione del termine. Ed ancora la direttiva dice che il termine è «determinato da condizioni oggettive» e non «giustificato da ragioni oggettive», con ciò rendendo palese, ad avviso del giudicante, che la disposizione si limita a individuare la nozione di termine rilevante per la fattispecie (noi diremmo che il *dies* è *certus an* e può essere *certus* (raggiungimento di una certa data) o *incertus quando* (completamento di un compito specifico o verificarsi di un evento specifico);

che al giudicante è noto che la Corte Costituzionale (sentenza n. 41/2000) e la S.C. di Cassazione (sentenza n. 12985/2008) hanno, seppur incidentalmente, rilevato nelle «disposizioni» in esame una portata afferente la materia della necessità di presupposti legittimativi dell'apposizione della clausola del termine. Il giudicante ritiene di aver spiegato i motivi per cui ritiene che tale posizione meriti di essere rimeditata;

che la clausola 8 della Direttiva prevede, al comma 1, che «Gli Stati membri e/o le Parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo»; e, al comma 3, che «L'applicazione del presente accordo non costituisce motivo

valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso»;

che pertanto appare del pari evidente che, anche a ritenere che la direttiva richieda che il termine del singolo contratto sia giustificato da ragioni obiettive, così come del tutto genericamente (in ogni caso) indicate, non rientra tra gli scopi della direttiva quello di allineare al livello di tutela individuato da siffatti presunti princìpi la disciplina degli Stati membri che, attraverso la previsione di presupposti di legittimità più specifici, dettasse già una disciplina più favorevole al lavoratore, con riguardo all'interesse di questi alla migliore qualità della vita e alle maggiori opportunità di accrescimento del bagaglio professionale offerte dal rapporto a tempo indeterminato. La direttiva mirerebbe, infatti, comunque solo a offrire una tutela minima;

che la legge delega n. 422/2000 delegava il governo «a emanare […] i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B» (tra le quali la Direttiva n. 99/70/Ce): art. 1, comma 1; e prevedeva, all'art. 2, comma 1, lett. *f*, che «I decreti legislativi assicureranno in ogni caso che, nelle materie trattate dalle direttive da attuare, la disciplina disposta sia pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive medesime, tenuto anche conto delle eventuali modificazioni intervenute fino al momento dell'esercizio della delega»;

che nella legge delega non appare desumibile dunque, e in genere, alcun altro mandato al governo, che di dare puntuale attuazione alla direttiva comunitaria in questione;

che la direttiva, per quanto si è premesso, non poneva, ad avviso del giudicante, alcuna regola od obiettivo riguardo alla tutela dei lavoratori sul piano della necessità di presupposti per l'apposizione della clausola del termine, sicché il d.lgs. n. 368/2001, nell'abrogare, all'art. 11, la previgente disciplina nazionale in materia (e in particolare, per stare al caso di specie, all'art. 1, comma 2, lett. *b*, della legge n. 230/62), appare aver operato in assenza di delega, e quindi in violazione degli artt. 76 e 77 della Costituzione;

che la nuova disciplina dell'apposizione della clausola del termine, quale introdotta con l'art. 1, comma 1, del d.lgs. detto, appare affetta dal medesimo vizio;

che peraltro (e lo si dice incidentalmente) anche a ritenere che la direttiva richiedesse che la clausola di apposizione del termine fosse in qualche modo giustificata da ragioni oggettive, appare evidente che la normativa italiana non richiedeva, sul punto, alcun adeguamento, posto che le causali di cui alla legge n. 230/62 e alle leggi speciali successivamente intervenute in materia e rimaste abrogate contemplavano ipotesi basate o comunque riconducibili a ragioni obiettive, tanto più se intese nel senso del tutto vago, fino al

punto di essere soddisfatto *a priori* (come nel caso del «raggiungimento di una certa data»), traibile dalla clausola 3, punto 1, della direttiva;

in particolare, l'abrogato art. 1, comma 2, lett. *b*, della legge n. 230/62 soddisfaceva senz'altro la presunta necessità comunitaria che la clausola appositiva del termine fosse giustificata da ragioni obiettive;

che in aggiunta, l'arretramento del livello di tutela precedentemente offerto dalla normativa italiana ai lavoratori a termine con riguardo ai presupposti per l'applicazione della clausola, mediante la abrogazione del precedente regime (legge n. 230/62; leggi speciali che qui si omettono per brevità; art. 23 della legge n. 56/87) improntato in larga parte su previsioni specifiche e tassative, e la sua sostituzione con una clausola elastica – arretramento che peraltro, a stare al caso di specie (esigenze di sostituzione di personale assente con diritto alla conservazione al posto di lavoro), appare di palmare evidenza, sia sul piano sostanziale (non è più necessario che il contrattista sostituisca un lavoratore preindividuato) sia sul piano delle garanzie di trasparenza della causale di utilizzo – appare in conflitto con la clausola 8, punto 3, della direttiva, che stabiliva che l'applicazione dell'accordo non costituiva motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito dell'accordo stesso (cd. clausola di non regresso);

è ben noto al giudicante che la Corte di Giustizia europea nella cd. sentenza *Mangold* (22 novembre 2005 – C/144/04) ha giudicato che la direttiva in questione non vieta come tale una *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori a termine, a condizione che essa non sia in alcun modo collegata con l'applicazione di questa;

pur tuttavia, e anzi proprio per questo, non si vede come tale *reformatio in peius* possa dirsi in questo caso «in alcun modo» collegata con l'applicazione dell'Accordo quadro e della direttiva, se si considera che essa è stata realizzata proprio nel provvedimento destinato specificamente a dare applicazione alla direttiva, e dichiaratamente allo scopo di darvi applicazione;

merita aggiungere che nelle Conclusioni espresse dall'Avvocato Generale sul caso *Mangold* si suggeriva espressamente che non poteva ritenersi consentito agli Stati membri intervenire *in peius* nel sistema di tutele previste per i lavoratori a termine dando l'impressione che ciò fosse imposto dalla necessità di dare attuazione alla direttiva comunitaria, tanto da suggerire, altresì, che gli Stati membri che avessero così operato dovessero fornire, al riguardo, una giustificazione. Tale ultima indicazione non è stata recepita dalla sentenza *Mangold*, ma l'interpretazione offerta dalla sentenza alla cd. clausola di non regresso accredita la fondatezza del primo suggerimento dell'Avvocato Generale;

che sotto il profilo in questione l'art. 1, comma 1, e l'art. 11 del d.lgs. n. 368/2001 appaiono viziati da illegittimità costituzionale anche in rapporto

all'art. 117, comma 1, della Costituzione, per violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, in forza del principio di cd. illegittimità derivata ormai accreditato dai Consessi superiori (per tutte, Corte Cost. n. 349/2007);

che la questione di legittimità costituzionale come sopra prospettata appare rilevante in causa sotto più profili, e in particolare i seguenti:

dalla declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni in esame deriverebbe che la fattispecie ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 1, comma 2, lett. *b*, della legge n. 230/62, che risulterebbe violato, perché il contratto non contiene l'indicazione del lavoratore sostituito e della causa della sostituzione;

lo stesso art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001 rimarrebbe presumibilmente immune da censure di legittimità costituzionale (secondo il principio dell'interpretazione adeguatrice) solo a condizione che la specificazione della ragione rispondesse alla regola posta dalla legge n. 230; cosa che al giudicante appare perfettamente possibile (onde si astiene dal sollevare anche tale questione);

le conseguenze della eventuale violazione della regola che, in caso di accoglimento della questione, avrebbe imposto al datore di individuare in contratto il nome del lavoratore sostituito e la causa della sostituzione non sarebbero riconducibili alla violazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, che risulterebbe annullato, ma alla violazione dell'art. 1, comma 2, lett. *b*, della legge n. 230/62, che è estranea all'ambito di applicazione dell'art. 21 del d.l. n. 112/2008 come convertito in legge n. 133/2008, sicché tale ultima disposizione non potrebbe comunque trovare applicazione nel caso di specie;

che inoltre, ed eventualmente in subordine, appare altresì rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di tale ultima disposizione, in primo luogo, con riguardo agli artt. 3 e 117, comma 1, della Costituzione;

sotto il primo profilo, va premesso che, ad avviso del giudicante, la nullità della clausola del termine (qual'appare indubbiamente integrata dalla violazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, trattandosi di disposizione imperativa), secondo i princìpi generali – art. 1419, comma 2, e art. 1339 cod. civ. –, che dovrebbero trovare applicazione, in assenza di disposizioni specifiche, se non fosse in vigore la disposizione qui impugnata, comporta le seguenti conseguenze:

non dovrebbe estendersi all'intero contratto (soluzione condivisa dalla preponderante dottrina e giurisprudenza di merito, e di recente convalidata da Cass. n. 12985/2008, alla cui motivazione, del tutto esauriente sul punto, si fa rinvio);

secondo i surrichiamati princìpi generali, dalla sopravvivenza giuridica del rapporto dovrebbe derivare la permanenza nel tempo dei suoi effetti obbligatori, tra i quali quello di retribuire; potendo semmai discettarsi se sia conforme al principio generale di buona fede che il lavoratore possa vantare tale diritto finché non abbia rivendicato la riattivazione fattuale del sinallagma, in un contesto nel quale per solito questo è cessato per il mutuo convincimento della cessazione *de iure* del medesimo; ovvero se possa trovare applicazione l'art. 1460 cod. civ. in un contesto nel quale, se è vero che il lavoratore non è stato retribuito, è anche vero che non ha offerto la controprestazione;

deve tuttavia darsi atto che il cd. diritto vivente si è consolidato, a partire da Cass., Ss.Uu., n. 14381/2002, nel senso che, poiché il rapporto di lavoro sarebbe retto da una sorta di sinallagmaticità esecutiva per cui il diritto alla retribuzione non sorge – salvi i casi per i quali la legge espressamente prevede altrimenti – se non quando il prestatore effettivamente lavora, dalla mera persistenza giuridica del rapporto (in forza della quale il prestatore ha pur diritto a essere riammesso in servizio) non discenderebbe il diritto alla retribuzione, ma il diritto al risarcimento del danno (parametrato alle retribuzioni), e dal momento in cui il prestatore abbia messo in mora il datore, offrendogli le proprie prestazioni; e con le limitazioni generali della materia del risarcimento (detraibilità dell'*aliunde perceptum et percipiendum*);

in tale contesto il diritto vivente è nel senso che dalla nullità della clausola del termine discendono, dal momento dell'offerta della prestazione, conseguenze risarcitorie sostanzialmente analoghe a quelle previste, per il caso del licenziamento illegittimo, dall'art. 18 della legge n. 300/70. In ogni caso la tutela del lavoratore quanto all'interesse del ripristino del sinallagma è – con la predetta limitazione – «reale» – nel senso che è simile a quella del lavoratore illegittimamente licenziato nell'ambito della tutela così solitamente denominata;

l'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368/2001, quale introdotto dal comma 1-*bis* dell'art. 21 della legge n. 133/2008, il cui tenore testuale è stato già sopra riportato, sostituisce la tutela risarcitoria reale, pur in qualche modo offerta dal diritto vivente previgente (e in qualche modo già attenuata rispetto a quelle che appaiono le regole traibili dai princìpi generali), con una tutela di rango inferiore, di consistenza indennitaria, che esclude la prosecuzione giuridica del rapporto e lo stesso diritto al ripristino fattuale del sinallagma, e sostanzialmente strutturata, mediante il rinvio all'art. 8 della legge n. 604/66 e s. m., sulla cd. tutela obbligatoria prevista, nel caso del licenziamento illegittimo, per le piccole imprese;

la disposizione qui censurata opera tale modifica in modo retroattivo, in quanto esteso ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della novella

(tra i quali il presente), e nel contempo non valido per l'avvenire, e in particolare per i giudizi che fossero instaurati dopo l'entrata in vigore della disposizione.

Tale regime normativo appare censurabile ai sensi dell'art. 3 della Costituzione sotto diversi profili.

Il primo, e più appariscente, attiene alla violazione del principio di uguaglianza insita nel fatto di disporre una tutela attenuata, a parità di tutte le altre condizioni, a carico di un lavoratore, per il mero fatto, che appare palesemente inidoneo a giustificare una discriminazione, di avere già un giudizio in corso. Un lavoratore che avesse stipulato un identico contratto la cui clausola appositiva del termine fosse nulla (o altrimenti invalida) per i medesimi motivi, e che avesse proposto il ricorso il giorno dopo l'entrata in vigore della novella o in qualunque momento successivo, godrebbe della «tutela forte» sopra delineata; e ciò sebbene il fatto di aver tardato ad agire in giudizio non possa certo ascriversi a ragione di maggior merito.

Non più giustificata appare peraltro la discriminazione operata nei confronti dei lavoratori in questione, rispetto a quelli (e notoriamente ve ne sono almeno a centinaia) che hanno giudizi in corso nei quali vengono in considerazione le conseguenze della invalidità della clausola del termine, che peraltro sia retta, *ratione temporis*, dal sistema normativo previgente di cui alla legge n. 230/62 e altre leggi speciali; ovvero che addirittura non li abbiano ancora instaurati.

Si può solo ipotizzare che il legislatore abbia ritenuto opportuno, in una contingenza caratterizzata da un fenomeno di massiccia impugnazione di clausole del termine, specie nei confronti di Poste Italiane Spa, arginare parzialmente e provvisoriamente gli effetti economici e le conseguenze sul piano occupazionale dell'accoglimento dei ricorsi, limitando i risarcimenti ed escludendo la possibilità del ripristino. Tuttavia il criterio di selezione delle fattispecie alle quali dovrebbe trovare applicazione la nuova e attenuata tutela appare francamente del tutto irragionevole, e produttivo di sperequazioni che appaiono prive di qualsiasi ragionevole giustificazione.

La disposizione censurata appare peraltro viziata anche in rapporto all'art. 117, comma 1, della Costituzione, in rapporto agli obblighi assunti dallo Stato italiano con la legge n. 848/55, con la quale è stata resa esecutiva la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950.

L'art. 6 della Convenzione, nel porre la garanzia del «giusto processo», è stata infatti interpretata dalla Corte europea di Strasburgo (causa *Scordino/Italia* n. 36813/97 e precedenti da essa richiamati) nel senso che gli Stati aderenti alla Convenzione hanno l'obbligo di non esercitare un ingerenza normativa finalizzata a ottenere una determinata soluzione delle con-

troversie in corso, salvo che l'intervento retroattivo sia giustificato da motivi imperiosi di carattere generale; specie quando l'intervento avvenga in una causa nella quale lo Stato sia parte.

Che la violazione di tale regola determini un *vulnus* all'art. 117, comma 1, della Costituzione è stato già riconosciuto dal giudice delle leggi quantomeno nella sentenza n. 349/2007, ed è stato recentemente opinato, in altra fattispecie, dalla S.C. di Cassazione nell'ordinanza di rimessione n. 22260/2008.

Nella specie la disposizione censurata trova applicazione a tutte le ipotesi di violazione delle disposizioni di cui agli artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368/2001. Poiché, peraltro, un intervento di ambito temporale così contingente (vale per i giudizi in corso, ma non vale per i giudizi futuri) non sembra poter trovare altra motivazione che nella presunta esigenza di una contingente attenuazione delle conseguenze dell'accoglimento di ricorsi fondati sulla violazione degli artt. 1, 2 o 4 del d.lgs. n. 368/2001, sul presupposto che tali conseguenze siano attualmente e provvisoriamente insopportabili per le imprese che le subiscono; poiché, per quanto questo giudice può constatare nella sua quotidiana esperienza giudiziaria, solo Poste Italiane Spa è attualmente «vittima» di un fenomeno di massiccia e pressoché sistematica impugnazione di clausole del termine stipulate sulla base del d.lgs. n. 368/2001; poiché in ogni caso Poste Italiane Spa sta notoriamente subendo oggi un siffatto fenomeno; poiché lo Stato italiano è attualmente, in buona sostanza, azionista unico o comunque largamente maggioritario di Poste Italiane Spa (partecipata al 65% dal Ministero dell'economia e delle finanze e al 35% da Cassa depositi e prestiti Spa, a sua volta partecipata al 70% dal medesimo Ministero); poiché, infine, una disposizione che vale solo per i giudizi in corso, non valendo neppure per l'avvenire, è per definizione una disposizione che ha il solo scopo di ottenere una determinata soluzione di una controversia in corso; poiché, d'altronde, non è necessario che tale sia il fine esclusivo della disposizione (Cass., ord., n. 22260/2008); appare lecito dubitare che il legislatore abbia violato i surrichiamati princìpi in materia di «giusto processo», così violando l'art. 117 della Costituzione.

Né ciò basta.

La disposizione qui censurata incide retroattivamente (sempre nell'ipotesi, che il giudicante ritiene di dover allo stato accreditare, che la clausola del termine sia nella specie da giudicare invalida), sopprimendolo, su un diritto (quello alla «tutela reale» quale sopra formulata) che era stato già acquisito al patrimonio della parte ricorrente. La Corte Costituzionale ha più volte ricordato (vedi, ad esempio, sentenze nn. 390/95, 211/97, 416/99) che la Carta fondamentale tutela, all'art. 3, comma 1 (ma allo scopo potrebbe anche essere invocato l'art. 24, comma 2), il diritto del cittadino a poter ripor-

re affidamento nella sicurezza (certezza) giuridica, quale elemento essenziale di uno Stato di diritto, che non può essere leso da disposizioni retroattive, che tramodino in un regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti. La parte ricorrente ha agito in giudizio nell'ambito di un quadro normativo che le garantiva, in caso di accertata invalidità della clausola del termine, la prosecuzione giuridica del rapporto e in ogni caso il diritto al ripristino dello stesso, con conseguenze risarcitorie, in caso di violazione, idonee alla piena riparazione del danno subìto; e non appare ravvisabile alcuna giustificazione razionale nel fatto che la legge lo abbia privato di tale diritto non solo in corso di causa, ma proprio e solo per il fatto di avere una causa in corso (ché se avesse tardato a proporla il suo diritto sarebbe stato fatto salvo).

Ma ancora, e infine, la disposizione in esame appare in contrasto con gli artt. 101, 102, comma 2, e 104, comma 1, della Costituzione, perché un intervento della legislazione che, come nella specie, riguardi esclusivamente un certo tipo di giudizi in corso a una certa data si palesa privo del carattere di astrattezza proprio della normazione legislativa, e assume carattere provvedimentale generale (ha a oggetto esclusivo un numero concretamente ancorché indirettamente determinato di fattispecie) con riguardo a giudizi in corso, così invadendo un ambito che deve ritenersi riservato al potere giudiziario. Ancora una volta la Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che non è legittimo che la legge introduca disposizioni intenzionalmente dirette a incidere su concrete fattispecie *sub iudice* (sentenze nn. 397/94, 6/94, 429/93 e altre); e il fatto che la disposizione in questione valga solo per i giudizi in corso, escludendo anche quelli futuri, appare rendere del tutto evidente che nella specie la legge ha inteso intenzionalmente quanto esclusivamente incidere sulle sorti di fattispecie *sub iudice*, così invadendo l'ambito riservato alla giurisdizione.

La rilevanza di dette ultime questioni appare evidente: se la disposizione censurata fosse dichiarata costituzionalmente illegittima, e il giudicante trovasse invalida nella specie (come comunque allo stato gli appare) la clausola appositiva del termine (la causa è pronta per la decisione), essa non potrebbe trovare l'applicazione altrimenti necessaria nel presente giudizio, e dovrebbe applicarsi il diritto vivente previgente (o altro).

(*Omissis*)

# LA CORTE COSTITUZIONALE
## LE DECISIONI NEL TRIMESTRE OTTOBRE-DICEMBRE 2008

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

SOMMARIO: 1. Illegittimità costituzionale della previsione di una tutela esclusivamente risarcitoria e non reintegratoria per i direttori delle Asl privati dell'incarico in ragione di un illegittimo sistema regionale di *spoiling system*. — 2. Illegittimità costituzionale della previsione del divieto di prosecuzione sino alla scadenza dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa stipulati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003.

1. — *Illegittimità costituzionale della previsione di una tutela esclusivamente risarcitoria e non reintegratoria per i direttori delle Asl privati dell'incarico in ragione di un illegittimo sistema regionale di* spoiling system — Il Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8 (Disposizioni concernenti cariche di organi di amministrazione di enti pubblici dipendenti decaduti ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime dalla Corte Costituzionale), per violazione degli articoli 3, 24, 97, 101, 103, 113 e 117, comma 2, lettera *l*, della Costituzione. Le disposizioni impugnate stabiliscono che: «1. La Giunta regionale, nei confronti dei componenti di organi istituzionali degli enti pubblici dipendenti, i quali siano decaduti dalla carica ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime a seguito di sentenze della Corte Costituzionale, con conseguente risoluzione dei contratti di diritto privato disciplinanti i relativi rapporti di lavoro, è autorizzata a deliberare in via alternativa: a) il reintegro nelle cariche e il ripristino dei relativi rapporti di lavoro; b) un'offerta di equo indennizzo. 2. La soluzione di cui al comma 1, lettera *b*, è comunque adottata qualora il rapporto di lavoro sia stato interrotto, di fatto, per oltre sei mesi». Questa norma è stata adottata dalla Regione Lazio a seguito della sentenza della Corte Cost. n. 104/2007 che ha dichiarato incostituzionale la normativa regionale che prevedeva che i vertici degli organi istituzionali, tra cui il direttore delle Asl, vengono meno con l'insediamento del nuovo Consiglio regionale (cosiddetto *spoils system*). In particolare, secondo il Consiglio di Stato la nuova norma regionale impugnata violerebbe l'art. 97 Cost. in quanto escluderebbe la obbligatoria reintegrazione del dirigente che sia automaticamente decaduto dall'incarico in base a una disposizione dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale. La facoltà della

Giunta regionale di offrire al dirigente un indennizzo in luogo della reintegrazione, e, soprattutto, nel disporre l'obbligo della Giunta stessa di offrire l'indennizzo nel caso di interruzione di fatto del rapporto per un periodo superiore a sei mesi, avrebbero l'effetto di «reintrodurre la possibilità di dar luogo a quel meccanismo di *spoils system* che la Corte Costituzionale ha già rilevato non conforme a Costituzione», dal momento che, «a ben vedere, la legge regionale n. 8 del 2007 non è altro che una forma onerosa di *spoils system*». La Corte Cost. ha ritenuto la questione fondata (1). Secondo il giudice delle leggi, a differenza di quanto accade nel settore privato, nel quale il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto di lavoro è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo, e non tanto, nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche, e soprattutto, a protezione di più generali interessi collettivi. Le garanzie non mirano soltanto a proteggere il dirigente pubblico come dipendente, ma discendono anche da princìpi costituzionali posti a protezione di interessi pubblici: l'imparzialità amministrativa, con cui contrasta un regime di automatica cessazione dell'incarico che non rispetti il giusto procedimento; il buon andamento, che risulta pregiudicato da un sistema di automatica sostituzione dei dirigenti che prescinda dall'accertamento dei risultati conseguiti. Il perseguimento di tali finalità, secondo la Corte Cost., impone che forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possano rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi. In particolare, la circostanza che il direttore generale di azienda sanitaria locale, rimosso automaticamente e senza contraddittorio, riceva, in applicazione della disposizione legislativa regionale impugnata, un ristoro economico non attenua in alcun modo il pregiudizio da quella rimozione arrecato all'interesse collettivo all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione. Tale pregiudizio, anzi, appare in certa misura aggravato, dal momento che la collettività subisce anche un aggiuntivo costo finanziario: all'obbligo di corrispondere la retribuzione dei nuovi dirigenti sanitari, nominati in sostituzione di quelli automaticamente decaduti, si aggiunge, infatti, quello di corrispondere a questi ultimi un ristoro economico.

---

(1) Corte Cost., sentenza 22-24 ottobre 2008, n. 351 – Pres. Flick, Red. Cassese: *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8 (Disposizioni concernenti cariche di organi di amministrazione di enti pubblici dipendenti decaduti ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime dalla Corte Costituzionale)*.

2. — *Illegittimità costituzionale della previsione del divieto di prosecuzione sino alla scadenza dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa stipulati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003* — Il Tribunale di Ascoli Piceno ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, comma 1, 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 86, comma 1, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, nel testo in vigore prima della modifica apportata dall'art. 20 del d.lgs. n. 251/2004, «quantomeno per la parte in cui la disposizione non prevede che le collaborazioni coordinate e continuative mantengano, nel caso in cui il collaboratore lo richieda, la loro efficacia anche oltre la scadenza di legge e fino alla scadenza contrattuale originariamente prevista». Il d.lgs. n. 276/2003 ha introdotto una articolata disciplina dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, stabilendo che, a differenza che nel passato, essi debbono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore (art. 61, comma 1), e che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'art. 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data della loro costituzione (art. 69, comma 1). L'art. 86, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 ha dettato la disciplina transitoria, disponendo in ordine alle collaborazioni coordinate e continuative che risultavano già stipulate il 24 ottobre 2003 (data di entrata in vigore del d.lgs. n. 276 del 2003) che «Le collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente, che non possono essere ricondotte a un progetto o a una fase di esso, mantengono efficacia fino alla loro scadenza e, in ogni caso, non oltre un anno dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento. Termini diversi, anche superiori all'anno, di efficacia delle collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente potranno essere stabiliti nell'ambito di accordi sindacali di transizione al nuovo regime di cui al presente decreto, stipulati in sede aziendale con le istanze aziendali dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale». Successivamente l'art. 20 del d.lgs. n. 251 del 2004 ha modificato il secondo periodo del comma 1 dell'art. 86 del d.lgs. n. 276 del 2003, inserendovi una limitazione alla possibilità per i contratti collettivi aziendali di stabilire termini di efficacia delle collaborazioni stipulate ai sensi della disciplina previgente diversi da quello contemplato dal primo periodo dello stesso comma 1 dell'art. 86: è ora previsto, infatti, che i contratti collettivi in questione non possono stabilire un termine di efficacia superiore al 24 ottobre 2005. Ad avviso del Tribunale rimettente, l'art. 86, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003, nella sua versione originaria, si porrebbe in contrasto con il canone di ragionevolezza affermato dall'art. 3 Cost. e violerebbe il principio di tutela del lavoro

di cui agli artt. 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost., i quali si riferiscono non solo al lavoro subordinato, ma anche al lavoro autonomo, e in particolare al lavoro parasubordinato, caratterizzato dalla personalità e continuità di una prestazione collegata funzionalmente con l'organizzazione del committente. Le finalità espressamente dichiarate dall'art. 1 del d.lgs. n. 276/2003 sono quelle di agevolare la creazione di nuova occupazione e di porre fine agli abusi perpetrati a danno dei lavoratori con le vecchie forme di parasubordinazione; sarebbe pertanto assurdo e contraddittorio che la stessa legge determini l'estinzione dei vecchi rapporti di collaborazione, operando retroattivamente su contratti legittimamente stipulati in base alla disciplina normativa previgente. La Corte Cost. ha ritenuto la questione fondata (2). La Corte ha pienamente condiviso la valutazione del giudice remittente, secondo cui il sacrificio degli interessi che le parti dei contratti di collaborazione avevano regolato nel rispetto della disciplina dell'epoca risulta irragionevole per contraddittorietà della norma con la sua *ratio*. Una normativa che lo stesso legislatore definisce come finalizzata «ad aumentare […] i tassi di occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro» (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003) non potrebbe ragionevolmente determinare l'effetto esattamente contrario (perdita del lavoro) a danno di soggetti che, per aver instaurato rapporti di lavoro autonomo prima della sua entrata in vigore nel pieno rispetto della disciplina all'epoca vigente, si trovano penalizzati senza un motivo plausibile. Quest'ultimo, secondo la Corte, non potrebbe essere individuato nella mera esigenza di evitare la prosecuzione nel tempo di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa difformi dalla nuova previsione legislativa, poiché l'intento del legislatore di adeguare rapidamente la realtà dei rapporti economici ai modelli contrattuali da esso introdotti non potrebbe giustificare, di per sé stesso, il pregiudizio degli interessi di soggetti che avevano regolato i loro rapporti in conformità alla precedente disciplina giuridica. Tanto più in un contesto in cui il contratto di collaborazione coordinata e continuativa non riconducibile a un progetto può essere ancora validamente stipulato dalle pubbliche amministrazioni, dalle associazioni e società sportive dilettantistiche, dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, dai partecipanti a collegi e commissioni, dai titolari di pensioni di vecchiaia, nonché per lo svolgimento di professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è richiesta l'iscrizione in albi professionali. Non si tratterebbe, in altri termini, di una fattispecie contrattuale non più presente nell'ordinamento giuridico.

---

(2) Corte Cost., sentenza 1-5 dicembre 2008, n. 399 – Pres. Flick, Red. Mazzella: *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 86, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30).*

# SICUREZZA SOCIALE
*(a cura di Lorenzo Fassina)*

SOMMARIO: 1. Assistenza sanitaria per italiani all'estero. — 2. Benefici previdenziali amianto. — 3. Enti pubblici creditizi. — 4. Perequazione della maggiorazione per *ex* combattenti.

1. — *Assistenza sanitaria per italiani all'estero* — È legittimo negare ai non indigenti il diritto alla fruizione di prestazioni sanitarie in forma indiretta in strutture estere diverse dai centri di altissima specializzazione, anche nei casi in cui tali prestazioni siano l'unica possibilità per evitare un danno grave e irreversibile alla salute (art. 3, comma 5, legge 23 ottobre 1985, n. 595). Con sentenza n. 354/2008 (1) la Corte Costituzionale ha stabilito che, in questo contesto, le cure gratuite hanno copertura costituzionale solo per gli «indigenti». Infatti, posto che l'articolo 32, comma 1, della Costituzione «garantisce cure gratuite agli indigenti» e che, per costoro, l'insufficienza delle condizioni economiche, unitamente alla mancata previsione del diritto di ottenere il rimborso delle spese necessarie, potrebbe determinare l'impossibilità di procurarsi le indispensabili prestazioni sanitarie e risolversi, quindi, in un pregiudizio diretto e immediato del diritto alla salute, non può essere affermato in modo assoluto il principio secondo il quale, in caso di gravità della malattia e di urgenza dell'intervento terapeutico, il costo di quest'ultimo deve essere rimborsato anche a coloro che non si trovino in una condizione di indigenza anche in senso relativo.

2. — *Benefici previdenziali amianto* — Non è illegittimo escludere dall'applicazione della disciplina previgente (e più favorevole) in materia di benefici previdenziali da esposizione all'amianto coloro che prima del 2 otto-

(1) Corte Cost. 31 ottobre 2008, n. 354 – Pres. Flick, Red. Amirante:
*dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 5, della legge 23 ottobre 1985, n. 595 (Norme per la programmazione sanitaria e per il piano sanitario triennale 1986-1988), come integrato dagli artt. 2 e 7 del d.m. 3 novembre 1989 e dall'art. 2 del d.m. 13 maggio 1993, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 32 della Costituzione, dalla Corte di Cassazione*.

bre 2003 non abbiano presentato domanda amministrativa di riconoscimento dei benefici previsti dall'art. 13, comma 8, legge n. 257 del 1992, pur avendo poi presentato domanda nel termine decadenziale previsto dall'art. 47 del d.l. n. 269/2003. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 376/2008 (2), ha quindi dichiarato inammissibile la questione prospettata in relazione al fatto che il legislatore, legittimamente, ha dettato una disciplina transitoria inerente al passaggio da un regime a un altro in correlazione con il mutamento di funzione e di struttura della misura disciplinata (art. 3, comma 132, legge 24 dicembre 2003, n. 350; art. 47, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, in legge 24 novembre 2003, n. 326). Considerando che tale passaggio comportava un trattamento meno favorevole, il predetto legislatore ha voluto far salve alcune situazioni ritenute meritevoli di tutela, introducendo disposizioni derogatorie rispetto all'immediata applicazione della nuova disciplina. Tra tali ipotesi ha inserito anche quella di coloro che avessero precedentemente presentato domanda amministrativa per ottenere il riconoscimento del beneficio, in ragione della relativa efficacia ai fini del conseguimento della pensione. In questo contesto va riconosciuta al legislatore ampia discrezionalità – salvo il limite della palese irragionevolezza – nella fissazione delle norme di carattere transitorio dettate per agevolare il passaggio da un regime a un altro, tanto più ove si tratti di disciplina di carattere derogatorio comportante scelte connesse all'individuazione delle categorie dei beneficiari delle prestazioni di carattere previdenziale.

3. — *Enti pubblici creditizi* — Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 55, legge 23 agosto 2004, n. 243 (che, in via di interpretazione autentica, estende al trattamento pensionistico dei dipendenti di enti pubblici creditizi collocati a riposo anteriormente al 31 dicembre 1990 il meccanismo di perequazione automatica previsto dall'articolo 11 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503), in riferimento all'art. 3 della Costituzione, sotto il profilo della irragionevolezza per contrasto con il fine dichiaratamente perseguito dalla norma censurata di estinguere il contenzioso giudiziario in materia. Con sentenza n.

---

(2) Corte Cost. 20 novembre 2008, n. 376 – Pres. Flick, Red. Amirante:

*dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 3, comma 132, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2004), e dell'art. 47 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Tribunale di Genova.*

362/2008 (3) la Corte, dopo aver ribadito che sono legittime le norme di interpretazione autentica che attribuiscono alla disposizione interpretata uno dei significati ricompresi nell'area semantica della disposizione stessa, ha sottolineato che le censure in questo caso formulate fanno riferimento a uno soltanto degli scopi della norma, non tenendo conto della circostanza che la medesima enuncia, tra questi, anche quello, non irragionevole, di realizzare «il pieno riconoscimento di un equo e omogeneo trattamento a tutti i pensionati iscritti ai vigenti regimi integrativi».

4. — *Perequazione della maggiorazione per* ex *combattenti* — Con sentenza n. 401/2008 (4), la Corte Costituzionale ha stabilito che la perequazione automatica della maggiorazione sul trattamento pensionistico in favore degli *ex* combattenti decorre dal momento della concessione. Viene, quindi, rigettata la questione, sollevata dalla Corte d'Appello di Trieste, se fosse o meno legittima la norma di interpretazione autentica della finanziaria 2008 (art. 2, comma 505, della legge n. 244/2007) secondo cui la perequazione della maggiorazione deve essere riconosciuta non dall'introduzione del beneficio per gli *ex* combattenti (cioè dal 1985: legge n. 140/1985), bensì dal momento della concessione del beneficio. A giudizio della Corte, dal momento che la maggiorazione non è un diritto autonomo rispetto alla pensione cui accede e che, d'altra parte, esso non viene concesso per adeguare la prestazione pensionistica, bensì per dimostrare la gratitudine della nazione ai soggetti beneficiari, non si può affermare la violazione né dell'art. 3, né dell'art. 38, della Costituzione.

---

(3) Corte Cost. 7 novembre 2008, n. 362 – Pres. Flick, Red. Mazzella:

*dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 55, della legge 23 agosto 2004, n. 243 (Norme in materia pensionistica e deleghe al governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza e assistenza obbligatoria), sollevata, in riferimento agli artt. 3, 102 e 111 della Costituzione, dalla Corte di Cassazione*.

(4) Corte Cost. 5 dicembre 2008, n. 401 – Pres. Flick, Red. Amirante:

*dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 505, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008), sollevata, in riferimento agli artt. 3, commi 1 e 2, 24, commi 1 e 2, e 38, comma 2, della Costituzione, dalla Corte d'Appello di Trieste e dalla Corte d'Appello di Torino*.

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Grande Sezione, 15 aprile 2008, causa C-268/2006 – Pres. Skouris, Avv. Gen. Kokott – Impact c. Minister for agriculture and food *et al.*

**Contratto a termine – Giurisdizione speciale – Competenza a conoscere domande fondate sulla direttiva – Principio di effettività – Autonomia procedurale degli Stati membri.**

**Contratto a termine – Carattere incondizionato e preciso della clausola 4.1. – Efficacia diretta – Sussistenza.**

**Contratto a termine – Datore di lavoro pubblico – Prevenzione degli abusi – Obbligo di perseguire gli obiettivi della direttiva – Individuazione della sanzione – Autonomia degli Stati membri – Ritardata applicazione della direttiva – Efficacia retroattiva alla data di scadenza del termine di trasposizione – Sussistenza.**

**Contratto a termine – Principio di non discriminazione – Applicabilità alla nozione di retribuzione – Sussistenza – Applicabilità al regime pensionistico – Insussistenza.**

*Il Diritto comunitario, in particolare il principio di effettività, esigerebbe che un giudice speciale, chiamato, nell'ambito della competenza che gli è stata conferita, sia pure in via facoltativa, dalla normativa di trasposizione della Direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce, relativa all'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, a conoscere di una domanda fondata su una violazione di tale normativa, si dichiari competente a conoscere anche delle domande del richiedente direttamente fondate sulla medesima direttiva per il periodo compreso tra la data di scadenza del termine di trasposizione di quest'ultima e la data di entrata in vigore della suddetta normativa se risultasse che l'obbligo per il richiedente in questione di adire parallelamente*

*un giudice ordinario con una domanda distinta direttamente fondata sulla suddetta direttiva dovesse implicare inconvenienti procedurali tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferitigli dall'ordinamento comunitario. Spetta al giudice nazionale procedere alle necessarie verifiche al riguardo. (1)*

*La clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, allegato alla Direttiva n. 1999/70, è incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi a un giudice nazionale, mentre ciò non si verifica per la clausola 5, punto 1, del suddetto Accordo quadro. (2)*

*Gli artt. 10 Ce e 249, comma 3, Ce, nonché la Direttiva n. 1999/70, devono essere interpretati nel senso che un'autorità di uno Stato membro che agisca in qualità di datore di lavoro pubblico non è autorizzata ad adottare misure, contrarie all'obiettivo perseguito dalla suddetta direttiva e dall'Accordo quadro per quanto riguarda la prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato, consistenti nel rinnovo di tali contratti per un periodo inabitualmente lungo nel corso del periodo compreso tra la data di scadenza del termine di trasposizione di tale direttiva e quella dell'entrata in vigore della legge che attua la trasposizione stessa. (3)*

*Nei limiti in cui il diritto nazionale applicabile contenga una norma che esclude l'applicazione retroattiva di una legge in assenza di indicazione chiara e univoca in senso contrario, un giudice nazionale, adìto con una domanda fondata sulla violazione di una disposizione della legge nazionale di trasposizione della Direttiva n. 1999/70, è tenuto, ai sensi del Diritto comunitario, a conferire alla disposizione in parola effetto retroattivo alla data di scadenza del termine di trasposizione della direttiva stessa solo se esiste, nel diritto nazionale, un'indicazione di tale natura, idonea a conferire alle disposizioni in questione siffatto effetto retroattivo. (4)*

*La clausola 4 dell'Accordo quadro deve essere interpretata nel senso che le condizioni di impiego ai sensi di quest'ultima inglobano le condizioni relative alle retribuzioni nonché alle pensioni dipendenti dal rapporto di lavoro, a esclusione delle condizioni relative alle pensioni derivanti da un regime legale di previdenza sociale. (5)*

(*Omissis*)

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione delle clausole 4 e 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 (in prosieguo: l'«Accordo quadro»), allegato alla

Direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce, relativa all'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, nonché sull'estensione dell'autonomia procedurale degli Stati membri e sulla portata dell'obbligo di interpretazione conforme gravante sui giudici di questi ultimi.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il sindacato irlandese Impact, che rappresenta dipendenti pubblici irlandesi, e i Ministeri presso cui questi ultimi sono occupati in qualità di dipendenti non di ruolo riguardo, da un lato, alle condizioni di retribuzione e pensione applicate ai medesimi in ragione del loro Statuto di lavoratori a tempo determinato e, dall'altro, alle condizioni di rinnovo di taluni contratti a tempo determinato da parte di uno di tali Ministeri.

(*Omissis*)

36 (*Omissis*), la *Labour Court* ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se, nel decidere una causa in primo grado ai sensi di una disposizione di diritto nazionale oppure nel pronunciarsi su un appello avverso una tale decisione, i [*r*]*ights* [*c*]*ommissioners* e la *Labour Court* siano tenuti in base a un principio di Diritto comunitario (in particolare i princìpi di equivalenza e di effettività) ad applicare una disposizione direttamente applicabile della Direttiva […] n. 1999/70 […] in circostanze in cui:

– al [*r*]*ight* [*c*]*ommissioner* e alla *Labour Court* non è stata attribuita espressamente competenza a tal fine ai sensi del diritto nazionale dello Stato membro, comprese le disposizioni del diritto nazionale che hanno trasposto la direttiva;

– i singoli possono proporre ricorsi alternativi per la mancata applicazione della direttiva da parte dei loro datori di lavoro alle loro singole fattispecie dinanzi alla *High Court*, e

– i singoli possono proporre ricorsi alternativi dinanzi a un giudice ordinario competente contro lo Stato membro chiedendo un risarcimento danni per la perdita da loro subita derivante dall'omessa trasposizione della direttiva entro il termine da parte degli Stati membri.

2) Se, in caso di soluzione affermativa della prima questione:

a) la clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro […] sia incondizionata e sufficientemente precisa così da poter essere fatta valere dai singoli dinanzi ai loro giudici nazionali;

b) la clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro […] sia incondizionata e sufficientemente precisa così da poter essere fatta valere dai singoli dinanzi ai loro giudici nazionali.

3) Se, con riguardo alle soluzioni della Corte alla prima questione e alla seconda questione, lett. *b*, la clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro […] impedisca a uno Stato membro, che agisce nella sua veste di datore di lavo-

ro, di rinnovare un contratto di lavoro a tempo determinato per una durata massima di otto anni nel periodo successivo alla data in cui la suddetta direttiva avrebbe dovuto essere trasposta e prima dell'adozione della normativa di attuazione, qualora:

– in tutte le precedenti occasioni il contratto sia stato rinnovato per periodi più brevi e il datore di lavoro richieda le prestazioni del dipendente per un periodo più lungo del rinnovo abituale;

– il rinnovo per tale più lungo periodo abbia l'effetto di eludere l'applicazione a un singolo del pieno beneficio della clausola 5 dell'Accordo quadro all'atto della trasposizione nel diritto nazionale, e

– non vi siano ragioni oggettive non correlate allo *status* di dipendente come lavoratore a tempo determinato, tali da giustificare un rinnovo siffatto.

4) Se, in caso di soluzione negativa della prima o della seconda questione, il [*r*]*ights* [*c*]*ommissioner* e la *Labour Court* siano tenuti ai sensi di qualche disposizione di Diritto comunitario (e in particolare dall'obbligo di interpretare il diritto nazionale alla luce della lettera e dello spirito di una direttiva in modo tale da conseguire il risultato perseguito dalla direttiva) a interpretare disposizioni di diritto nazionale adottate allo scopo di trasporre la Direttiva […] n. 1999/70 […] nel senso che retroagiscano alla data in cui la suddetta direttiva avrebbe dovuto essere trasposta, qualora:

– la formulazione letterale della disposizione di diritto nazionale non impedisca espressamente tale interpretazione, ma

– una norma di diritto nazionale che disciplina l'interpretazione delle leggi impedisca tale applicazione retroattiva senza che vi sia una chiara e inequivocabile indicazione in senso contrario.

5) Se, in caso di soluzione positiva della prima o della quarta questione, le "condizioni di impiego" cui si riferisce la clausola 4 dell'Accordo quadro […] comprendano le condizioni di un contratto di lavoro relative a retribuzione e pensioni».

*Sulle questioni pregiudiziali*

*Sulla prima questione*

(*Omissis*)

39 Occorre preliminarmente rilevare (*Omissis*) che né la Direttiva n. 1999/70 né l'Accordo quadro designano gli organi nazionali competenti a garantire la loro applicazione, così come non definiscono le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire tale applicazione. Al contrario, la clausola 8, punto 5, dell'Accordo quadro rinvia alle leggi, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali per quanto concerne la prevenzione e la soluzione delle controversie e delle vertenze scaturenti dall'applicazione di quest'ultimo.

40 Occorre peraltro ricordare che la libertà di scegliere il modo e i mezzi destinati a garantire l'attuazione di una direttiva nulla toglie all'obbligo, per ciascuno degli Stati membri destinatari, di adottare tutti i provvedimenti necessari a garantire la piena efficacia della direttiva in questione, conformemente allo scopo che essa persegue (v. sentenza 10 aprile 1984, causa n. 14/83, *von Colson e Kamann*, in *Racc.*, p. 1891, punto 15).

41 L'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di raggiungere il risultato previsto da quest'ultima, nonché il loro dovere, ai sensi dell'art. 10 Ce, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi dei detti Stati, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali (sentenza *von Colson e Kamann*, cit., punto 26).

42 Infatti, spetta in particolare ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del Diritto comunitario e garantirne la piena efficacia (sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, in *Racc.*, p. I-8835, punto 111).

43 Si deve ricordare in proposito che il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di Diritto comunitario (v., in tal senso, sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*, in *Racc.*, p. I-2271, punto 37 e giurisprudenza ivi citata).

44 Conformemente alla giurisprudenza costante, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del Diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 16 dicembre 1976, causa n. 33/76, *Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral*, in *Racc.*, p. 1989, punto 5; causa n. 45/76, *Comet*, in *Racc.*, p. 2043, punto 13; 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, in *Racc.*, p. I-4599, punto 12; *Unibet*, cit., punto 39, e 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, *van der Weerd e a.*, in *Racc.*, p. I-4233, punto 28).

45 Tuttavia gli Stati membri sono tenuti a garantire in ogni caso la tutela effettiva di tali diritti (v., segnatamente, sentenze 9 luglio 1985, causa n. 179/84, *Bozzetti*, in *Racc.*, p. 2301, punto 17; 18 gennaio 1996, causa C-446/93, *Seim*, in *Racc.*, p. I-73, punto 32, e 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, in *Racc.*, p. I-4961, punto 40).

46 Sotto tale profilo, come risulta dalla giurisprudenza consolidata, le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del Diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico co-

munitario (principio di effettività) (v., in particolare, citate sentenze *Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral*, punto 5; *Comet*, punti 13-16; *Peterbroeck*, punto 12; *Unibet*, punto 43, nonché *van der Weerd e a.*, punto 28).

47 Tali esigenze di equivalenza e di effettività, espresse attraverso l'obbligo generale per gli Stati membri di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza del Diritto comunitario, valgono anche quanto alla designazione dei giudici competenti a conoscere delle azioni fondate su tale diritto.

48 Infatti il mancato rispetto delle suddette esigenze sotto tale profilo è, al pari di un inadempimento delle medesime sotto il profilo della definizione delle modalità procedurali, tale da ledere il principio di tutela giurisdizionale effettiva.

49 Proprio alla luce di tali considerazioni, occorre risolvere la prima questione sollevata dal giudice nazionale.

(*Omissis*)

55 Alla luce delle precedenti considerazioni la prima questione va risolta nel senso che il Diritto comunitario, in particolare il principio di effettività, esigerebbe che un giudice speciale, chiamato, nell'ambito della competenza che gli è stata conferita, sia pure in via facoltativa, dalla normativa di trasposizione della Direttiva n. 1999/70, a conoscere di una domanda fondata su una violazione di tale normativa, si dichiari competente a conoscere anche delle domande del richiedente direttamente fondate sulla medesima direttiva per il periodo compreso tra la data di scadenza del termine di trasposizione di quest'ultima e la data di entrata in vigore della suddetta normativa se risultasse che l'obbligo per il richiedente in questione di adire parallelamente un giudice ordinario con una domanda distinta direttamente fondata sulla suddetta direttiva dovesse implicare inconvenienti procedurali tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferitigli dall'ordinamento comunitario. Spetta al giudice nazionale procedere alle necessarie verifiche al riguardo.

*Sulla seconda questione*

56 (*Omissis*) se le clausole 4, punto 1, e 5, punto 1, dell'Accordo quadro possano essere invocate da singoli dinanzi a un giudice nazionale.

57 Risulta in proposito da una giurisprudenza costante che, in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere invocate dai singoli nei confronti dello Stato, anche in qualità di datore di lavoro (v., segnatamente, in tal senso, sentenze 26 febbraio 1986, causa n. 152/84, *Marshall*, in *Racc.*, p. 723, punti 46 e 49, nonché 20 marzo 2003, causa C-187/00, *Kutz-Bauer*, in *Racc.*, p. I-2741, punti 69 e 71).

58 (*Omissis*) la suddetta giurisprudenza può essere applicata agli accordi che, come l'Accordo quadro, sono nati da un dialogo condotto, sul fondamento dell'art. 139, n. 1, Ce, tra parti sociali a livello comunitario e sono stati attuati, conformemente al n. 2 di tale stesso articolo, da una direttiva del Consiglio dell'Unione europea, di cui sono allora parte integrante.

*Sulla clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro*

(*Omissis*)

60 Tale disposizione esclude in generale e in termini non equivoci qualsiasi disparità di trattamento non obiettivamente giustificata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato per quanto riguarda le condizioni di impiego. Come ha sostenuto l'Impact, il suo contenuto appare quindi sufficientemente preciso affinché possa essere invocato da un singolo e applicato dal giudice (v., per analogia, citata sentenza *Marshall*, punto 52).

(*Omissis*)

62 […] il divieto preciso stabilito dalla clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro non necessita l'emanazione di alcun atto delle istituzioni comunitarie (v., per analogia, sentenza 4 dicembre 1974, causa n. 41/74, *van Duyn*, in *Racc.*, p. 1337, punto 6). Del resto la disposizione esaminata non attribuisce affatto agli Stati membri la facoltà, in occasione della sua trasposizione in diritto nazionale, di condizionare o di restringere la portata del diritto stabilito in materia di condizioni di impiego (v., per analogia, citata sentenza *Marshall*, punto 55).

63 È vero che, come ha fatto valere l'Irlanda, tale disposizione implica, rispetto al principio di non discriminazione da essa enunciato, una riserva relativa alle giustificazioni fondate su ragioni oggettive.

64 Tuttavia, come sottolineato dallo stesso giudice nazionale, l'applicazione di tale riserva può essere soggetta a un sindacato giurisdizionale (v., per un esempio di un sindacato siffatto relativo alla nozione di ragioni oggettive nel contesto della clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro, sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler e a.*, in *Racc.*, p. I-6057, punti 58-75), talché la possibilità di avvalersene non impedisce di considerare che la disposizione esaminata attribuisce ai singoli diritti che possono far valere in giudizio e che i giudici nazionali devono tutelare (v., per analogia, sentenze *van Duyn*, cit., punto 7; 10 novembre 1992, causa C-156/91, *Hansa Fleisch Ernst Mundt*, in *Racc.*, p. I-5567, punto 15; 9 settembre 1999, causa C-374/97, *Feyrer*, in *Racc.*, p. I-5153, punto 24, nonché 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast e R.*, in *Racc.*, p. I-7091, punti 85 e 86).

65 Sulla precisione e sul carattere incondizionato della clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro non incide neppure il punto 2 della medesima. (*Omissis*)

66 Circa la clausola 4, punto 3 (*Omissis*) essa rimette agli Stati membri e/o alle parti sociali il compito di definire le disposizioni destinate a facilitare l'«applicazione» del principio del divieto di discriminazione vietato da tale clausola.

67 Tali disposizioni non possono quindi, in alcun modo, riguardare la definizione del contenuto stesso di tale principio (v., per analogia, sentenza 19 gennaio 1982, causa n. 8/81, *Becker*, in *Racc.*, p. 53, punti 32 e 33). (*Omissis*) esse non possono quindi condizionare l'esistenza o restringere la portata di quest'ultimo (v., per analogia, sentenze 21 giugno 1974, causa n. 2/74, *Reyners*, in *Racc.*, p. 631, punti 21 e 26, nonché *Becker*, cit., punto 39).

68 Ne consegue che la clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro appare, sotto il profilo del suo contenuto, incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi a un giudice nazionale.

*Sulla clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro*

(*Omissis*)

70 La clausola 5, punto 1 (*Omissis*) assegna agli Stati membri un obiettivo generale, consistente nella prevenzione di tali abusi, pur lasciando a essi la scelta dei mezzi per conseguirlo.

71 (*Omissis*) rientra infatti nel potere discrezionale degli Stati membri ricorrere a tal fine a una o più tra le misure enunciate in tale clausola o ancora a norme in vigore equivalenti, pur tenendo conto delle esigenze di settori e/o di categorie specifici di lavoratori.

(*Omissis*)

73 Occorre però constatare che, diversamente dalle disposizioni di cui trattasi nella causa all'origine della citata sentenza *Francovich e a.*, la clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro non comporta alcun obbligo incondizionato e sufficientemente preciso che possa essere invocato, in assenza di misure di trasposizione adottate nei termini, da un singolo dinanzi a un giudice nazionale.

(*Omissis*)

75 Orbene, nel caso di specie, non può accogliersi il suggerimento della Commissione secondo cui la clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro determinerebbe anche una siffatta protezione materiale minima in quanto esigerebbe, in assenza di qualsiasi altra misura destinata a lottare contro gli abusi o, almeno, di misura sufficientemente efficace, oggettiva e trasparente a tal fine, che ragioni obiettive giustifichino il rinnovo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi.

76 Infatti, da una parte, se è vero, come la Corte ha sottolineato al punto 67 della citata sentenza *Adeneler e a.*, a tenore del punto 7 delle considerazioni generali dell'Accordo quadro, che le parti firmatarie di quest'ultimo

hanno considerato che «l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni obiettive è un modo di prevenire gli abusi», resta il fatto che la lettura patrocinata dalla Commissione equivarrebbe a istituire una gerarchia tra le diverse misure di cui alla clausola 5, punto 1, del suddetto Accordo quadro, mentre i termini stessi di tale disposizione indicano senza equivoco che le diverse misure prese in considerazione sono concepite come «equivalenti».

77 (*Omissis*) l'interpretazione suggerita dalla Commissione avrebbe per conseguenza di privare di qualsiasi senso la scelta di mezzi consentita dalla clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro, dato che essa permetterebbe a un singolo di eccepire l'assenza di ragioni obiettive al fine di contestare il rinnovo del suo contratto a tempo determinato, quand'anche tale rinnovo non infrangesse le regole relative alla durata massima totale o al numero di rinnovi che lo Stato membro interessato avrebbe adottato conformemente alle opzioni offerte dalla suddetta clausola 5, punto 1, lett. *b* e *c*.

78 (*Omissis*) non è quindi possibile nella presente causa determinare in maniera sufficiente la protezione minima che dovrebbe comunque essere attuata in virtù della clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro.

(*Omissis*)

80 Dato quanto precede, la seconda questione va risolta nel senso che la clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro è incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi a un giudice nazionale, mentre ciò non si verifica per la clausola 5, punto 1, del suddetto Accordo quadro.

*Sulla terza questione*

81 Con la terza questione il giudice nazionale chiede in sostanza se (*Omissis*) la clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro (*Omissis*) impedisca a uno Stato membro, in quanto datore di lavoro, di rinnovare un contratto di lavoro a tempo determinato per una durata massima di otto anni nel periodo compreso tra la data di scadenza del termine di trasposizione della Direttiva n. 1999/70 e quella dell'entrata in vigore della legge di trasposizione di tale direttiva.

(*Omissis*)

85 Come già ricordato al punto 41 della presente sentenza, l'obbligo degli Stati membri di conseguire il risultato contemplato da una direttiva, come pure l'obbligo, imposto dall'art. 10 Ce, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri (v. citata sentenza *von Colson e Kamann*, punto 26). Obblighi siffatti gravano su tali autorità, ivi compreso, se del caso, nella loro qualità di datore di lavoro pubblico.

86 Per quanto riguarda l'obiettivo prescritto dalla Direttiva n. 1999/70 e dall'Accordo quadro, quest'ultimo, come risulta dai punti 6 e 8 delle sue considerazioni generali, parte dalla premessa che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro, pur riconoscendo che i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori e per determinate occupazioni e attività (v. citata sentenza *Adeneler e a.*, punto 61).

87 Di conseguenza il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori (v. sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in *Racc.*, p. I-9981, punto 64), mentre, come risulta dal comma 2 del preambolo e dal punto 8 delle considerazioni generali dell'Accordo quadro, soltanto in alcune circostanze i contratti di lavoro a tempo determinato sono atti a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori (v. citata sentenza *Adeneler e a.*, punto 62).

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

(*Omissis*)

91 Orbene, tale obbligo sarebbe privo di qualsiasi effetto utile se un'autorità di uno Stato membro, che agisca in qualità di datore di lavoro pubblico, fosse autorizzata a rinnovare contratti per una durata inabitualmente lunga nel corso del periodo compreso tra la data di scadenza del termine di trasposizione della Direttiva n. 1999/70 e quella dell'entrata in vigore della legge di trasposizione di quest'ultima, con il risultato di privare per un termine non ragionevole gli interessati del beneficio di misure adottate dal legislatore nazionale per trasporre la clausola 5 dell'Accordo quadro.

(*Omissis*)

*Sulla quarta questione*

93 (*Omissis*) se esista un obbligo a suo carico, in ragione del suo obbligo di interpretare il diritto nazionale in conformità del Diritto comunitario, di conferire alla legge del 2003 effetto retroattivo alla data di scadenza del termine di trasposizione di tale direttiva.

(*Omissis*)

98 Va ricordato in proposito che, nell'applicare il diritto nazionale, in particolare le disposizioni di una normativa appositamente adottata al fine di attuare quanto prescritto da una direttiva, il giudice nazionale deve

interpretare tale diritto per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, comma 3, Ce (v., segnatamente, citata sentenza *Pfeiffer e a.*, punto 113 e giurisprudenza ivi citata).

99 L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è, infatti, inerente al sistema del Trattato Ce, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia a esso sottoposta (v., in particolare, citate sentenze *Pfeiffer e a.*, punto 114, e *Adeneler e a.*, punto 109).

100 Tuttavia l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei princìpi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento a un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (v. sentenze 8 ottobre 1987, causa n. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, in *Racc.*, p. 3969, punto 13, nonché *Adeneler e a.*, cit., punto 110; v. anche, per analogia, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, in *Racc.*, p. I-5285, punti 44 e 47).

101 Il principio di interpretazione conforme richiede nondimeno che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti della loro competenza, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena effettività della direttiva di cui trattasi e pervenire a una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima (v. citate sentenze *Pfeiffer e a.*, punti 115, 116, 118 e 119, nonché *Adeneler e a.*, punto 111).

102 Nel caso di specie, dal momento che, secondo le indicazioni contenute nella decisione di rinvio, sembra che il diritto nazionale comporti una regola escludente l'applicazione retroattiva di una legge in assenza di indicazione chiara e univoca in senso contrario, spetta al giudice del rinvio verificare se esista in tale diritto, segnatamente nella legge del 2003, una disposizione contenente un'indicazione di tale natura, atta a conferire all'art. 6 della suddetta legge siffatto effetto retroattivo.

103 In assenza di una disposizione siffatta, il Diritto comunitario, in particolare l'esigenza di interpretazione conforme, non potrebbe interpretarsi, salvo costringere il giudice nazionale a interpretare il diritto nazionale *contra legem*, come un diritto che gli impone di conferire all'art. 6 della legge del 2003 una portata retroattiva alla data di scadenza del termine di trasposizione della Direttiva n. 1999/70.

(*Omissis*)

*Sulla quinta questione*

105 (*Omissis*) se le condizioni di impiego ai sensi della clausola 4 dell'Accordo quadro comprendano le condizioni relative alle retribuzioni e alle pensioni, fissate in un contratto di lavoro.

106 Al riguardo, come la Corte ha già dichiarato, il Consiglio, nell'adottare la Direttiva n. 1999/70 finalizzata all'attuazione dell'Accordo quadro, si è fondato sull'art. 139, n. 2, Ce, il quale dispone che gli accordi conclusi a livello comunitario sono attuati nell'ambito dei settori contemplati dall'art. 137 Ce (sentenza 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 33).

107 Tra tali materie figurano, all'art. 137, n. 1, lett. *b*, Ce, le «condizioni di lavoro».

108 È necessario constatare che il tenore dell'art. 137, n. 1, lett. *b*, Ce, al pari di quello della clausola 4 dell'Accordo quadro, non permettono, da soli, di decidere se le condizioni di impiego, rispettivamente considerate in tali due disposizioni, comprendano o meno le condizioni relative a elementi quali le retribuzioni e le pensioni di cui trattasi nella causa principale.

(*Omissis*)

110 Poiché il tenore della clausola 4 dell'Accordo quadro non permette di risolvere la questione interpretativa sollevata, si deve prendere in considerazione, conformemente a una costante giurisprudenza, il contesto e gli scopi perseguiti dalla normativa di cui tale clausola fa parte (v., segnatamente, sentenze 17 novembre 1983, causa n. 292/82, *Merck*, in *Racc.*, p. 3781, punto 12; 21 febbraio 1984, causa n. 337/82, *St. Nikolaus Brennerei und Likörfabrik*, in *Racc.*, p. 1051, punto 10; 14 ottobre 1999, causa C-223/98, *Adidas*, in *Racc.*, p. I-7081, punto 23, e 7 giugno 2007, causa C-76/06 P, *Britannia Alloys & Chemicals/Commissione*, in *Racc.*, p. I-4405, punto 21).

111 A tal proposito, come già rilevato dalla Corte (citata sentenza *Del Cerro Alonso*, punto 36), dal tenore della clausola 1, lett. *a*, dell'Accordo quadro emerge che uno degli obiettivi di quest'ultimo è di «migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione». Del pari il preambolo dell'Accordo quadro precisa che esso «indica la volontà delle parti sociali di stabilire un quadro generale che garantisca la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni». Il quattordicesimo «Considerando» della Direttiva n. 1999/70 precisa, a tal fine, che l'obiettivo dell'Accordo quadro consiste, in particolare, nel miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato, fissando requisiti minimi atti a garantire l'applicazione del divieto di discriminazione.

112 L'Accordo quadro, in particolare la sua clausola 4, persegue quindi uno scopo che rientra negli obiettivi fondamentali, iscritti all'art. 136, com-

ma 1, Ce, del pari che al comma 3 del preambolo del Trattato Ce e ai punti 7 e 10, comma 1, della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori cui rinvia la summenzionata disposizione del Trattato e che sono connessi al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro nonché all'esistenza di una protezione sociale adeguata, nel caso di specie dei lavoratori a tempo determinato.

113 Del resto l'art. 136, comma 1, Ce, che definisce gli obiettivi in vista dei quali il Consiglio può, nelle materie di cui all'art. 137 Ce, attuare, conformemente all'art. 139, n. 2, Ce, accordi conclusi tra parti sociali al livello comunitario, rinvia alla Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, che, nella parte I, punto 4, fa rientrare il diritto di tutti i lavoratori a una «retribuzione equa che assicuri, a loro e alle loro famiglie, un livello di vita soddisfacente» negli obiettivi che le parti contraenti si sono impegnate a raggiungere, a tenore dell'art. 20 figurante nella parte III di tale Carta.

114 Alla luce di tali obiettivi, la clausola 4 dell'Accordo quadro dev'essere intesa nel senso che esprime un principio di diritto sociale comunitario che non può essere interpretato in modo restrittivo (v. citata sentenza *Del Cerro Alonso*, punto 38).

(*Omissis*)

120 Quanto all'obiezione (*Omissis*) fondata sull'art. 137, n. 5, Ce, come interpretato dalla sentenza 1° dicembre 2005, causa C-14/04, *Dellas e a.* (in *Racc.*, p. I-10253, punti 38 e 39), occorre ricordare che la Direttiva n. 1999/70 è stata adottata sul fondamento dell'art. 139, n. 2, Ce, il quale rinvia all'art. 137 Ce per l'elenco dei settori rientranti nella competenza del Consiglio ai fini, segnatamente, dell'attuazione di accordi conclusi dalle parti sociali a livello comunitario.

121 Ai sensi dell'art. 137, n. 5, Ce, le disposizioni di tale articolo «non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata».

122 Come la Corte ha già dichiarato, poiché l'art. 137, n. 5, Ce introduce una deroga alle norme di cui ai nn. 1-4 dello stesso articolo, le materie per le quali il suddetto paragrafo introduce una riserva devono formare oggetto di interpretazione restrittiva, in modo da non incidere indebitamente sulla portata dei suddetti nn. 1-4, né rimettere in causa gli obiettivi perseguiti dall'art. 136 Ce (citata sentenza *Del Cerro Alonso*, punto 39).

123 Per quanto riguarda più in particolare l'eccezione relativa alle «retribuzioni», di cui all'art. 137, n. 5, Ce, essa trova la sua ragion d'essere nel fatto che la determinazione del livello degli stipendi rientra nell'autonomia contrattuale delle parti sociali su scala nazionale, nonché nella competenza degli Stati membri in materia. Ciò posto, è stato giudicato appropriato, allo stato

attuale del Diritto comunitario, escludere la determinazione del livello delle retribuzioni da un'armonizzazione in base agli artt. 136 Ce e seguenti (citata sentenza *Del Cerro Alonso*, punti 40 e 46).

124 Come ha fatto valere la Commissione, la suddetta eccezione deve di conseguenza essere intesa in quanto rivolta alle misure che, come un'uniformizzazione di tutti o parte degli elementi costitutivi dei salari e/o del loro livello negli Stati membri o ancora l'istituzione di un salario minimo comunitario, implicherebbero un'ingerenza diretta del Diritto comunitario nella determinazione delle retribuzioni in seno alla Comunità.

125 Tuttavia essa non può essere estesa a ogni questione avente un nesso qualsiasi con la retribuzione, a pena di svuotare taluni settori contemplati dall'art. 137, n. 1, Ce di gran parte dei loro contenuti [v., in tal senso, citata sentenza *Del Cerro Alonso*, punto 41; v. anche, nel medesimo senso, sentenza 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito/Consiglio* (in *Racc.*, p. I-5755), sulla competenza del Consiglio ad adottare, sul fondamento dell'art. 118 A del Trattato Ce (gli artt. 117-120 del Trattato Ce sono stati sostituiti dagli artt. 136 Ce-143 Ce), la Direttiva del Consiglio 23 novembre 1993, n. 93/104/Ce, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (in *Gazz. Uff. Ce*, L 307, p. 18), segnatamente l'art. 7 di tale direttiva, relativo alla concessione di ferie annuali retribuite di quattro settimane].

126 Ne consegue che la riserva di cui all'art. 137, n. 5, Ce non osta a che la clausola 4 dell'Accordo quadro sia intesa nel senso che prescrive agli Stati membri l'obbligo di garantire a favore dei lavoratori a tempo determinato l'applicazione del principio di non discriminazione anche in materia di retribuzioni. Tale riserva non può conseguentemente impedire a lavoratori come i ricorrenti nella causa principale di opporsi, eccependo l'efficacia diretta della suddetta clausola 4, punto 1, all'applicazione, in materia di retribuzioni, di un trattamento che, al di fuori di qualsiasi giustificazione obiettiva, sarebbe meno favorevole di quello riservato al riguardo a lavoratori a tempo indeterminato comparabili (v., in tal senso, sentenza *Del Cerro Alonso*, cit., punti 42 e 47).

(*Omissis*)

129 Tuttavia, se è vero che, come risulta dai punti 40 e 46 della citata sentenza *Del Cerro Alonso* e come è ricordato ai punti 123 e 124 della presente sentenza, la determinazione del livello dei diversi elementi costitutivi della retribuzione di un lavoratore esula dalla competenza del legislatore comunitario e rimane incontestabilmente di competenza delle istituzioni competenti nei vari Stati membri, resta il fatto che, nell'esercizio della loro competenza nei settori non rientranti in quella della Comunità, tali istituzioni sono tenute a rispettare il Diritto comunitario (v., in tal senso, sentenze 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e*

*Finnish Seamen's Union*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 40, e 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 87), segnatamente la clausola 4 dell'Accordo quadro.

130 Ne consegue che, nella determinazione sia degli elementi costitutivi della retribuzione sia del livello di tali elementi, le competenti istituzioni nazionali devono applicare ai lavoratori a tempo determinato il principio di non discriminazione quale consacrato dalla clausola 4 dell'Accordo quadro.

131 Per quanto riguarda le pensioni, occorre precisare che, conformemente alla costante giurisprudenza della Corte pronunciata nel contesto dell'art. 119 del Trattato Ce e poi, a decorrere dal 1° maggio 1999, in quello dell'art. 141 Ce, articoli relativi al principio della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di retribuzioni, rientrano nella nozione di «retribuzione», ai sensi dell'art. 141, n. 2, comma 2, Ce, le pensioni che dipendono da un rapporto di lavoro che lega il lavoratore al datore di lavoro, a esclusione di quelle derivanti da un sistema legale al cui finanziamento contribuiscono i lavoratori, i datori di lavoro e, eventualmente, i pubblici poteri in una misura meno dipendente da un rapporto di lavoro siffatto che da considerazioni di politica sociale (v., segnatamente, sentenze 25 maggio 1971, causa n. 80/70, *Defrenne*, in *Racc.*, p. 445, punti 7 e 8; 13 maggio 1986, causa n. 170/84, *Bilka-Kaufhaus*, in *Racc.*, p. 1607, punti 16-22; 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber*, in *Racc.*, p. I-1889, punti 22-28, nonché 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*, in *Racc.*, p. I-12575, punti 56-64).

132 Tenuto conto di tale giurisprudenza, occorre considerare che rientrano nella nozione di «condizioni di impiego», ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro, le pensioni che dipendono da un rapporto di lavoro tra lavoratore e datore di lavoro, a esclusione delle pensioni legali di previdenza sociale meno dipendenti da un rapporto siffatto che da considerazioni di ordine sociale.

(*Omissis*)

## (1-4) IL CONTRATTO A TERMINE TRA PRINCÌPI COMUNITARI E INTERPRETAZIONI NAZIONALI

1. — L'Europa continua a offrire l'opportunità di verificare se e in che modo l'interpretazione della Direttiva in materia di lavoro a tempo determinato offerta dalla Corte di Giustizia Ce possa risolvere una serie di problematiche che sono emerse in relazione alla formulazione del d.lgs. n. 368/2001 e su cui, anche a causa delle ultime modifiche intervenute, si continuerà di certo a discutere [Sui cui vedi L. Menghini (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, Milano, 2002; V. Speziale, *La nuova legge sul contratto a termine*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, pp. 361 ss.; M. Biagi, *Il nuovo lavoro a ter-*

*mine*, 2002, Giuffrè, Milano; A. Bellavista, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in A. Garilli e M. Napoli, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, 2003, Giappichelli, Torino, pp. 14 ss.; dopo le ultime modifiche: cfr. R. Romei, *Questioni sul contratto a termine*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 291 ss., che ricorda come «la saga del contratto a termine continua: è di agosto l'ultima puntata, che non sarà certo quella definitiva», e anche B. Caruso, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona».IT* – 79/2008; vedi anche V. Speziale, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2/2008, pp. 181 ss., e A. Maresca, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, comma 4-bis e ter, d.lgs. n. 368/2001*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3/2008, pp. 287 ss.].

La Corte di Giustizia Ce, infatti, torna a pronunciarsi in materia di contratto a termine con la sentenza *Impact*. A distanza di pochi mesi dall'emanazione di questa decisione, l'Avv. Generale Kokott ha rassegnato le proprie conclusioni nel procedimento C-380 (Cause riunite C-378/07 A C-380/07 – *Kyriaky Angelikadi e a.*), all'esito del quale la Corte tornerà a pronunciarsi sulla clausola 5 dell'Accordo quadro e, in maniera diretta, sulla portata della clausola di non regresso.

Le pronunce della Corte sul contratto a termine (Vedi Corte di Giustizia Ce 4 luglio 2006, C-212/04; Corte di Giustizia Ce 7 settembre 2006, C-53/04; Corte di Giustizia Ce 7 settembre 2006, C-180/04), in virtù dell'affermato principio della prevalenza del Diritto comunitario, devono essere necessariamente prese in considerazione per valutare la coerenza sistematica delle differenti posizioni che emergono in dottrina, che, al pari del giudice nazionale, non può prescindere dall'obbligo di interpretazione conforme delle direttive comunitarie (Sul tema, di recente, cfr. C. Spinelli, *Efficacia giuridica delle direttive comunitarie nel dialogo tra giudice comunitario e giudici nazionali*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 6/2008, pp. 571 ss., e V. Piccone, *Effetti diretti, interpretazione conforme e principi generali dell'ordinamento comunitario da Van Gend en Loos a Velasco Navarro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 1/2008, pp. 157 ss.; R. Cosio, *Il lavoro a termine nel'ordinamento comunitario: le precisazioni della Corte di Giustizia*, in *Dir. rel. ind.*, 1/2007).

L'idoneità delle pronunce della Corte a convalidare o meno le differenti tesi interpretative proposte in sede nazionale costituisce certamente una delle ragioni della «inattesa visibilità (del contratto a termine, *n.d.a.*) nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia europea» (S. Sciarra, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Un tassello nella «modernizzazione» del Diritto del lavoro*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona».IT* – 52/2007).

2. — Si cercherà, dunque, di comprendere se la giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce possa aiutare a risolvere alcune questioni su cui la dottrina italiana è ancora divisa.

Il primo problema riguarda l'interpretazione dell'art. 1, d.lgs. n. 368 del 2001, che consente l'apposizione di un termine di durata a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo [Per un'analisi delle diverse teorie rinvio a V. Speziale, *Il contratto a termine. Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Milano, 2003, pp. 399 ss.; S. Ciucciovino, *Il contratto a tempo determinato*: *la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368 del 2001*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp.

455 ss.; L. Menghini, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in q. *Riv.*, 2006, I, pp. 698 ss.; A. Vallebona (a cura di), *Giustificazione del lavoro a termine, Colloqui giuridici sul lavoro*, in *Il Sole 24 Ore - Pirola*, 1, 2006, pp. 9 ss.]. Questa previsione pone due interrogativi, strettamente connessi tra di loro. In primo luogo, ci si chiede se il contratto di lavoro a termine possa essere ritenuto a-casuale. In secondo luogo, se le ragioni addotte debbano avere natura temporanea o meno. Entrambe le tesi, inoltre, si fondando su due letture differente della direttiva.

Il secondo aspetto rilevante, affrontato dalla sentenza in esame, riguarda i criteri per valutare l'idoneità della disciplina nazionale a prevenire gli abusi nella utilizzazione dei contratti a termine mediante la successione di più rapporti oppure attraverso la proroga di un unico contratto.

Una terza e delicata problematica, affrontata dalla Corte di Giustizia Ce nel caso *Mangold* (Corte di Giustizia Ce 22 novembre 2005, C-144/04) e da una sentenza della nostra Corte Costituzionale (Corte Cost. 4 marzo 2008, n. 44), è quella relativa all'ambito di applicazione della clausola di non regresso contenuta nelle clausola 8.3. delle disposizioni di attuazione (Su cui 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*, pp. 539 ss., e, in ultimo, cfr. L. Corazza, *Lavoro a termine e clausole di non regresso*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 3, 2008, pp. 499 ss., cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici ivi contenuti).

3. — Prima di esaminare gli aspetti appena richiamati, però, è opportuno chiarire che la sentenza *Impact* si è occupata espressamente dell'efficacia da riconoscere alle clausole 4 e 5 dell'Accordo quadro. Sotto questo punto di vista essa si pone in perfetta continuità con la precedente giurisprudenza comunitaria. Questo non significa, tuttavia, che non sia condivisibile il giudizio che su questa sentenza è stato formulato (Vedi R. Cosio, *La sentenza Impact sul contratto a termine: una bussola per l'interprete*, in *Dir. rel. ind.*, 3/2008, pp. 854 ss.), dal momento che essa, nel confermare alcuni orientamenti e princìpi, offre utili indicazioni per la risoluzione degli aspetti prima accennati e non affrontati direttamente dalla Corte.

La pronuncia è stata resa all'esito di un procedimento pregiudiziale sollevato dagli organi giurisdizionali irlandesi chiamati a decidere una controversia promossa dal sindacato Impact, rappresentativo dei dipendenti pubblici di quel paese, e i Ministeri di appartenenza ove hanno prestato la loro attività. La controversia ha avuto origine dal fatto che, nelle more della fase di recepimento della direttiva comunitaria, avvenuta nel luglio 2003, alcuni dipendenti erano stati occupati con contratti a tempo determinato, prolungati a volte per tre, altre anche per otto anni consecutivi. Tutti gli assunti a termine, inoltre, hanno ricevuto un trattamento economico e contributivo differente dagli altri colleghi di ruolo, assunti a tempo indeterminato. I dipendenti con un'anzianità di servizio fino a tre anni, dunque, hanno rivendicato dinanzi al giudice nazionale un trattamento equivalente al personale a tempo indeterminato, mentre gli altri, utilizzati con contratti a termine rinnovati per un periodo più lungo, oltre alla parità di trattamento, hanno anche chiesto la conversione del rapporto a tempo indeterminato. A fondamento di tali ragioni il sindacato irlandese ha sostenuto l'efficacia diretta delle clausole 4 e 5 dell'Accordo quadro.

3.1. — Per quanto riguarda il problema della diretta applicabilità del principio contenuto nella clausola 4 dell'Accordo quadro nel caso di mancata o ritardata trasposizione della direttiva, la sentenza, infatti, nel richiamare i princìpi della sentenza *Marshall* (Corte di Giustizia Ce 26 febbraio 1986, C-152/84), afferma che il divieto di non discriminazione lì contenuto è «sufficientemente preciso affinché possa essere invocato da un singolo e applicato dal giudice» (punto 60), dal momento che, ai fini della sua garanzia, non v'è alcuna necessità di adottare alcun atto da parte delle istituzioni comunitarie (punto 62). Il carattere incondizionato della clausola, peraltro, condiziona la valutazione della sussistenza di quelle «ragioni oggettive» che possono giustificare una deroga al principio di parità di trattamento prescritto dalla direttiva medesima. Tale deroga, infatti, serve a «facilitare» l'attuazione del principio di non discriminazione e non a ridurne la portata o, addirittura, a condizionarne l'operatività. Per questo motivo, nella nozione «condizioni di impiego» devono rientrare anche le condizioni finanziarie e, dunque, i profili retributivi e pensionistici riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato «comparabili».

3.2. — Sul contenuto della clausola 5 in materia di prevenzione degli abusi «derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato», la Corte è pervenuta, invece, a una conclusione opposta.

La Corte ha negato l'assenza di efficacia diretta di tale previsione sostenendo che la direttiva impone l'obiettivo generale di prevenire gli abusi nella successione dei contratti a termine, ma ha lasciato agli Stati membri la libertà di scegliere uno dei tre mezzi elencati dalla medesima clausola, o «norme in vigore equivalenti» (punto 71) (Sul tema vedi A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, cit.; L. Menghini, *La nuova disciplina…*, cit., Piccini, *Vincoli formali e limiti alla successione di contratti*, in *Arg. dir. lav.*, 2002; A. Bellavista, *La Direttiva…*, cit.). Di conseguenza, la clausola 5, diversamente da quanto sostenuto dalla Commissione, «non appare, sotto il profilo del suo contenuto, incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo davanti a un giudice nazionale» (punto 79) ed essa non consente di rinvenire un contenuto di protezione minima dei lavoratori in caso di successione di contratti a termine. Da questo punto di vista, dunque, si può concludere che la clausola 5 non offre parametri certi per valutare l'idoneità o meno delle sanzioni predisposte dal legislatore nazionale a prevenire gli abusi. In particolare, dalla direttiva non si potrebbe individuare una sorta di «gerarchia» di rimedi, dal momento che l'unico limite per il legislatore nazionale è quello di non essere «autorizzato ad adottare misure, contrarie all'obiettivo perseguito dalla suddetta direttiva e dall'Accordo quadro per quanto riguarda la prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato» (punto 92) (La stessa posizione è stata espressa in Corte di Giustizia Ce 7 settembre 2006, C-180/04, *Vassallo*, in *Racc.*, 2006, pp. 7251 ss., e ribadita nelle conclusioni che l'Avv. Generale Kokott ha rassegnato nel procedimento C-380/07). Circa la valutazione sulla idoneità della sanzione prevista per la successione illegittima di rapporti nella pubblica amministrazione, quindi, la Corte non indica, tuttavia, alcun criterio utile per l'interprete nazionale. Con riferimento all'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, quindi, superati, per motivi condivisibili, i dubbi di legittimità costituzionale di un regime di tutela differenziato dei dipendenti del settore pubblico rispetto a quello privato, la questione rimane aperta (Esula da questo commento l'approfondimento della tematica su cui, di

recente, cfr. M. P. Aimo, *Il contratto a tempo determinato riformato*, in *Lav. dir.*, 3/2008, pp. 470-473, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici ivi contenuti, e B. Caruso, *op. cit.*; analogo problema è stato posto nella causa C-380/07 con riferimento alla legislazione greca).

4. — I princìpi espressi nella sentenza *Impact* con riferimento alla clausola 5 potrebbero giustificare la tesi in base alla quale l'Accordo quadro ha determinato esclusivamente un obbligo per gli Stati membri di recepire nel loro ordinamento almeno una delle misure previste dalla direttiva per prevenire gli abusi nell'utilizzo dei contratti a termine (A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, cit.). Questo significherebbe che la normativa comunitaria, dunque, non impone agli Stati membri di adottare norme circa i requisiti di legittimità necessari alla costituzione di un unico contratto a termine in sé considerato o del primo nel caso di rinnovi. Sulla base di tale premessa, quindi, si è sostenuto che il d.lgs. n. 368/2001, anche a seguito della modifica intervenuta nel 2007, «in coerenza con la direttiva, traccia una netta distinzione tra l'apposizione del termine al contratto di lavoro e l'utilizzo reiterato delle assunzioni a termine» (In questo senso A. Maresca, *L'apposizione del termine…*, *op. cit.*, p. 299, e anche R. Romei, *Opinioni…*, *op. cit.*). La conseguenza di tale impostazione è che, in base alla direttiva, «al contratto di lavoro può essere anche apposto un termine finale acausale […]; ciò vale non solo per il primo contratto a termine, come qualcuno sostiene, ma per qualsiasi contratto a tempo determinato, sempre che esso non sia riconducibile alla reiterazione di assunzione a termine» (A. Maresca, *op. cit.*, p. 302).

Queste conclusioni, tuttavia, non sono convincenti per una serie di motivi. In primo luogo, perché si fondano su una interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione della direttiva comunitaria, che non può essere condivisa alla luce degli stessi princìpi enunciati dalla Corte di Giustizia Ce e in base al tenore letterale della direttiva medesima. In secondo luogo, esse condurrebbero a una violazione della clausola di non regresso.

4.1. — Sotto il primo profilo, la Corte di Giustizia Ce prescrive la necessità di attribuire, nella fase di interpretazione della direttiva, rilievo giuridico alle affermazioni contenute nel preambolo e, complessivamente, agli obiettivi fissati dalla politica sociale comunitaria. Tra questi, come ha ribadito di recente l'Avv. Generale Kokott nella causa C-380/7 nel confermare in sostanza quanto statuito in *Adelener* dalla stessa Corte, c'è quello di «fornire un contributo a un migliore equilibrio fra la flessibilità dell'orario di lavoro e la sicurezza dei lavoratori. In tal modo si dà rilievo a obiettivi fondamentali della politica sociale della Comunità quali sono in particolare indicati nell'art. 136, comma 1, Ce, e cioè il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro e la garanzia di una protezione sociale adeguata» (punto 63 delle conclusioni).

In coerenza con tale ragionamento, gli Stati membri «sono tenuti a garantire il risultato imposto dal Diritto comunitario […] letto alla luce del diciassettesimo Considerando» della Direttiva sul contratto a termine che ha imposto ai giudici nazionali di verificare l'effettiva sussistenza di criteri oggettivi e trasparenti «al fine di verificare» se il rinnovo dei contratti a tempo determinato «risponda effettivamente a un'esigenza reale» (punto 74), e non a fabbisogni dell'impresa non limitati nel tempo (punto 88).

Tali considerazioni, unitamente all'espressione utilizzata nel preambolo in base alla quale la forma comune dei contratti è quella a tempo indeterminato, induce la sentenza *Impact* a ribadire il principio del rapporto tra regola ed eccezione che deve sussistere tra i due rapporti (Come, peraltro, espressamente sostenuto in *Adelener* e affermato anche dalla nostra Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, in q. *Riv.*, 2003, II, p. 49; cfr. anche la recentissima sentenza della Cassazione n. 12985/08, con nota di V. Di Michele, in *Lav. giur.*, n. 9/2008, pp. 908 ss.). Ciò significa, dunque, che l'assunzione a termine, proprio in quanto eccezione alla modalità normale di acquisizione della forza lavoro, va giustificata da ragioni oggettive, e che è dunque da escludere la tesi della a-causalità del primo contratto a termine.

Lo stesso legislatore comunitario, del resto, ha sentito la necessità, nella clausola 3.1. di definire cosa si debba intendere per lavoratore a tempo determinato e ha prescritto che il termine «deve essere determinato da ragioni oggettive». Questo significa che una lettura corretta del testo dell'Accordo quadro esclude la tesi in base alla quale la direttiva non si preoccupa del primo rapporto a termine e, soprattutto, che esso possa essere considerato a-causale.

Dai princìpi comunitari e dalle sentenze della Corte, tuttavia, non provengono chiare indicazioni sulla necessità che le ragioni addotte per l'apposizione del termine al primo contratto devono corrispondere a esigenze temporanee di manodopera, sebbene riferibili all'attività ordinaria dell'impresa ovvero anche a esigenze stabili, sebbene non arbitrariamente accampate dal datore di lavoro. Su questo tema, molto probabilmente, e nonostante la giurisprudenza dominante, si continuerà a discutere [In senso positivo: V. Speziale, *La nuova legge…*, cit., ma, soprattutto, V. Speziale, *La riforma del contratto a termine dopo la legge 247 del 2007*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, pp. 181 ss.; Tatarelli, *Le novità in materia di contratto di lavoro subordinato*, in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, 2008, 2, p. 111, e C. Alessi (*La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, 68/2008), in *www.lex.unict.it*. *Contra*: R. Romei, *op. cit.*, e A. Maresca, *op. cit.*; A. Vallebona (a cura di), *Giustificazione del lavoro a termine*, *Colloqui giuridici sul lavoro*, in *Il Sole 24 Ore - Pirola*, 1, 2006, pp. 9 ss.].

4.2. — L'opinione secondo cui l'art. 1, d.lgs. n. 368 del 2001, deve essere interpretato nel senso della a-causalità del termine non può essere accolta. Essa, infatti, potrebbe essere ritenuta in contrasto con la clausola di non regresso contenuta nella direttiva. La clausola 8.3., come è noto, impone che «l'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso». Si tratta, tuttavia, di capire se tale divieto di *reformatio in peius* sia limitato alla disciplina della successione dei contratti e al divieto di discriminazione ovvero a esso si debba dare una lettura più estensiva, nel senso di ricondurlo alla materia del contratto a termine in generale (Sulle differenti posizioni emerse in dottrina si rinvia a L. Corazza, *op. cit.*, pp. 508 ss.).

La questione non è stata, fino a ora, direttamente affrontata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce, se non nel caso *Mangold*, che, tuttavia, ha dato adito alle più diverse letture. Tra queste, la posizione maggiormente condivisibile è quella che ritiene che «la *ratio* delle clausole di non regresso è quella di evitare che l'attuazione del-

le politiche europee venga utilizzata dagli Stati membri come occasione per procedere a operazioni di riduzione di tutele, addebitandole alla necessità di adempiere agli obblighi comunitari» (L. Corazza, *op. cit.*, p. 511). Da questo punto di vista, dunque, la clausola di non regresso non impone agli Stati membri un obbligo di *stand still*, in quanto una riforma in senso peggiorativo è possibile o in presenza di un valido motivo (che il legislatore dovrebbe, quantomeno, esplicitare) ovvero nel caso di interventi legislativi che non siano connessi all'adempimento degli obblighi comunitari.

Non è, tuttavia, questo il caso italiano. Il d.lgs. n. 368 del 2001, infatti, è stato emanato proprio per adempiere gli obblighi comunitari. Per tale motivo si deve ritenere, dunque, che la clausola di non regresso si applica con riferimento all'intera disciplina, compreso l'art. 1. Questa conclusione è confortata, peraltro, dalle considerazioni svolte sul punto dall'Avv. Generale Kokott nella causa più volte citata. In tale contesto, infatti, ella ha osservato come «l'ambito di applicazione dell'Accordo quadro in generale e quello del divieto di *reformatio in peius* in particolare non possono essere interpretati restrittivamente (punto 63)», con la conseguenza che «se […] il diritto nazionale di uno Stato membro offre tutela ai lavoratori non solo nel caso di plurimi contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, ma anche nel caso di utilizzo abusivo, per la prima o unica volta, di un contratto o di un rapporto di lavoro a tempo determinato, il divieto di *reformatio in peius* […] si estende anche a tale tutela» (punto 65). Dal momento che la disciplina precedente al d.lgs. n. 368 del 2001 prevedeva una serie tassativa di ipotesi in cui era consentito inserire un termine di durata al rapporto di lavoro, l'obbligo di interpretazione conforme, dunque, impedisce, da un lato, di interpretare la normativa nazionale nel senso di escludere il primo contratto dall'ambito di applicazione della direttiva, dall'altro, di ritenere che il termine non debba essere giustificato da una ragione oggettiva di carattere produttivo.

Entrambe queste letture, infatti, devono essere ritenute *contra legem* per mancato rispetto della clausola di non regresso, in quanto il loro accoglimento significherebbe un'evidente riduzione delle tutele dei lavoratori rispetto alla precedente disciplina. Da questo punto di vista, quindi, l'obbligo di interpretazione conforme convalida la tesi della necessaria sussistenza di ragioni oggettive per la conclusione anche dell'unico contratto a termine. Richiedere anche il requisito della «temporaneità» di tali ragioni si tradurrebbe, peraltro, in una misura di miglior favore rispetto allo *standard* di protezione minima desumibile dalla direttiva. La tesi opposta, infatti, potrebbe tradursi in una violazione della clausola di non regresso, dal momento che il risultato sarebbe quello di aver consentito di fatto, diversamente dal passato, la possibilità quasi generalizzata di ricorrere a tale istituto.

Se, nonostante le differenti indicazioni della giustizia comunitaria, si dovesse ritenere fondata la tesi in base alla quale la direttiva non si applica al primo contratto, si porrebbero, peraltro, fondati dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di delega, come nel caso già affrontato dalla Corte Costituzionale con la discutibile decisione del marzo 2008 e che ha prodotto l'effetto di spingere alcuni giudici di merito a sollevare proprio tale questione. Il dibattito, dunque, non è ancora terminato.

Enrico Raimondi
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro*
*presso l'Università degli Studi di Chieti-Pescara «G. D'Annunzio»*

CASSAZIONE, 11 novembre 2008, n. 26972, Sezioni Unite – Pres. Carbone, Est. Preden, P.M. Iannelli (conf.) – Procedimento rimesso alle Ss.Uu. con ordinanza n. 4712/2008 al fine dell'esame di questione di particolare importanza.

**Danno – Danno non patrimoniale – Categoria generale – Danno esistenziale – Autonomia – Esclusione.**

**Danno – Diritti inviolabili della persona – Danno non patrimoniale – Risarcibilità.**

**Danno – Rapporto di lavoro – Danni-conseguenza non patrimoniale – Risarcibilità.**

*Il danno non patrimoniale è categoria generale del diritto non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate: in particolare non può farsi riferimento a una generica sottocategoria denominata «danno esistenziale» atteso che ciò determinerebbe la confluenza nella categoria della atipicità del danno in questione; tale situazione infatti non è voluta dal legislatore, né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 cod. civ. che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione. (1)*

*Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione di tali diritti che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale, con la conseguenza che la tutela risarcitoria di tale danno potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espediente del cumulo di azioni. (2)*

*Il presidio degli interessi della persona a opera della Costituzione, che li ha elevati a diritti inviolabili, ne ha rinforzato la tutela, con la conseguenza che la loro lesione è suscettiva di dare luogo al risarcimento dei «danni-conseguenza», sotto il profilo della lesione dell'integrità psico-fisica secondo le modalità del danno biologico o della lesione della dignità personale del lavoratore come avviene nel caso dei pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvano nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa; sotto tale profilo la definizione di «danno esistenziale» ha valenza prevalentemente nominalistica, posto che quelli in questione altro non sono che pregiudizi attinenti allo svol-*

*gimento della vita professionale del lavoratore e quindi danni di tipo esistenziale, ammessi al risarcimento in virtù della lesione, in ambito di responsabilità contrattuale di diritti inviolabili e quindi di ingiustizia costituzionalmente qualificata. (3)*

*Motivi della decisione*

(*Omissis*) L'ordinanza di rimessione n. 4712/2008 – relativa al ricorso n. 10517/2004, alla quale integralmente rinvia l'ordinanza della terza Sezione che eguale questione ha ritenuto sussistere nel ricorso in esame – rileva che negli ultimi anni si sono formati in tema di danno non patrimoniale due contrapposti orientamenti giurisprudenziali: l'uno favorevole alla configurabilità, come autonoma categoria, del danno esistenziale – inteso, secondo una tesi dottrinale che ha avuto seguito nella giurisprudenza, come pregiudizio non patrimoniale, distinto dal danno biologico, in assenza di lesione dell'integrità psico-fisica, e dal cd. danno morale soggettivo, in quanto non attiene alla sfera interiore del sentire, ma alla sfera del fare a-reddituale del soggetto –, l'altro contrario.

Osserva l'ordinanza che le sentenze n. 8827 e n. 8828/2003 hanno ridefinito rispetto alle opinioni tradizionali presupposti e contenuti del risarcimento del danno non patrimoniale. Quanto ai presupposti hanno affermato che il danno non patrimoniale è risarcibile non solo nei casi espressamente previsti dalla legge, secondo la lettera dell'art. 2059 cod. civ., ma anche in tutti i casi in cui il fatto illecito abbia leso un interesse o un valore della persona di rilievo costituzionale non suscettibile di valutazione economica. Quanto ai contenuti, hanno ritenuto che il danno non patrimoniale, pur costituendo una categoria unitaria, può essere distinto in pregiudizi di tipo diverso: biologico, morale ed esistenziale.

A questo orientamento, prosegue l'ordinanza di rimessione, ha dato continuità la Corte Costituzionale, la quale, con sentenza n. 233/2003, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 cod. civ., ha tributato un espresso riconoscimento alla categoria del «danno esistenziale», da intendersi quale terza sottocategoria di danno non patrimoniale.

Ricorda ancora l'ordinanza di rimessione che altre decisioni di legittimità hanno ritenuto ammissibile la configurabilità di un *tertium genus* di danno non patrimoniale, definito «esistenziale»: tale danno consisterebbe in qualsiasi compromissione delle attività realizzatrici della persona umana (quali la lesione della serenità familiare o del godimento di un ambiente salubre), e si distinguerebbe sia dal danno biologico, perché non presuppone l'esistenza di una lesione *in corpore*, sia da quello morale, perché non costituirebbe un mero patema d'animo interiore di tipo soggettivo. Tra le decisioni rilevanti in tal

senso l'ordinanza menziona le sentenze di questa Corte n. 7713/2000, n. 9009/2001, n. 6732/2005, n. 13546/2006, n. 2311/2007, e, soprattutto, la sentenza delle Sezioni Unite n. 6572/2006, la quale ha dato una precisa definizione del danno esistenziale da lesione del fare a-reddittuale della persona, e una altrettanto precisa distinzione di esso dal danno morale, in quanto, al contrario di quest'ultimo, il danno esistenziale non ha natura meramente emotiva e interiore.

L'ordinanza di rimessione osserva poi che al richiamato orientamento, favorevole alla configurabilità del danno esistenziale come categoria autonoma di danno non patrimoniale, si è contrapposto un diverso orientamento, il quale nega dignità concettuale alla nuova figura di danno.

Secondo questo diverso orientamento il danno non patrimoniale, essendo risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, tra i quali rientrano, in virtù della interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. fornita dalle sentenze n. 8827 e n. 8828/2003, i casi di lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti, manca del carattere della atipicità, che invece caratterizza il danno patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. Di conseguenza non sarebbe possibile concepire categorie generalizzanti, come quella del danno esistenziale, che finirebbero per privare il danno non patrimoniale del carattere della tipicità. Tra le decisioni espressione di questo orientamento l'ordinanza menziona le sentenze di questa Corte n. 15760/2006, n. 23918/2006, n. 9510/2006, n. 9514/2007, n. 14846/2007.

Così riassunti i contrapposti orientamenti, l'ordinanza di rimessione conclude invitando le Sezioni Unite a pronunciarsi sui seguenti otto «quesiti».

1. Se sia concepibile un pregiudizio non patrimoniale, diverso tanto dal danno morale quanto dal danno biologico, consistente nella lesione del fare a-reddituale della vittima e scaturente dalla lesione di valori costituzionalmente garantiti.

2. Se sia corretto ravvisare le caratteristiche di tale pregiudizio nella necessaria sussistenza di una offesa grave a un valore della persona, e nel carattere di gravità e permanenza delle conseguenze da essa derivate.

3. Se sia corretta la teoria che, ritenendo il danno non patrimoniale «tipico», nega la concepibilità del danno esistenziale.

4. Se sia corretta la teoria secondo cui il danno esistenziale sarebbe risarcibile nel solo ambito contrattuale e segnatamente nell'ambito del rapporto di lavoro, ovvero debba affermarsi il più generale principio secondo cui il danno esistenziale trova cittadinanza e concreta applicazione tanto nel campo dell'illecito contrattuale quanto in quello del torto aquiliano.

5. Se sia risarcibile un danno non patrimoniale che incida sulla salute intesa non come integrità psico-fisica, ma come sensazione di benessere.

6. Quali debbano essere i criteri di liquidazione del danno esistenziale.

7. Se costituisca peculiare categoria di danno non patrimoniale il cd. danno tanatologico o da morte immediata.

8. Quali siano gli oneri di allegazione e di prova gravanti sul chi domanda il ristoro del danno esistenziale.

2. Il risarcimento del danno non patrimoniale è previsto dall'art. 2059 cod. civ. («Danni non patrimoniali») secondo cui «Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge».

All'epoca dell'emanazione del codice civile l'unica previsione espressa del risarcimento del danno non patrimoniale era racchiusa nell'art. 185 del codice penale del 1930.

La giurisprudenza, nel dare applicazione all'art. 2059 cod. civ., si consolidò nel ritenere che il danno non patrimoniale era risarcibile solo in presenza di un reato e ne individuò il contenuto nel cd. danno morale soggettivo, inteso come sofferenza contingente, turbamento dell'animo transeunte.

2.1. L'insostenibilità di siffatta lettura restrittiva è stata rilevata da questa Corte con le sentenze n. 8827 e n. 8828/2003, in cui si è affermato che nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione – che, all'art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo –, il danno non patrimoniale deve essere inteso nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.

Sorreggono l'affermazione i seguenti argomenti:

a) il cospicuo incremento, nella legislazione ordinaria, dei casi di espresso riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale anche al di fuori dell'ipotesi di reato, in relazione alla compromissione di valori personali (art. 2, legge n. 117/1998; art. 29, comma 9, legge n. 675/1996; art. 44, comma 7, d.lgs. n. 286/1998; art. 2, legge n. 89/2001), con conseguente ampliamento del rinvio effettuato dall'art. 2059 cod. civ. ai casi determinati dalla legge;

b) il riconoscimento nella giurisprudenza della Cassazione (a partire dalla sentenza n. 3675/1981) di quella peculiare figura di danno non patrimoniale, diverso dal danno morale soggettivo, che è il danno biologico: formula con la quale si designa la lesione dell'integrità psichica e fisica della persona;

c) l'estensione giurisprudenziale del risarcimento del danno non patrimoniale, evidentemente inteso come pregiudizio diverso dal danno morale soggettivo, anche in favore delle persone giuridiche (sentenza n. 2367/2000);

d) l'esigenza di assicurare il risarcimento del danno non patrimoniale, anche in assenza di reato, nel caso di lesione di interessi di rango costituzionale, sia perché in tal caso il risarcimento costituisce la forma minima di tutela, e una tutela minima non è assoggettabile a limiti specifici, poiché ciò si

risolve in rifiuto di tutela nei casi esclusi, sia perché il rinvio ai casi in cui la legge consente il risarcimento del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti la persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, e in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di risarcimento del danno non patrimoniale.

2.2. Queste Sezioni Unite condividono e fanno propria la lettura, costituzionalmente orientata, data dalle sentenze n. 8827 e n. 8828/2003 all'art. 2059 cod. civ. e la completano nei termini seguenti.

2.3. Il danno non patrimoniale di cui parla, nella rubrica e nel testo, l'art. 2059 cod. civ., si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.

Il suo risarcimento postula la verifica della sussistenza degli elementi nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale definito dall'art. 2043 cod. civ.

L'art. 2059 cod. civ. non delinea una distinta fattispecie di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma consente la riparazione anche dei danni non patrimoniali, nei casi determinati dalla legge, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, che si ricavano dall'art. 2043 cod. civ. (e da altre norme, quali quelle che prevedono ipotesi di responsabilità oggettiva); elementi che consistono nella condotta, nel nesso causale tra condotta ed evento di danno, connotato quest'ultimo dall'ingiustizia, determinata dalla lesione, non giustificata, di interessi meritevoli di tutela, e nel danno che ne consegue (danno-conseguenza, secondo opinione ormai consolidata: Corte Cost. n. 372/1994; Ss.Uu. nn. 576, 581, 582, 584/2008).

2.4. L'art. 2059 cod. civ. è norma di rinvio. Il rinvio è alle leggi che determinano i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale. L'ambito della risarcibilità del danno non patrimoniale si ricava dall'individuazione delle norme che prevedono siffatta tutela.

2.5. Si tratta, in primo luogo, dell'art. 185 cod. pen., che prevede la risarcibilità del danno patrimoniale conseguente a reato («Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui»).

2.6. Altri casi di risarcimento anche dei danni non patrimoniali sono previsti da leggi ordinarie in relazione alla compromissione di valori personali (art. 2, legge n. 117/1998: danni derivanti dalla privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio di funzioni giudiziarie; art. 29, comma 9, leg-

ge n. 675/1996: impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali; art. 44, comma 7, d.lgs. n. 286/1998: adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi; art. 2, legge n. 89/2001: mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo).

2.7. Al di fuori dei casi determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

Per effetto di tale estensione, va ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 cod. civ., il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.) denominato danno biologico, del quale è data, dagli artt. 136 e 139, d.lgs. n. 209/2005, specifica definizione normativa (sentenze n. 15022/2005; n. 23918/2006). In precedenza, come è noto, la tutela del danno biologico era invece apprestata grazie al collegamento tra l'art. 2043 cod. civ. e l'art. 32 Cost. (come ritenuto da Corte Cost. n. 184/1986), per sottrarla al limite posto dall'art. 2059 cod. civ., norma nella quale avrebbe ben potuto sin dall'origine trovare collocazione (come ritenuto dalla successiva sentenza della Corte n. 372/1994 per il danno biologico fisico o psichico sofferto dal congiunto della vittima primaria).

Trova adeguata collocazione nella norma anche la tutela riconosciuta ai soggetti che abbiano visto lesi i diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.) (sentenze n. 8827 e n. 8828/2003, concernenti la fattispecie del danno da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto).

Eguale sorte spetta al danno conseguente alla violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza, diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità, preservata dagli artt. 2 e 3 Cost. (sentenza n. 25157/2008).

2.8. La rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2959 cod. civ., come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 cod. civ.) e danno non patrimoniale (art. 2059 cod. civ.) (sentenze n. 8827/2003; n. 15027/2005; n. 23918/2006).

Sul piano della struttura dell'illecito, articolata negli elementi costituiti dalla condotta, dal nesso causale tra questa e l'evento dannoso, e dal danno che da quello consegue (danno-conseguenza), le due ipotesi risarcitorie si differenziano in punto di evento dannoso, e cioè di lesione dell'interesse protetto.

Sotto tale aspetto, il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art.

2043 cod. civ. la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante (sentenza n. 500/1999), mentre quello del danno non patrimoniale è connotato da tipicità, perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona (sentenze n. 15027/2005; n. 23918/2006).

2.9. La risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato a individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria.

2.10. Nell'ipotesi in cui il fatto illecito si configuri (anche solo astrattamente: Ss.Uu. n. 6651/1982) come reato, è risarcibile il danno non patrimoniale, sofferto dalla persona offesa e dagli ulteriori eventuali danneggiati (nel caso di illecito plurioffensivo: sentenza n. 4186/1998; Ss.Uu. n. 9556/2002), nella sua più ampia accezione di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.

La limitazione alla tradizionale figura del cd. danno morale soggettivo transeunte va definitivamente superata. La figura, recepita per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio, poiché né l'art. 2059 cod. civ. né l'art. 185 cod. pen. parlano di danno morale, e tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio, ed era carente anche sul piano della adeguatezza della tutela, poiché la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo (lo riconosceva quella giurisprudenza che, nel caso di morte del soggetto danneggiato nel corso del processo, commisurava il risarcimento sia del danno biologico che di quello morale, postulandone la permanenza, al tempo di vita effettiva: n. 19057/2003; n. 3806/2004; n. 21683/2005).

Va conseguentemente affermato che, nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula «danno morale» non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento.

In ragione della ampia accezione del danno non patrimoniale, in presenza del reato è risarcibile non soltanto il danno non patrimoniale conseguente alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili (come avverrà, nel ca-

so del reato di lesioni colpose, ove si configuri danno biologico per la vittima, o nel caso di uccisione o lesione grave di congiunto, determinante la perdita o la compromissione del rapporto parentale), ma anche quello conseguente alla lesione di interessi inerenti la persona non presidiati da siffatti diritti, ma meritevoli di tutela in base all'ordinamento (secondo il criterio dell'ingiustizia *ex* art. 2043 cod. civ.), poiché la tipicità, in questo caso, non è determinata soltanto dal rango dell'interesse protetto, ma in ragione della scelta del legislatore di dire risarcibili i danni non patrimoniali cagionati da reato. Scelta che comunque implica la considerazione della rilevanza dell'interesse leso, desumibile dalla predisposizione della tutela penale.

2.11. Negli altri casi determinati dalla legge la selezione degli interessi è già compiuta dal legislatore. Va notato che, nei casi previsti da leggi vigenti richiamati in precedenza, il risarcimento è collegato alla lesione di diritti inviolabili della persona: alla libertà personale, alla riservatezza, a non subire discriminazioni.

Non può tuttavia ritenersi precluso al legislatore ampliare il catalogo dei casi determinati dalla legge ordinaria prevedendo la tutela risarcitoria non patrimoniale anche in relazione a interessi inerenti la persona non aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili, privilegiandone taluno rispetto agli altri (Corte Cost. n. 87/1979).

Situazione che non ricorre in relazione ai diritti predicati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la legge n. 88 del 1955, quale risulta dai vari Protocolli susseguitisi, ai quali non spetta il rango di diritti costituzionalmente protetti, poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del Diritto comunitario nell'ordinamento interno (Corte Cost. n. 348/2007).

2.12. Fuori dai casi determinati dalla legge è data tutela risarcitoria al danno non patrimoniale solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona: deve sussistere una ingiustizia costituzionalmente qualificata.

2.13. In tali ipotesi non emergono, nell'ambito della categoria generale «danno non patrimoniale», distinte sottocategorie, ma si concretizzano soltanto specifici casi determinati dalla legge, al massimo livello costituito dalla Costituzione, di riparazione del danno non patrimoniale.

È solo a fini descrittivi che, in dette ipotesi, come avviene, ad esempio, nel caso di lesione del diritto alla salute (art. 32 Cost.), si impiega un nome, parlando di danno biologico. Ci si riferisce in tal modo a una figura che ha avuto espresso riconoscimento normativo negli artt. 138 e 139, d.lgs. n.

209/2005, recante il Codice delle assicurazioni private, che individuano il danno biologico nella «lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di reddito», e ne danno una definizione suscettiva di generale applicazione, in quanto recepisce i risultati ormai definitivamente acquisiti di una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Ed è ancora a fini descrittivi che, nel caso di lesione dei diritti della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.), si utilizza la sintetica definizione di danno da perdita del rapporto parentale.

In tal senso, e cioè come mera sintesi descrittiva, vanno intese le distinte denominazioni (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale) adottate dalle sentenze gemelle del 2003, e recepite dalla sentenza n. 233/2003 della Corte Costituzionale.

Le menzionate sentenze, d'altra parte, avevano avuto cura di precisare che non era proficuo ritagliare all'interno della generale categoria del danno non patrimoniale specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo (n. 8828/2003), e di rilevare che la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. doveva essere riguardata non già come occasione di incremento delle poste di danno (e mai come strumento di duplicazione del risarcimento degli stessi pregiudizi), ma come mezzo per colmare le lacune della tutela risarcitoria della persona (n. 8827/2003). Considerazioni che le Sezioni Unite condividono.

2.14. Il catalogo dei casi in tal modo determinati non costituisce numero chiuso.

La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. a un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana.

3. Si pone ora la questione se, nell'ambito della tutela risarcitoria del danno non patrimoniale, possa inserirsi, come categoria autonoma, il cd. danno esistenziale.

3.1. Secondo una tesi elaborata in dottrina nei primi anni novanta il danno esistenziale era inteso come pregiudizio non patrimoniale, distinto dal danno biologico (all'epoca risarcito nell'ambito dell'art. 2043 cod. civ. in collegamento con l'art. 32 Cost.), in assenza di lesione dell'integrità psico-fisica, e dal cd. danno morale soggettivo (unico danno non patrimoniale risar-

cibile, in presenza di reato, secondo la tradizionale lettura restrittiva dell'art. 2059 cod. civ. in collegamento all'art. 185 cod. pen.), in quanto non attinente alla sfera interiore del sentire, ma alla sfera del fare non reddituale del soggetto.

Tale figura di danno nasceva dal dichiarato intento di ampliare la tutela risarcitoria per i pregiudizi di natura non patrimoniale incidenti sulla persona, svincolandola dai limiti dell'art. 2059 cod. civ., e seguendo la via, già percorsa per il danno biologico, di operare nell'ambito dell'art. 2043 cod. civ. inteso come norma regolatrice del risarcimento non solo del danno patrimoniale, ma anche di quello non patrimoniale concernente la persona.

Si affermava che, nel caso in cui il fatto illecito limita le attività realizzatrici della persona umana, obbligandola ad adottare nella vita di tutti i giorni comportamenti diversi da quelli passati, si realizza un nuovo tipo di danno (rispetto al danno morale soggettivo e al danno biologico) definito con l'espressione «danno esistenziale».

Il pregiudizio era individuato nella alterazione della vita di relazione, nella perdita della qualità della vita, nella compromissione della dimensione esistenziale della persona. Pregiudizi diversi dal patimento intimo, costituente danno morale soggettivo, perché non consistenti in una sofferenza, ma nel non poter più fare secondo i modi precedentemente adottati, e non integranti danno biologico, in assenza di lesione all'integrità psico-fisica.

3.2. Va rilevato che, già nel quadro dell'art. 2043 cod. civ. nel quale veniva inserito, la nuova figura di danno si risolveva nella descrizione di un pregiudizio di tipo esistenziale (il peggioramento della qualità della vita, l'alterazione del fare non reddituale), non accompagnata dalla necessaria individuazione, ai fini del requisito dell'ingiustizia del danno, di quale fosse l'interesse giuridicamente rilevante leso dal fatto illecito, e l'insussistenza della lesione di un interesse siffatto era ostativa all'ammissione a risarcimento.

Di siffatta carenza, non percepita dalla giurisprudenza di merito, mostratasi favorevole a erogare tutela risarcitoria al danno così descritto (danno-conseguenza) senza svolgere indagini sull'ingiustizia del danno (per lesione dell'interesse), è stata invece avvertita questa Corte, in varie pronunce precedenti alle sentenze gemelle del 2003.

La sentenza n. 7713/2000, pur discorrendo di danno esistenziale, e impiegando il collegamento tra art. 2043 cod. civ. e norme della Costituzione (nella specie gli artt. 29 e 30), analogamente a quanto all'epoca avveniva per il danno biologico, ravvisò il fondamento della tutela nella lesione del diritto costituzionalmente protetto del figlio all'educazione e all'istruzione, integrante danno-evento. La decisione non sorregge quindi la tesi che vede il danno esistenziale come categoria generale e lo dice risarcibile indipendentemente dall'accertata lesione di un interesse rilevante.

La menzione del danno esistenziale si rinviene anche nella sentenza n. 4783/2001, che ha definito esistenziale la sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche (e quindi in presenza di reato), alle quali era seguita dopo breve tempo la morte, ed era rimasta lucida durante l'agonia, e riconosciuto il risarcimento del danno agli eredi della vittima. La decisione non conforta la teoria del danno esistenziale. Nel quadro di una costante giurisprudenza di legittimità che nega, nel caso di morte immediata o intervenuta a breve distanza dall'evento lesivo, il risarcimento del danno biologico per la perdita della vita (sentenze n. 1704/1997, n. 491/1999, n. 13336/1999, n. 887/2002, n. 517/2006), e lo ammette per la perdita della salute solo se il soggetto sia rimasto in vita per un tempo apprezzabile (sentenze n. 6404/1998, n. 9620/2003, n. 4754/2004, n. 15404/2004), e a questo lo commisura, la sentenza persegue lo scopo di riconoscere il risarcimento, a diverso titolo, delle sofferenze coscientemente patite in quel breve intervallo. Viene qui in considerazione il tema della risarcibilità della sofferenza psichica, di massima intensità anche se di durata contenuta, nel caso di morte che segua le lesioni dopo breve tempo. Sofferenza che, non essendo suscettibile di degenerare in danno biologico, in ragione del limitato intervallo di tempo tra lesioni e morte, non può che essere risarcita come danno morale, nella sua nuova più ampia accezione. Né, d'altra parte, può in questa sede essere rimeditato il richiamato indirizzo giurisprudenziale, non essendosi manifestato in questa Corte un argomentato dissenso.

In tema di danno da irragionevole durata del processo (art. 2 della legge n. 89/2001) la sentenza n. 15449/2002 ha espressamente negato la distinta risarcibilità del pregiudizio esistenziale, in quanto costituente solo una «voce» del danno non patrimoniale, risarcibile per espressa previsione di legge.

Altre decisioni hanno riconosciuto, nell'ambito del rapporto di lavoro (e quindi in tema di responsabilità contrattuale, ponendo questione sulla quale si tornerà più avanti), il danno esistenziale da mancato godimento del riposo settimanale (sentenza n. 9009/2001) e da demansionamento (sentenza n. 8904/2003), ravvisando nei detti casi la lesione di diritti fondamentali del lavoratore, e quindi ricollegando la risarcibilità a una ingiustizia costituzionalmente qualificata.

Al danno esistenziale era dato ampio spazio dai giudici di pace, in relazione alle più fantasiose, e a volte risibili, prospettazioni di pregiudizi suscettivi di alterare il modo di esistere delle persone: la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante in aeroporto, il disservizio di un ufficio pubblico, l'invio di contravvenzioni illegittime, la morte dell'animale di affezione, il maltrattamento di animali, il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal

*black-out* elettrico. In tal modo si risarcivano pregiudizi di dubbia serietà, a prescindere dall'individuazione dell'interesse leso, e quindi del requisito dell'ingiustizia.

3.3. Questi erano dunque i termini nei quali viveva, nelle opinioni della dottrina e nelle applicazioni della giurisprudenza, la figura del danno esistenziale.

Dopo che le sentenze n. 8827 e n. 8828/2003 hanno fissato il principio, condiviso da queste Sezioni Unite, secondo cui, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., unica noma disciplinante il risarcimento del danno non patrimoniale, la tutela risarcitoria di questo danno è data, oltre che nei casi determinati dalla legge, solo nel caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata, di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere.

3.4. Come si è ricordato, la figura del danno esistenziale era stata proposta nel dichiarato intento di supplire a un vuoto di tutela, che ormai più non sussiste.

3.4.1. In presenza di reato, superato il tradizionale orientamento che limitava il risarcimento al solo danno morale soggettivo, identificato con il patema d'animo transeunte, e affermata la risarcibilità del danno non patrimoniale nella sua più ampia accezione, anche il pregiudizio non patrimoniale consistente nel non poter fare (ma sarebbe meglio dire: nella sofferenza morale determinata dal non poter fare) è risarcibile.

La tutela risarcitoria sarà riconosciuta se il pregiudizio sia conseguenza della lesione almeno di un interesse giuridicamente protetto, desunto dall'ordinamento positivo, ivi comprese le convenzioni internazionali (come la già citata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la legge n. 88 del 1955), e cioè purché sussista il requisito dell'ingiustizia generica secondo l'art. 2043 cod. civ. E la previsione della tutela penale costituisce sicuro indice della rilevanza dell'interesse leso.

3.4.2. In assenza di reato, e al di fuori dei casi determinati dalla legge, pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili purché conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona.

Ipotesi che si realizza, ad esempio, nel caso dello sconvolgimento della vita familiare provocato dalla perdita di congiunto (cd. danno da perdita del rapporto parentale), poiché il pregiudizio di tipo esistenziale consegue alla lesione dei diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.).

In questo caso, vengono in considerazione pregiudizi che, in quanto attengono all'esistenza della persona, per comodità di sintesi possono essere descritti e definiti come esistenziali, senza che tuttavia possa configurarsi una autonoma categoria di danno.

Altri pregiudizi di tipo esistenziale attinenti alla sfera relazionale della persona, ma non conseguenti a lesione psico-fisica, e quindi non rientranti nell'ambito del danno biologico (comprensivo, secondo giurisprudenza ormai consolidata, sia del cd. «danno estetico» che del cd. «danno alla vita di relazione»), saranno risarcibili purché siano conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona diverso dal diritto alla integrità psico-fisica.

Ipotesi che si verifica nel caso (esaminato dalla sentenza n. 6607/1986) dell'illecito che, cagionando a una persona coniugata l'impossibilità di rapporti sessuali, è immediatamente e direttamente lesivo del diritto dell'altro coniuge a tali rapporti, quale diritto-dovere reciproco, inerente alla persona, strutturante, insieme agli altri diritti-doveri reciproci, il rapporto di coniugio. Nella fattispecie il pregiudizio è conseguente alla violazione dei diritti inviolabili della famiglia spettanti al coniuge del soggetto leso nella sua integrità psico-fisica.

3.5. Il pregiudizio di tipo esistenziale, per quanto si è detto, è quindi risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria.

Per superare tale limitazione, è stata prospettata la tesi secondo cui la rilevanza costituzionale non deve attenere all'interesse leso, bensì al pregiudizio sofferto. Si sostiene che, incidendo il pregiudizio di tipo esistenziale, consistente nell'alterazione del fare non reddituale, sulla sfera della persona, per ciò soltanto a esso va riconosciuta rilevanza costituzionale, senza necessità di indagare la natura dell'interesse leso e la consistenza della sua tutela costituzionale.

La tesi pretende di vagliare la rilevanza costituzionale con riferimento al tipo di pregiudizio, cioè al danno-conseguenza, e non al diritto leso, cioè all'evento dannoso, in tal modo confonde il piano del pregiudizio da riparare con quello dell'ingiustizia da dimostrare, e va disattesa.

Essa si risolve sostanzialmente nell'abrogazione surrettizia dell'art. 2059 cod. civ. nella sua lettura costituzionalmente orientata, perché cancella la persistente limitazione della tutela risarcitoria (al di fuori dei casi determinati dalla legge) ai casi in cui il danno non patrimoniale sia conseguenza della lesione di un diritto inviolabile della persona, e cioè in presenza di ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento dannoso.

3.6. Ulteriore tentativo di superamento dei limiti segnati dalla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. è incentrato sull'assunto secondo cui il danno esistenziale non si identifica con la lesione di un bene costituzionalmente protetto, ma può scaturire dalla lesione di qualsiasi bene giuridicamente rilevante.

La tesi è inaccettabile, in quanto si risolve nel ricondurre il preteso danno sotto la disciplina dell'art. 2043 cod. civ., dove il risarcimento è dato purché sia leso un interesse genericamente rilevante per l'ordinamento, contraddicendo l'affermato principio della tipicità del danno non patrimoniale.

E non è prospettabile illegittimità costituzionale dell'art. 2059 cod. civ., come rinvigorito da questa Corte con le sentenze gemelle del 2003, in quanto non ammette a risarcimento, al di fuori dei casi previsti dalla legge (reato e ipotesi tipiche), i pregiudizi non patrimoniali conseguenti alla lesione non di diritti inviolabili, ma di interessi genericamente rilevanti, poiché la tutela risarcitoria minima e insopprimibile vale soltanto per la lesione dei diritti inviolabili (Corte Cost. n. 87/1979).

3.7. Il superamento dei limiti alla tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali, che permangono, nei termini suesposti, anche dopo la rilettura conforme a Costituzione dell'art. 2059 cod. civ., può derivare da una norma comunitaria che preveda il risarcimento del danno non patrimoniale senza porre limiti, in ragione della prevalenza del Diritto comunitario sul diritto interno.

Va ricordato che l'effetto connesso alla vigenza di norma comunitaria è quello non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale (Corte Cost. n. 170/1984; Ss.Uu. n. 1512/1998; Cass. n. 4466/2005).

3.8. Queste Sezioni Unite, con la sentenza n. 6572/2006, trattando il tema del riparto degli oneri probatori in tema di riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale biologico o esistenziale da demansionamento o dequalificazione, nell'ambito del rapporto di lavoro, hanno definito il danno esistenziale, come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva e interiore, ma oggettivamente accertabile), provocato sul fare a-reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. La pronuncia è stata seguita da altre sentenze (n. 4260/2007; n. 5221/2007; n. 11278/2007; n. 26561/2007).

Non sembra tuttavia che tali decisioni, che si muovono nell'ambito della affermata natura contrattuale della responsabilità del datore di lavoro (così ponendo la più ampia questione della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento di obbligazioni, che sarà trattata più avanti e positivamente risolta), confortino la tesi di quanti configurano il danno esistenziale come autonoma categoria, destinata ad assumere rilievo anche al di fuori dell'ambito del rapporto di lavoro.

Le menzionate sentenze individuano specifici pregiudizi di tipo esistenziale da violazioni di obblighi contrattuali nell'ambito del rapporto di lavoro. In particolare, dalla violazione dell'obbligo dell'imprenditore di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore (art. 2087 cod. civ.). Vengono in considerazione diritti della persona del lavoratore che, già tutelati dal codice del 1942, sono assurti in virtù della Costituzione, grazie all'art. 32 Cost., quanto alla tutela dell'integrità fisica, e agli artt. 1, 2, 4 e 35 Cost., quanto alla tutela della dignità personale del lavoratore, a diritti inviolabili, la cui lesione dà luogo a risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali, di tipo esistenziale, da inadempimento contrattuale. Si verte, in sostanza, in una ipotesi di risarcimento di danni non patrimoniali in ambito contrattuale legislativamente prevista.

3.9. Palesemente non meritevoli dalla tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, sono i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie e in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale, ai quali ha prestato invece tutela la giustizia di prossimità.

Non vale, per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto a essere felici. Al di fuori dei casi determinati dalla legge ordinaria, solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale.

In tal senso, per difetto dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata, è stato correttamente negato il risarcimento a una persona che si affermava «stressata» per effetto dell'istallazione di un lampione a ridosso del proprio appartamento per la compromissione della serenità e sicurezza, sul rilievo che i menzionati interessi non sono presidiati da diritti di rango costituzionale (sentenza n. 3284/2008).

E per eguale ragione non è stato ammesso a risarcimento il pregiudizio sofferto per la perdita di un animale (un cavallo da corsa) incidendo la lesione su un rapporto, tra l'uomo e l'animale, privo, nell'attuale assetto dell'ordinamento, di copertura costituzionale (sentenza n. 14846/2007).

3.10. Il risarcimento di pretesi danni esistenziali è stato frequentemente richiesto ai giudici di pace e ha dato luogo alla proliferazione delle cd. liti bagatellari.

Con tale formula si individuano le cause risarcitorie in cui il danno conseguenziale è futile o irrisorio, ovvero, pur essendo oggettivamente serio, è tuttavia, secondo la coscienza sociale, insignificante o irrilevante per il livello raggiunto. In entrambi i casi deve sussistere la lesione dell'interesse in termini di ingiustizia costituzionalmente qualificata, restando di-

versamente esclusa in radice (al dei fuori dei casi previsti dalla legge) l'invocabilità dell'art. 2059 cod. civ.

La differenza tra i due casi è data dal fatto che nel primo, nell'ambito dell'area del danno-conseguenza del quale è richiesto il ristoro è allegato un pregiudizio esistenziale futile, non serio (non poter più urlare allo stadio, fumare o bere alcolici), mentre nel secondo è l'offesa arrecata che è priva di gravità, per non essere stato inciso il diritto oltre una soglia minima: come avviene nel caso del graffio superficiale dell'epidermide, del mal di testa per una sola mattinata conseguente ai fumi emessi da una fabbrica, dal disagio di poche ore cagionato dall'impossibilità di uscire di casa per l'esecuzione di lavori stradali di pari durata (in quest'ultimo caso non è leso un diritto inviolabile, non spettando tale rango al diritto alla libera circolazione di cui all'art. 16 Cost., che può essere limitato per varie ragioni).

3.11. La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili.

Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza.

Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità e il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.).

Entrambi i requisiti devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico (criterio sovente utilizzato in materia di lavoro, sentenze n. 17208/2002; n. 9266/2005, o disciplinare, Ss.Uu. n. 16265/2002).

3.12. I limiti fissati dall'art. 2059 cod. civ. non possono essere ignorati dal giudice di pace nelle cause di valore non superiore a euro millecento, in cui decide secondo equità.

La norma, nella lettura costituzionalmente orientata accolta da queste Sezioni Unite, in quanto pone le regole generali della tutela risarcitoria non patrimoniale, costituisce principio informatore della materia in tema di risarcimento del danno non patrimoniale, che il giudice di pace, nelle questioni da decidere secondo equità, deve osservare (Corte Cost. n. 206/2004).

3.13. In conclusione, deve ribadirsi che il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente

etichettate. In particolare, non può farsi riferimento a una generica sottocategoria denominata «danno esistenziale», perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 cod. civ., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione (princìpi enunciati dalle sentenze n. 15022/2005, n. 11761/2006, n. 23918/2006, che queste Sezioni Unite fanno propri).

3.14. Le considerazioni svolte valgono a dare risposta negativa a tutti i quesiti, in quanto postulanti la sussistenza della autonoma categoria del danno esistenziale.

4. Il danno non patrimoniale conseguente all'inadempimento delle obbligazioni, secondo l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, non era ritenuto risarcibile.

L'ostacolo era ravvisato nella mancanza, nella disciplina della responsabilità contrattuale, di una norma analoga all'art. 2059 cod. civ., dettato in materia di fatti illeciti.

Per aggirare l'ostacolo, nel caso in cui oltre all'inadempimento fosse configurabile lesione del principio del *neminem laedere*, la giurisprudenza aveva elaborato la teoria del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale (sentenza n. 2975/1968, seguita dalla n. 8656/1996, nel caso del trasportato che abbia subìto lesioni nell'esecuzione del contratto di trasporto; sentenza n. 8331/2001, in materia di tutela del lavoratore).

A parte il suo dubbio fondamento dogmatico (contestato in dottrina), la tesi non risolveva la questione del risarcimento del danno non patrimoniale in senso lato, poiché lo riconduceva, in relazione all'azione extracontrattuale, entro i ristretti limiti dell'art. 2059 cod. civ. in collegamento con l'art. 185 cod. pen., sicché il risarcimento era condizionato alla qualificazione del fatto illecito come reato ed era comunque ristretto al solo danno morale soggettivo.

Dalle strettoie dell'art. 2059 cod. civ. si sottraeva il danno biologico, azionato in sede di responsabilità aquiliana, grazie al suo inserimento nell'art. 2043 cod. civ. (Corte Cost. n. 184/1986).

4.1. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali.

Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la le-

sione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale.

Se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espediente del cumulo di azioni.

4.2. Che interessi di natura non patrimoniale possano assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, è confermato dalla previsione dell'art. 1174 cod. civ., secondo cui la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore.

L'individuazione, in relazione alla specifica ipotesi contrattuale, degli interessi compresi nell'area del contratto che, oltre a quelli a contenuto patrimoniale, presentino carattere non patrimoniale, va condotta accertando la causa concreta del negozio, da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato; sintesi, e dunque ragione concreta, della dinamica contrattuale (come condivisibilmente affermato dalla sentenza n. 10490/2006).

4.3. Vengono in considerazione, anzitutto, i cd. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario; in questi gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali.

In tal senso si esprime una cospicua giurisprudenza di questa Corte, che ha avuto modo di inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale la responsabilità del medico e della struttura sanitaria (sentenza n. 589/1999, e successive conformi, che, quanto alla struttura, hanno applicato il principio della responsabilità da contatto sociale qualificato), e di riconoscere tutela, oltre al paziente, a soggetti terzi, ai quali si estendono gli effetti protettivi del contratto, e quindi, oltre alla gestante, al nascituro, subordinatamente alla nascita (sentenze n. 11503/1003; n. 5881/2000), e al padre, nel caso di omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata (sentenze n. 6735/2002; n. 14488/2004; n. 20320/2005).

I suindicati soggetti, a seconda dei casi, avevano subìto la lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32, comma 1, Cost.), sotto il profilo del danno biologico sia fisico che psichico (sentenza n. 1511/2007); del diritto inviolabile all'autodeterminazione (artt. 32, comma 2, e 13 Cost.), come nel caso della gestante che, per errore diagnostico, non era stata posta in condizione di decidere se interrompere la gravidanza (sentenza n. 6735/2002 e

conformi citate), e nei casi di violazione dell'obbligo del consenso informato (sentenza n. 544/2006); dei diritti propri della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.), come nel caso di cui alle sentenze n. 6735/2002 e conformi citate.

4.4. Costituisce contratto di protezione anche quello che intercorre tra l'allievo e l'istituto scolastico. In esso, che trova la sua fonte nel contatto sociale (Ss.Uu. n. 9346/2002; sentenza n. 8067/2007), tra gli interessi non patrimoniali da realizzare rientra quello alla integrità fisica dell'allievo, con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale da autolesione (sentenze citate).

4.5. L'esigenza di accertare se, in concreto, il contratto tenda alla realizzazione anche di interessi non patrimoniali, eventualmente presidiati da diritti inviolabili della persona, viene meno nel caso in cui l'inserimento di interessi siffatti nel rapporto sia opera della legge.

È questo il caso del contratto di lavoro. L'art. 2087 cod. civ. («L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro»), inserendo nell'area del rapporto di lavoro interessi non suscettivi di valutazione economica (l'integrità fisica e la personalità morale), già implicava che, nel caso in cui l'inadempimento avesse provocato la loro lesione, era dovuto il risarcimento del danno non patrimoniale.

Il presidio dei detti interessi della persona a opera della Costituzione, che li ha elevati a diritti inviolabili, ha poi rinforzato la tutela. Con la conseguenza che la loro lesione è suscettiva di dare luogo al risarcimento dei danni-conseguenza, sotto il profilo della lesione dell'integrità psico-fisica (art. 32 Cost.) secondo le modalità del danno biologico, o della lesione della dignità personale del lavoratore (artt. 2, 4, 32 Cost.), come avviene nel caso dei pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvano nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa.

Nell'ipotesi da ultimo considerata si parla, nella giurisprudenza di questa Corte (sentenza n. 6572/2006), di danno esistenziale. Definizione che ha valenza prevalentemente nominalistica, poiché i danni-conseguenza non patrimoniali che vengono in considerazione altro non sono che pregiudizi attinenti allo svolgimento della vita professionale del lavoratore, e quindi danni di tipo esistenziale, ammessi a risarcimento in virtù della lesione, in ambito di responsabilità contrattuale, di diritti inviolabili e quindi di ingiustizia costituzionalmente qualificata.

4.6. Quanto al contratto di trasporto, la tutela dell'integrità fisica del trasportato è compresa tra le obbligazioni del vettore, che risponde dei si-

nistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio (art. 1681 cod. civ.).

Il vettore è quindi obbligato a risarcire a titolo di responsabilità contrattuale il danno biologico riportato nel sinistro dal viaggiatore. Ove ricorra ipotesi di inadempimento-reato (lesioni colpose), varranno i princìpi enunciati con riferimento all'ipotesi del danno non patrimoniale da reato, anche in relazione all'ipotesi dell'illecito plurioffensivo, e sarà dato il risarcimento del danno non patrimoniale nella sua ampia accezione.

4.7. Nell'ambito della responsabilità contrattuale il risarcimento sarà regolato dalle norme dettate in materia, da leggere in senso costituzionalmente orientato.

L'art. 1218 cod. civ., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona. Ed eguale più ampio contenuto va individuato nell'art. 1223 cod. civ., secondo cui il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta, riconducendo tra le perdite e le mancate utilità anche i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione dei menzionati diritti.

D'altra parte, la tutela risarcitoria dei diritti inviolabili, lesi dall'inadempimento di obbligazioni, sarà soggetta al limite di cui all'art. 1225 cod. civ. (non operante in materia di responsabilità da fatto illecito, in difetto di richiamo nell'art. 2056 cod. civ.), restando, al di fuori dei casi di dolo, limitato il risarcimento al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui l'obbligazione è sorta.

Il rango costituzionale dei diritti suscettivi di lesione rende nulli i patti di esonero o limitazione della responsabilità, ai sensi dell'art. 1229, comma 2, cod. civ. (È nullo qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione della responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico).

Varranno le specifiche regole del settore circa l'onere della prova (come precisati da Ss.Uu, n. 13533/2001), e la prescrizione.

4.8. Il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare interamente il pregiudizio, ma non oltre.

Si è già precisato che il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 cod. civ., identificandosi con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica, costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategorie.

Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde a esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno.

È compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione.

4.9. Viene in primo luogo in considerazione, nell'ipotesi in cui l'illecito configuri reato, la sofferenza morale. Definitivamente accantonata la figura del cd. danno morale soggettivo, la sofferenza morale, senza ulteriori connotazioni in termini di durata, integra pregiudizio non patrimoniale.

Deve tuttavia trattarsi di sofferenza soggettiva in sé considerata, non come componente di più complesso pregiudizio non patrimoniale. Ricorre il primo caso ove sia allegato il turbamento dell'animo, il dolore intimo sofferti, ad esempio, dalla persona diffamata o lesa nella identità personale, senza lamentare degenerazioni patologiche della sofferenza. Ove siano dedotte siffatte conseguenze, si rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente.

Determina quindi duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale nei su indicati termini inteso, sovente liquidato in percentuale (da un terzo alla metà) del primo. Esclusa la praticabilità di tale operazione, dovrà il giudice, qualora si avvalga delle note tabelle, procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza.

Egualmente determina duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno morale, nella sua rinnovata configurazione, e del danno da perdita del rapporto parentale, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita altro non sono che componenti del complesso pregiudizio, che va integralmente e unitariamente ristorato.

Possono costituire solo «voci» del danno biologico nel suo aspetto dinamico, nel quale, per consolidata opinione, è ormai assorbito il cd. danno alla vita di relazione, i pregiudizi di tipo esistenziale concernenti aspetti relazionali della vita, conseguenti a lesioni dell'integrità psico-fisica, sicché darebbe luogo a duplicazione la loro distinta riparazione.

Certamente incluso nel danno biologico, se derivante da lesione dell'integrità psico-fisica, è il pregiudizio da perdita o compromissione della sessualità, del quale non può, a pena di incorrere in duplicazione risarcitoria,

darsi separato indennizzo (diversamente da quanto affermato dalla sentenza n. 2311/2007, che lo eleva a danno esistenziale autonomo).

Ed egualmente si avrebbe duplicazione nel caso in cui il pregiudizio consistente nella alterazione fisica di tipo estetico fosse liquidato separatamente e non come «voce» del danno biologico, che il cd. danno estetico pacificamente incorpora.

Il giudice potrà invece correttamente riconoscere e liquidare il solo danno morale, a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte, che sia rimasta lucida durante l'agonia in consapevole attesa della fine. Viene così evitato il vuoto di tutela determinato dalla giurisprudenza di legittimità che nega, nel caso di morte immediata o intervenuta a breve distanza dall'evento lesivo, il risarcimento del danno biologico per la perdita della vita (sentenza n. 1704/1997 e successive conformi), e lo ammette per la perdita della salute solo se il soggetto sia rimasto in vita per un tempo apprezzabile, al quale lo commisura (sentenza n. 6404/1998 e successive conformi). Una sofferenza psichica siffatta, di massima intensità anche se di durata contenuta, non essendo suscettibile, in ragione del limitato intervallo di tempo tra lesioni e morte, di degenerare in patologia e dare luogo a danno biologico, va risarcita come danno morale, nella sua nuova più ampia accezione.

4.10. Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno-conseguenza (Cass. n. 8827 e n. 8828/2003; n. 16004/2003), che deve essere allegato e provato.

Va disattesa, infatti, la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso, parlando di «danno-evento». La tesi, enunciata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 184/1986, è stata, infatti, superata dalla successiva sentenza n. 372/1994, seguita da questa Corte con le sentenze gemelle del 2003.

E del pari da respingere è la variante costituita dall'affermazione che nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe *in re ipsa*, perché la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo.

Per quanto concerne i mezzi di prova, per il danno biologico la vigente normativa (artt. 138 e 139, d.lgs. n. 209/2005) richiede l'accertamento medico-legale. Si tratta del mezzo di indagine al quale correntemente si ricorre, ma la norma non lo eleva a strumento esclusivo e necessario. Così come è nei poteri del giudice disattendere, motivatamente, le opinioni del consulente tecnico, del pari il giudice potrà non disporre l'accertamento medico-legale, non solo nel caso in cui l'indagine diretta sulla persona non sia possibile (perché deceduta o per altre cause), ma anche

quando lo ritenga, motivatamente, superfluo, e porre a fondamento della sua decisione tutti gli altri elementi utili acquisiti al processo (documenti, testimonianze), avvalersi delle nozioni di comune esperienza e delle presunzioni.

Per gli altri pregiudizi non patrimoniali potrà farsi ricorso alla prova testimoniale, documentale e presuntiva.

Attenendo il pregiudizio (non biologico) a un bene immateriale, il ricorso alla prova presuntiva è destinato ad assumere particolare rilievo, e potrà costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice, non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore agli altri (v., tra le tante, sentenza n. 9834/2002). Il danneggiato dovrà tuttavia allegare tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, siano idonei a fornire la serie concatenata di fatti noti che consentano di risalire al fatto ignoto.

(*Omissis*)

## (1-3) BREVI OSSERVAZIONI SULLA TUTELA DEI DANNI-CONSEGUENZA NON PATRIMONIALI E DELLE GARANZIE COSTITUZIONALI IN MATERIA DI LAVORO

L'ordinanza che ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, perché «di particolare importanza», ha posto alla Corte una serie di questioni e innanzitutto ha chiesto di stabilire se sia concepibile un pregiudizio non patrimoniale diverso tanto dal danno morale quanto da quello biologico e consistente «nella lesione del fare a-reddituale della vittima e scaturente dalla lesione di valori costituzionalmente garantiti» (Vedi, sul punto, letteralmente, Cass., Ss.Uu., 24 marzo 2006, n. 6572, in q. *Riv.*, 2006, II, p. 233); nonché se sia corretto ravvisare tale pregiudizio nella sussistenza di un'offesa grave a un valore della persona e nel carattere e permanenza delle conseguenze da essa derivate; se sia corretta la teoria che, ritenendo il danno non patrimoniale tipico, nega la concepibilità del danno esistenziale; se il danno esistenziale sarebbe risarcibile solo in ambito contrattuale e segnatamente nell'ambito del rapporto di lavoro; se sia risarcibile un danno non patrimoniale che incida sulla salute intesa come sensazione di benessere; quali debbano essere i criteri di liquidazione del danno esistenziale e quali gli oneri di allegazioni e di prova gravanti su chi ne domanda il ristoro.

Attraverso un'articolata e assai esauriente disamina (per questa ragione riteniamo utile pubblicare quasi integralmente la sentenza nonostante le sue dimensioni) le Ss.Uu. affermano innanzitutto che non è ammissibile una lettura restrittiva del danno non patrimoniale – in precedenza limitata alla commissione di un reato con riferimento al cosiddetto «danno morale soggettivo» (sofferenza contingente o turbamento dell'animo transeunte) –, ma che piuttosto esso deve essere inteso «nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati di rilevanza economica»; ciò è comprovato soprattutto dalla peculiare figura del danno biologico con la quale si designa la lesione dell'integrità psico-

fisica della persona, nonché dall'estensione giurisprudenziale di tale forma di risarcimento anche in favore delle persone giuridiche.

Ma la prima importante statuizione – punto di partenza e di arrivo insieme della giurisprudenza di legittimità in argomento – è a nostro avviso quella che sottolinea la ricezione da parte della S.C. dell'esigenza di assicurare il risarcimento del danno non patrimoniale, anche in assenza di reato, nel caso di lesione di interessi di rango costituzionale, sia perché il risarcimento costituisce in tal caso la forma minima di tutela, sia perché il rinvio ai casi in cui la legge consente il risarcimento *ex* art. 2059 cod. civ. ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, in virtù del riconoscimento dei diritti inviolabili inerenti la persona e non aventi natura economica.

La sentenza risolve anche il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale in assenza di vicende negoziali e/o contrattuali, estendendo le garanzie anche a fattispecie estranee ai meccanismi di tipo sinallagmatico o comunque fondate su obbligazioni derivanti da contratto.

Per quanto concerne il rapporto di lavoro e quello subordinato in particolare il problema della apertura all'area non contrattuale risulta ovviamente ininfluente, ma nonostante ciò questo aspetto non secondario della sentenza ci appare idoneo a comprovare il grande respiro teorico della decisione in commento, posto che si tende rettamente a collocare la tutela in materia di danni in connessione con tutte le vicende giuridicamente rilevanti nell'ambito del nostro ordinamento qualunque ne sia la natura o i meccanismi regolatori (spunti sempre attuali possono trovarsi nel notissimo scritto di S. Pugliatti, *Alterum non laedere*, in *Enc dir.*, vol. II, 1958, pp. 98 ss., il quale sottolinea l'esistenza di un «dovere generale di non ledere», *ivi* p. 104).

Francesco Fabbri
*Avvocato in Roma*

CASSAZIONE, 13 agosto 2008, n. 21579, Sez. lav. – Pres. Senese, Est. Bandini, P.M. Salvi – D. V. (avv.ti Abati, Sotgiu) c. La Rosa Dei Venti Srl (avv.ti Longheu, Tirelli).
Diff. Corte d'Appello Cagliari 27 giugno 2005.

**Licenziamento individuale – Giustificato motivo oggettivo – Illegittimità – Adibizione del lavoratore a mansioni inferiori rispetto a quelle di assunzione – Consenso del lavoratore – Legittimità – Conservazione del posto di lavoro – Onere della prova a carico del datore di lavoro.**

*In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro che adduca a fondamento del licenziamento la soppressione del posto di lavoro cui era addetto il lavoratore licenziato ha l'onere di provare non solo che al momento del licenziamento non sussisteva alcuna posizione analoga a quella soppressa alla quale avrebbe potuto essere assegnato il lavoratore licenziato per l'espletamento di mansioni equivalenti a quelle svolte, ma anche di avere prospettato al lavoratore licenziato, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un suo impiego in mansioni inferiori rientranti nel suo bagaglio professionale, purché tali mansioni inferiori siano compatibili con l'assetto organizzativo aziendale insindacabilmente stabilito dall'imprenditore. La modifica* in peius *delle mansioni del lavoratore è, pertanto, legittima, se sia disposta con il consenso del dipendente e per evitare il licenziamento o la messa in cassa integrazione del lavoratore stesso, la cui diversa utilizzazione non contrasta con l'esigenza di dignità e libertà della persona, configurando una soluzione più favorevole di quella ispirata al mero rispetto formale della norma. (1)*

(*Omissis*)
*Motivi della decisione*
(*Omissis*)

Con il primo motivo il ricorrente principale denuncia violazione e falsa applicazione della legge n. 604 del 1966, art. 3, nonché omessa o comunque insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., comma 1, nn. 3 e 5, dolendosi che la Corte territoriale abbia ritenuto la legittimità del licenziamento, nonostante l'avvenuta successiva assunzione di altro dipendente adibito allo svolgimento delle stesse o di analoghe mansioni, siccome inquadrato a un livello inferiore; doveva inoltre ritenersi apodittica la considerazione secondo cui, stante il diverso inquadramento, anche le mansioni sarebbero state «verosimilmente» diverse.

Con il secondo motivo il ricorrente principale denuncia, sotto diverso profilo, violazione e falsa applicazione della legge n. 604 del 1966, art. 3, nonché omessa o comunque insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia, dolendosi che la Corte territoriale abbia omesso di considerare che la parte datoriale nulla aveva allegato e nulla si era offerta di provare in ordine alle ragioni di carattere organizzativo e produttivo a cui sarebbe stato collegato il licenziamento (se non l'asserito risparmio conseguente, appunto, al licenziamento), né in ordine all'asserita ristrutturazione aziendale e alla sua incidenza sulla specifica posizione di lavoro occupata dal lavoratore licenziato, né sull'impossibilità di impiegarlo nello stesso o in altri settori dell'attività produttiva, né, infine, circa (l'eventuale) incompatibilità della sua professionalità con lo svolgimento dell'attività per la quale era stata assunta successivamente altra dipendente.

Con il terzo motivo il ricorrente principale denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ., e dell'art. 115 cod. proc. civ., nonché omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 cod. proc. civ., comma 1, nn. 3 e 5, deducendo l'avvenuta violazione di tali norme per avere la Corte territoriale ritenuto la legittimità del licenziamento senza che il datore di lavoro avesse fornito la prova della sussistenza dei fatti costitutivi del provvedimento espulsivo.

I motivi, siccome tra loro strettamente connessi, possono essere esaminati congiuntamente.

5. In ordine alla necessaria riferibilità del licenziamento a iniziative del datore di lavoro collegate a effettive ragioni di carattere produttivo-organizzativo, la Corte territoriale, dopo avere premesso, nella parte espositiva della sentenza impugnata, che la parte datoriale aveva motivato il disposto licenziamento con la necessità della riduzione dei costi «mediante la riorganizzazione della struttura burocratica della società con la soppressione del posto di impiegato amministrativo di 3° livello apparendo sufficienti le prestazioni fornite da quello di 5° livello» e che tale necessità era discesa dalla notevole contrazione del volume delle vendite, dovute in parte alla chiusura di uno dei supermercati gestiti e, in parte, alla sfavorevole congiuntura economica, ha ritenuto, in punto di fatto, la fondatezza della dedotta contrazione degli utili, l'incontroversa chiusura del supermercato (*Omissis*) e, conseguentemente, la dipendenza della soppressione del posto di lavoro del D. dalla situazione economica non favorevole attraversata nei primi anni 2000 dalla Società.

Trattandosi di motivazione coerente con i dati fattuali rilevati e priva di vizi logici, le argomentazioni della Corte territoriale sfuggono alle censure svolte al riguardo dal ricorrente principale, dovendosi tener conto che, sempre secondo l'orientamento interpretativo della giurisprudenza di legittimità, il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività

produttiva (legge n. 604 del 1966, art. 3) deve essere valutato dal datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, poiché tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., mentre al giudice spetta il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore, attraverso un apprezzamento delle prove che è incensurabile in sede di legittimità, se adeguatamente motivato (cfr., *ex plurimis*, Cass. nn. 12554/1998; 7376/2001; 16163/2004).

6. Secondo quanto questa Corte ha avuto modo più volte di affermare, il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, legge n. 604 del 1966, *ex* art. 3, è determinato dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore, cosicché, ai fini della legittimità dello stesso, sul datore di lavoro incombe la prova sia della concreta riferibilità del licenziamento a iniziative collegate a effettive ragioni di carattere produttivo-organizzativo, sia della impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, in relazione al concreto contenuto professionale dell'attività cui il lavoratore stesso era precedentemente adibito (cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 10554/2003); conseguentemente, ove nel breve periodo successivo si addivenga a nuove assunzioni, per ritenere raggiunta la prova della inutilizzabilità *aliunde* del lavoratore licenziato, il cui onere grava sul datore di lavoro, è necessario che questi indichi le mansioni affidate ai nuovi assunti, specificando le ragioni per cui esse non siano da ritenersi equivalenti a quelle svolte dal lavoratore licenziato (cfr., *ex plurimis*, Cass. nn. 12548/1997; 12367/2003).

Al contempo, con specifico riferimento alla necessaria impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, in relazione al concreto contenuto professionale dell'attività cui il lavoratore stesso era precedentemente adibito, la giurisprudenza di questa Corte ha precisato che il datore di lavoro ha l'onere di provare, con riferimento alla organizzazione aziendale esistente all'epoca del licenziamento e anche attraverso fatti positivi, tali da determinare presunzioni semplici (come il fatto che i residui posti di lavoro riguardanti mansioni equivalenti fossero stabilmente occupati da altri lavoratori o il fatto che dopo il licenziamento e per un congruo periodo non vi siano state nuove assunzioni nella stessa qualifica del lavoratore licenziato), la impossibilità di adibire utilmente il lavoratore in mansioni diverse da quelle che prima svolgeva (cfr., *ex plurimis*, Cass. nn. 5893/1999; 12367/2003).

Deve poi rilevarsi che possono considerarsi equivalenti a quelle espletate le mansioni oggettivamente comprese nella stessa area professionale e salariale e che, soggettivamente, si armonizzano con la professionalità già acquisita dal lavoratore nel corso del rapporto, sì da impedirne la dequalificazione (cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 7370/1990).

7. La Corte territoriale, svolgendo una valutazione delle emergenze probatorie coerente e priva di vizi logici (e che pertanto, come tale, non è censurabile in questa sede di legittimità), ha ritenuto che fosse stata fornita la prova dell'avvenuta definitiva soppressione del posto di lavoro del D. sulla base delle seguenti ragioni:

– il D. era inquadrato come impiegato amministrativo di 3° livello, mentre la dipendente F. M. G., assunta dopo il licenziamento del D., era inquadrata nel 4° livello;

– inoltre, giusta quanto dichiarato da un teste, mentre la F. «si occupa solo di contabilità», il D. «affiancava l'amministratore»;

– a diverso inquadramento non poteva che corrispondere un diverso livello di capacità, di autonomia e di responsabilità operativa dei dipendenti, che, pur essendo entrambi impiegati amministrativi, svolgevano «mansioni analoghe ma con un diverso grado di collaborazione con l'imprenditore»;

– in ordine alle dichiarazioni rese da altro teste, secondo cui la F. è stata adibita alle stesse mansioni in precedenza svolte dal D., doveva rilevarsi, da un lato, la scarsa attendibilità di tale testimone, che, *ex* dipendente de La Rosa dei Venti, aveva promosso una causa di lavoro contro la *ex* datrice di lavoro per *mobbing*; dall'altro, che la circostanza che sia il D. che la F. svolgessero attività amministrativo-contabile, essendo entrambi due impiegati amministrativi, era circostanza certamente corrispondente a verità, ma che non diceva «niente circa il livello di autonomia, discrezionalità e responsabilità con la quale tale attività veniva svolta, che, verosimilmente, corrispondeva al diverso inquadramento dei due dipendenti: il primo non a caso impiegato di concetto, mentre la seconda all'impiegata d'ordine».

In sostanza, sulla base degli accertamenti fattuali esplicitati nella sentenza impugnata, il D. svolgeva mansioni più ampie di quelle poi assegnate alla dipendente F., tanto che quest'ultima era stata inquadrata a un livello inferiore.

Per conseguenza risulta fattualmente accertato che:

– le mansioni attribuite, dopo il licenziamento del D., alla dipendente F. erano compatibili con l'assetto aziendale nonostante l'intervenuta riorganizzazione dello stesso;

– tali mansioni rientravano anche nel bagaglio professionale del D.;

– l'adibizione del D. a tali mansioni avrebbe comportato un suo demansionamento.

8. Questa Corte, già con risalente giurisprudenza, ha ritenuto che, ai sensi dell'art. 2103 cod. civ., la modifica *in peius* delle mansioni del lavoratore è illegittima, salvo che sia stata disposta con il consenso del dipendente e per evitare il licenziamento o la messa in cassa integrazione del lavoratore stesso, la cui diversa utilizzazione non contrasta, in tal caso, con l'esigenza di dignità

e libertà della persona, configurando una soluzione più favorevole di quella ispirata al mero rispetto formale della norma (cfr. Cass. n. 6441/1988).

Del pari è stato ritenuto che non costituisce violazione dell'art. 2103 cod. civ. un accordo sindacale che, in alternativa al licenziamento per ristrutturazione aziendale, preveda l'attribuzione di mansioni diverse e di una diversa categoria con conseguente orario di lavoro più lungo (cfr. Cass. n. 9386/1993).

Le Sezioni Unite di questa Corte (cfr. Cass., Ss.Uu., n. 7755/1998), in ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo rappresentato dalla sopravvenuta infermità permanente del lavoratore e dalla conseguente impossibilità della prestazione lavorativa, hanno affermato, in sede di composizione di conflitto, che il recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro subordinato deve ritenersi legittimo non solo se risulta ineseguibile l'attività svolta in concreto dal prestatore, ma anche se, alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede, è esclusa la possibilità dello svolgimento di altra attività riconducibile alle mansioni assegnate o ad altre equivalenti ai sensi dell'art. 2103 cod. civ., e altresì, in difetto di altre soluzioni, a mansioni inferiori, purché l'attività sia compatibile con l'idoneità del lavoratore e sia utilizzabile nell'impresa senza mutamenti dell'assetto organizzativo insindacabilmente scelto dall'imprenditore.

A quest'ultimo riguardo le Sezioni Unite hanno osservato che l'adibizione del lavoratore, con il suo necessario consenso, a mansioni inferiori, neppure configurerebbe una vera dequalificazione, ma solo un adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto, dovendo ritenersi le esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro (artt. 4 e 36 Cost.) prevalenti su quelle di salvaguardia della professionalità del lavoratore (art. 2103 cod. civ., e anche art. 35 Cost., comma 2).

Il testè ricordato orientamento interpretativo delle Sezioni Unite è stato poi seguìto da altre pronunce di questa Corte rese in tema di licenziamento disposto per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore (cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 10339/2000, ove pure viene rilevata la necessità che il lavoratore, sia pure senza forme rituali, abbia manifestato la sua disponibilità ad accettare rassegnazione a mansioni non equivalenti), mentre, in tema di recesso determinato da ragioni organizzative aziendali, altre pronunce hanno ritenuto che l'onere probatorio, a carico del datore di lavoro, della inutilizzabilità del lavoratore licenziato riguarda soltanto la cosiddetta mobilità orizzontale, ovvero la possibilità di questi di svolgere mansioni equivalenti, tenuto conto della sua specifica professionalità (cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 12362/2003); secondo un orientamento parzialmente diverso è stata inoltre ritenuta la legittimità del licenziamento, nonostante che nella ricerca di possibili nuovi impieghi non fosse stata presa in considerazione la possibilità di ricorrere a una

dequalificazione concordata, sempreché il lavoratore non dimostri che tale soluzione sia dipesa da ostacoli alla conclusione di un patto di demansionamento frapposti dal datore di lavoro con un comportamento non improntato a buona fede (cfr. Cass. n. 16106/2001).

9. Osserva il Collegio che le ragioni poste a fondamento della ricordata pronuncia delle Sezioni Unite n. 7755/1998 conservano piena validità anche nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo conseguente a soppressione del posto di lavoro in conseguenza di riorganizzazione aziendale; anche in questa ultima ipotesi è infatti ravvisabile una nuova situazione di fatto (inerente al nuovo assetto dell'impresa anziché alla sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore) legittimante il consequenziale adeguamento del contratto, così come identiche sono le esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro (prevalenti su quelle di salvaguardia della professionalità del lavoratore). Al contempo analoghi devono ritenersi i limiti alla rilevanza della utilizzabilità del lavoratore in mansioni inferiori, da individuarsi nel rispetto dell'assetto organizzativo dell'impresa insindacabilmente stabilito dall'imprenditore e nel consenso del lavoratore all'adibizione a tali mansioni.

A quest'ultimo riguardo deve poi convenirsi che in tanto il consenso del lavoratore potrà essere espresso, in quanto il datore di lavoro, in ottemperanza al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, abbia prospettato al lavoratore, ove compatibile con il suo bagaglio professionale specifico e con il nuovo assetto aziendale, la possibilità di un'utilizzazione in mansioni inferiori. Pertanto, ove risulti, come nel caso all'esame, che un'utilizzazione del lavoratore licenziato in mansioni inferiori (nello specifico quelle a cui è stata adibita l'impiegata assunta dopo il licenziamento del D.), ma ricomprese nelle sue capacità professionali, sia compatibile con il nuovo assetto aziendale, il recesso del datore di lavoro per soppressione del posto di lavoro potrà ritenersi legittimo soltanto qualora la parte datoriale abbia ritualmente allegato e provato di avere prospettato al lavoratore la possibilità del suo impiego in tali mansioni e che quest'ultimo non aveva espresso il proprio consenso al riguardo.

10. Poiché nessun accertamento è stato svolto sul punto dalla Corte territoriale, il ricorso principale deve essere accolto e la sentenza impugnata deve essere cassata, con rinvio al giudice indicato in dispositivo che deciderà adeguandosi al seguente principio di diritto: «In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro, che adduca a fondamento del licenziamento la soppressione del posto di lavoro cui era addetto il lavoratore licenziato, ha l'onere di provare non solo che al momento del licenziamento non sussisteva alcuna posizione di lavoro analoga a quella soppressa alla quale avrebbe potuto essere assegnato il lavoratore licenziato per l'e-

spletamento di mansioni equivalenti a quelle svolte, ma anche di avere prospettato al lavoratore licenziato, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un suo impiego in mansioni inferiori rientranti nel suo bagaglio professionale, purché tali mansioni inferiori siano compatibili con l'assetto organizzativo aziendale insindacabilmente stabilito dall'imprenditore». (*Omissis*)

(1) PER EVITARE IL LICENZIAMENTO SI PUÒ DEQUALIFICARE?

1. — La sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione nel caso di specie si segnala per essersi discostata in maniera singolare dal prevalente giurisprudenziale in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di *repéchage*; orientamento, questo, secondo il quale il datore di lavoro ha l'onere di provare «l'impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di altre mansioni analoghe a quelle svolte in precedenza e tale dimostrazione deve essere contenuta nell'ambito delle circostanze di fatto e di luogo reali, verificando sul piano concreto l'incompatibilità della professionalità del lavoratore licenziato con il nuovo assetto organizzativo dell'azienda e tenendo conto di dati oggettivamente rilevabili che possono essere sintomatici di tale incompatibilità, quali la mancata indicazione di alternative occupazionali da parte del dipendente licenziato» (Cfr., da ultimo, Cass. 13 ottobre 2008, n. 25044, in *De Jure*).

In altri termini, secondo quanto sostenuto da giurisprudenza e dottrina maggioritarie, il datore di lavoro – che intenda recedere legittimamente dal rapporto di lavoro per giustificato motivo oggettivo – deve fornire la prova liberatoria dell'impossibilità di un'utile (e perciò senza sacrificio apprezzabile) reimpiegabilità del lavoratore nel comparto aziendale in mansioni diverse, da quelle precedentemente rivestite, ma equivalenti, in tal modo conferendo all'atto espulsivo la natura di *extrema ratio* (Cfr., *ex plurimis*, Cass. 20 agosto 2003, n. 12270, in *Mass. Giust. civ.*, 2003; Cass. 27 agosto 2003, n. 12571, in *Mass. Giust. civ.*, 2003; Cass. 3 luglio 2003, n. 10554, in *www.fmb.unimore.it*; Cass. 17 febbraio 2003, n. 2353, in *www.unicz.it*; Cass. 20 novembre 2001, n. 14592, in *Mass. Giust. civ.*, 2001; Cass., Sez. lav., 11 agosto 1998, n. 7904, in *Impresa*, 1998, p. 2111; Cass. 4 settembre 1997, n. 8505, in *Dir. lav.*, 1998, II, p. 178; Cass. 17 aprile 1996, n. 3640, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, p. 550, con nota di S. Masini; Cass. 13 agosto 1991, n. 8835, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, pp. 954 ss.; Cass. 17 giugno 1983, n. 4189, in *Giur. it.*, 1984, I, c. 1339; Trib. Roma, Sez. lav., 12 febbraio 2003, Idem, 19 luglio 2002, in *Nuovo dir.*, 2003, I, p. 272. In dottrina, sul punto, vedi P. Ichino, *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per motivi economici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, fasc. 4, pp. 838 ss.; Idem, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, pp. 471 ss.; L. Calcaterra, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 3, p. 621; S. Bartolotta, *Sulla legittimità del cd. patto di declassamento come alternativa al licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, pp. 843 ss.). Il controllo giudiziale sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che non può estendersi all'opportunità e congruità delle scelte in materia di assetti produttivi e organizzativi, ha il fine di accertare che il datore abbia fornito la prova che, nel-

l'ambito dell'organizzazione aziendale, non vi erano, all'epoca del licenziamento, altre possibilità di evitare la risoluzione del rapporto se non quella, vietata dall'art. 2103 cod. civ., di adibire il lavoratore a una mansione dequalificante rispetto a quella esercitata (In tal senso Cass. 17 febbraio 2003, n. 2353, cit.). Pertanto, se, da una parte, le scelte organizzative e di gestione dell'impresa sono insindacabili alla luce dell'art. 41 Cost. (Cfr. G. Pera, in *Licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Atti del Convegno Aidlass svoltosi a Firenze in data 27-28 aprile 1968, Milano, Giuffré, 1969, pp. 16 ss., secondo cui «al giudice è dato indagare solo l'esistenza di un nesso di causalità tra le scelte di gestione che importano il licenziamento e il licenziamento stesso»), d'altra parte, risulta censurabile il licenziamento difforme dai canoni di buona organizzazione aziendale e razionalità tecnica (Cfr. G. Giugni, in *Licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Atti del Convegno Aidlass svoltosi a Firenze in data 27-28 aprile 1968, Milano, Giuffré, 1969, pp. 100 ss.), con il risultato che, nel quadro di una gestione ottimale dell'impresa, l'atto espulsivo assume sempre il carattere di *extrema ratio*. Viceversa, è ritenuto pacificamente illegittimo il licenziamento fondato su esigenze contingenti, pretestuose od occasionali, con la conseguenza che «deve escludersi con sicurezza che il giustificato motivo oggettivo possa essere costituito da una perdita attesa di entità qualsiasi: se, infatti, per giustificare il licenziamento fosse sufficiente anche una perdita attesa minima, la norma ne risulterebbe svuotata di ogni effetto limitativo della facoltà di recesso del datore» (P. Ichino, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 474).

2. — Il caso in esame ha per oggetto la vicenda di un dipendente, inquadrato con la qualifica di impiegato di IV livello e con le mansioni di addetto alla contabilità e amministrazione, che è stato licenziato dalla società datrice di lavoro con la motivazione che «l'azienda non poteva più avvalersi della sua collaborazione».

A seguito della specifica richiesta da parte del dipendente della motivazione fondante il licenziamento, la Società aveva precisato meglio, identificando le ragioni del recesso nella soppressione del posto di lavoro. Circostanza, questa, assolutamente non vera, comprovante il carattere pretestuoso del licenziamento stesso, dal momento che il posto di lavoro temporaneamente e strumentalmente soppresso era stato poi ricoperto da altro dipendente.

Di conseguenza – preso atto che il recesso era stato determinato da ragioni personali ed estranee al rapporto di lavoro e alla asserita riorganizzazione aziendale –, il dipendente licenziato convenne davanti al Tribunale di Oristano, in funzione di giudice del lavoro, la società datrice di lavoro «La Rosa dei Venti Srl», per ottenere la dichiarazione di illegittimità del licenziamento e la condanna della società convenuta alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento danni.

Il giudice adìto accolse la domanda, ritenendo illegittimo il comportamento datoriale. La decisione fu capovolta dalla Corte d'Appello di Cagliari che, con sentenza del 27 giugno 2005, accolse il gravame proposto dalla parte datoriale, ritenendo che il posto di lavoro occupato dal dipendente licenziato era stato definitivamente soppresso in dipendenza di una situazione economica non favorevole attraversata dalla società nei primi anni 2000. La sentenza d'Appello è stata impugnata dal dipendente dinanzi alla Corte di Cassazione, che ha accolto il ricorso principale, cassando la

sentenza impugnata. E ciò, in considerazione del fatto che, nel caso di specie, non era stato accertato se il datore di lavoro, in ottemperanza al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, avesse prospettato al lavoratore, ove compatibile con il suo bagaglio professionale specifico e con il suo nuovo assetto aziendale, la possibilità di un'utilizzazione in mansioni inferiori. Mentre in situazioni analoghe al caso in esame il recesso del datore di lavoro per soppressione del posto di lavoro può ritenersi legittimo soltanto se ricorrono due condizioni. La prima rappresentata dal fatto che la parte datoriale avesse ritualmente allegato e provato di avere prospettato al lavoratore la possibilità del suo impiego in tali mansioni; la seconda, consistente nel fatto che quest'ultimo non avesse espresso il proprio consenso al riguardo. E ciò, specie se si proceda all'adibizione a quelle stesse mansioni inferiori di una dipendente assunta dopo il licenziamento controverso.

In definitiva, la Corte apre la strada alla possibilità di «dequalificare» – sia pure con il consenso del lavoratore interessato – ove sia in gioco la conservazione del posto di lavoro. In tal caso, la tutela della professionalità sembra soccombere di fronte alla tutela del posto di lavoro a qualsiasi condizione, che si possa perfino concretare in un *vulnus* alla professionalità stessa.

3. — Emerge, con tutta evidenza, dalla sentenza esaminata la presa di distanza della Suprema Corte dalla posizione giurisprudenziale decisamente prevalente e costante che reputa illegittima qualsiasi condotta datoriale che, pur in ragione di mutamenti dell'organizzazione del lavoro, comporti una lesione della professionalità del prestatore di lavoro, in violazione dell'art. 2103 cod. civ. (Vedasi, per tutte, Cass. 13 agosto 1991, n. 8835, cit.).

Le origini di questo predominante filone giurisprudenziale sono risalenti nel tempo e trovano le loro radici nella posizione dottrinale secondo la quale «è legittimo (valido) il solo licenziamento non socialmente inopportuno, il licenziamento che residua alle misure – *repéchage*, corsi di addestramento, tecniche di ristrutturazione del lavoro – in cui si concreta la socialità della politica imprenditoriale: in una parola, il licenziamento *extrema ratio*» (Cfr. G. F. Mancini, *Statuto dei diritti dei lavoratori, sub. art. 18*, a cura di G. Ghezzi, G. F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli, *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Zanichelli, Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1972, pp. 243 ss., in particolare p. 259). Di conseguenza, «non è lecito all'imprenditore organizzare il lavoro in modo tale da provocare una dequalificazione dei suoi dipendenti e non potrà considerarsi valido il licenziamento motivato *sic et simpliciter* da operazioni destinate per loro natura a rendere inutilizzabili il patrimonio professionale e le attitudini del lavoratore […] Non basterà neppure che l'imprenditore provi la razionalità in senso produttivistico di queste scelte e della scelta del mercato che le sottende. Occorre, invece, che egli dia a vedere di aver accompagnato dette decisioni da una politica di lungo respiro tale da evitare che, quando l'innovazione è effettuata, i suoi dipendenti si trovino disarmati, messi fuori causa, impreparati a ricoprire altre mansioni o le nuove mansioni che l'innovazione crea» (Cfr. Mancini, *op. ult. cit.*, p. 259).

A ben vedere, secondo questa autorevole dottrina, non solo l'imprenditore deve ricercare un'altra possibile occupazione in mansioni equivalenti del lavoratore a rischio di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ma avrebbe altresì l'obbligo di ri-

qualificare professionalmente il dipendente stesso per evitarne l'espulsione dall'azienda; e ciò, in virtù dell'art. 2103 cod. civ.

In ogni caso, se anche non ci si vuole spingere fino all'adesione della teoria dell'obbligo di riqualificazione professionale, resta ferma e indiscussa la natura inderogabile dell'art. 2103 cod. civ., secondo cui «ogni patto contrario è nullo». Ed è proprio il carattere imperativo della norma appena richiamata che vieta (e nega, al tempo stesso, rilievo giudico a) qualsiasi operazione posta in essere in deroga alla norma stessa, sia pure in funzione di salvaguardia di altri interessi o convenienze del prestatore di lavoro (Cfr. R. de Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, p. 231).

D'altra parte, il legislatore, quando ha voluto derogare al meccanismo sanzionatorio invalidante determinato dalla violazione di norme inderogabili, ha espressamente introdotte disposizioni legali operanti in tale direzione; e ciò conferma sul piano sistematico l'insuperabilità del divieto di dequalificazione, se non per deroga legale espressa (In tal senso C. Filadoro, *Lo Statuto dei lavoratori*, in *Il Sole 24 Ore*, Milano, 1998, p. 64).

Con riguardo al caso in esame, il legislatore ha disciplinato la possibilità di derogare all'art. 2103 cod. civ. mediante l'introduzione dell'art. 4, comma 11, della legge n. 223/1991. Tale norma, infatti, prescrive che gli accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di mobilità, che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, possono stabilire, anche in deroga al comma 2 dell'articolo 2103 del codice civile, la loro assegnazione a mansioni diverse da quelle svolte. Pertanto, è prevista dalla legge in maniera esplicita e inequivocabile la possibilità di evitare il licenziamento dei lavoratori in esubero mediante accordi sindacali aziendali (*ex* comma 11 dell'art. 4) in deroga all'art. 2103 cod. civ. [Cfr. M. T. Salimbeni, *La procedura e i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in R. De Luca Tamajo, F. Bianchi-D'Urso (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3 ss., in particolare p. 45].

Del resto, la disciplina dei licenziamenti per riduzione di personale rappresenta una materia autonoma rispetto alla disciplina limitrofa del licenziamento per giustificato motivo (Cfr. D'Antona, *Licenziamenti collettivi, cassa integrazione e mercato del lavoro*, in *Opere di M. D'Antona. Scritti sul diritto del lavoro*, vol. III, Giuffrè, Milano, pp. 883 ss.), considerata la diversità dei presupposti sostanziali dei due tipi di licenziamenti [Vedasi M. Miscione, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 223/91 e 108/90*, Jovene, Napoli, 1991, pp. 299 ss.]. La fattispecie del licenziamento per riduzione del personale regolata dalla legge n. 223 del 1991 non presuppone necessariamente una crisi aziendale, e neppure un ridimensionamento strutturale dell'attività produttiva, potendo il requisito della riduzione o trasformazione di attività o di lavoro ravvisarsi nella decisione di modificare l'organizzazione produttiva anche soltanto con la contrazione della forza lavoro, con incidenza effettiva e non temporanea sul solo elemento personale dell'azienda (Cfr., da ultimo, Cass. 20 gennaio 2009, n. 1406, in *De Jure*) e senza che ciò comporti l'obbligo di *repéchage*.

Nell'ipotesi, invece, di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il giudice non può sindacare sulla decisione dell'imprenditore di introdurre un'innovazione

(Vedi F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 88), ma può esercitare il proprio controllo sulla possibilità di una diversa utilizzazione del fattore lavoro; e ciò si deduce dalla circostanza in virtù della quale l'impossibilità di un *repéchage* rende legittimo il licenziamento stesso.

Il problema si pone, dunque, non a fronte di un reimpiego del lavoratore in mansioni equivalenti, bensì quando l'alternativa al licenziamento sia unicamente rappresentata dall'assegnazione del lavoratore stesso a mansioni inferiori. Al riguardo, come si è già avuto occasione di osservare, l'orientamento giurisprudenziale prevalente tende a tutelare in via prioritaria il bene della professionalità mediante la nuova adibizione a mansioni diverse ma equivalenti.

Non mancano, tuttavia, decisioni, analoghe a quella in commento, che reputano ammissibile il declassamento nell'interesse del lavoratore e con il consenso del lavoratore stesso (Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727, in *Mass. Giur. lav.*, 1999, pp. 1361 ss., secondo cui, ai sensi dell'art. 2103 cod. civ., la modifica in *peius* delle mansioni del lavoratore è illegittima, salvo che sia stata disposta con il consenso del dipendente e per evitare il licenziamento o la messa in cassa integrazione del lavoratore stesso, la cui diversa utilizzazione non contrasta con l'esigenza di dignità e libertà della persona, configurando una soluzione più favorevole di quella ispirata al mero rispetto formale della norma; Trib. Roma 22 ottobre 1998, in *Lav. giur.*, 1999, p. 376; Pret. Milano 29 marzo 1997, in *Or. giur. lav.*, 1997, p. 359; Cass. 7 settembre 1993, in *Mass. Giur. lav.*, 1993, p. 639; Cass. 1° dicembre 1988, n. 6515, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 167, con nota di Papaleoni; Cass. 8 settembre 1988, n. 5092, in *Not. giur. lav.*, 1988, p. 775; Cass. 29 novembre 1988, n. 6441, in *Mass. Giur. lav.*, 1988, p. 1561; Cass. 12 gennaio 1984, n. 266, in *Mass. Giur. lav.*, 1984, p. 175).

La linea argomentativa che sta alla base di queste sentenze – che, per l'appunto, ammettono l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori per scongiurare il licenziamento o la cassa integrazione – è rinvenibile nel riconoscimento delle esigenze di conservazione del posto di lavoro (costituzionalmente tutelate ai sensi degli artt. 4 Cost. e 36 Cost.) e della loro prevalenza sulle esigenze di tutela della professionalità (peraltro anch'esse tutelate dall'art. 35 Cost.).

Si ha, dunque, l'impressione di trovarsi dinanzi a un'operazione di contemperamento fra valori costituzionalmente protetti; contemperamento il cui esito è fortemente condizionato da fattori di crisi economica e dalla situazione del mercato del lavoro.

D'altra parte, «se anche la professionalità può talora avere una rilevanza sociale pari o maggiore a quella della persistenza del rapporto, è singolare impedire al dipendente di scegliere tra due valori di simile risalto e, molto spesso, non è discussione alcuna sul prevalere dell'interesse alla prosecuzione del rapporto» [Cfr. E. Gragnoli, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, Cedam, Padova, 2006 p. 222; sul punto M. Brollo, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, in Schlesinger (a cura di), *Commentario codice civile*, Giuffrè, Milano, pp. 268 ss.]. L'applicazione rigida dell'art. 2103 cod. civ., infatti, può urtare con le regole della ragionevolezza e del buon senso, soprattutto in quelle situazioni in cui patti di tale tenore possano effettivamente rappresentare l'unico modo per il lavoratore di salvaguardare il proprio *status* di occupato (Cfr. S. Bartolotta, *Sulla legittimità del cd. patto di declassamento come alternativa al licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 843).

Nella vicenda considerata in questa sede non solo non è stata prospettata al dipendente la possibilità di assegnazione a mansioni inferiori, ma successivamente al licenziamento del dipendente stesso si è proceduto all'assunzione di un nuovo dipendente che è andato a ricoprire compiti parzialmente svolti in precedenza dal dipendente licenziato. In tal caso, può configurarsi *a posteriori* la prova dell'ineffettività del motivo addotto (E. Gragnoli, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, cit., p. 95), considerato che l'assunzione di un dipendente con caratteristiche professionali analoghe a quelle del collega allontanato è un forte indice presuntivo (Sul punto, Trib. Milano 9 febbraio 2002, in *Lav. giur.*, 2002, p. 1110).

La ragione del licenziamento, infatti, deve essere seria e non pretestuosa (Cfr. D'Antona, in q. *Riv.*, 1977, p. 922), e non sussiste se la perdita derivante dalla prosecuzione del rapporto (sopportata dal datore di lavoro) possa essere valutata di entità modesta (Cass. 11 aprile 2003, n. 5777, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 601; Cass. 13 novembre 2001, n. 14093, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 613; Cass. 29 marzo 2001, n. 4670, in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 461; Cass. 16 dicembre 2000, n. 15894, in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 340).

In linea di principio, *rebus sic stantibus*, si ritiene possibile percorrere la via del *repéchage* solo nell'ambito delle mansioni professionalmente equivalenti configurabili nell'ambito della concreta organizzazione aziendale, in relazione al contratto di lavoro originariamente stipulato fra il datore e il lavoratore passibile di essere coinvolto in un mutamento di mansioni.

Detto diversamente, il reimpiego del lavoratore non può avere luogo, se si supera il confine dell'equivalenza professionale (magari valutata anche mediante parametri obiettivi di misurazione della professionalità adottati nell'ambito di grandi gruppi aziendali), tranne che nei casi previsti dalla legge.

La recessione economica e la crisi del mercato del lavoro assurgono a causali previste dalla legge quando, nell'ambito delle procedure di mobilità, si raggiungono accordi sindacali aziendali, ai sensi del comma 11 dell'art. 4 della legge n. 223 del 1991, derogatori dell'art. 2103 cod. civ.

Ne consegue che, in sedi diverse, non si potrà giustificare qualsiasi sacrificio del bene professionalità in nome della crisi finanziaria e di mercato, con la conseguenza che il bilanciamento fra valori costituzionalmente tutelati si debba risolvere necessariamente a favore della conservazione del posto di lavoro.

Se mai, si tratta di un'eventualità – di carattere eccezionale – che il lavoratore coinvolto nella vicenda potrà esaminare e accettare in alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, considerato il «compromesso […] tra l'interesse del lavoratore al mantenimento del posto e il potere organizzativo imprenditoriale» ispiratore dell'art. 3, legge n. 604/1966 (R. Del Punta, *Disciplina del licenziamento e nuovi modelli organizzativi delle imprese*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, p. 703).

Ma l'adibizione a mansioni inferiori – solo eventuale e da contestualizzare in un terreno sociale gravemente critico di carenza occupazionale – non potrà essere disposta in via unilaterale dal datore di lavoro, in violazione palese e vietata dell'art. 2103 cod. civ., ma potrà rappresentare unicamente la tappa conclusiva di una modifica transattiva delle clausole del contratto di lavoro originario; modifica realizzata secondo le modalità e le forme previste dall'art. 2113 cod. civ. e trasfusa nei verbali di conciliazione redatti davanti alla Direzione provinciale del lavoro (Cfr. S.

Bartolotta, *Sulla legittimità del cd. patto di declassamento come alternativa al licenziamento*, cit.).

Al contrario, suscita non poche perplessità la giurisprudenza (Trib. Forlì 16 agosto 1999, in *Lav. giur.*, 1999, p. 1150; Pret. Milano 29 marzo 1997, in *Or. giur. lav.*, 1997, p. 359; Pret. Milano, 8 aprile 1994, in *Lav. giur.*, 1994, p. 883; Cass. 1° dicembre 1988, n. 6515, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 167, con nota di M. Papaleoni; Cass. 14 settembre 1995, n. 9715, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, p. 88; Cass. 6 aprile 1999, n. 3314, in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, 1999, p. 31) che richiede il consenso del lavoratore allo spostamento a mansioni inferiori finalizzato alla salvaguardia dell'occupazione; consenso – o acquiescenza – che talora può essere addirittura prestato tacitamente, mediante l'esercizio di fatto delle mansioni inferiori per un prolungato lasso di tempo (Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727, in *Mass. Giur. lav.*, 1999, p. 1361; Cass. 20 maggio 1993, n. 5695, in *Dir. prat. lav.*, 1993, fasc. 32, p. 2153).

E ciò, per la semplice ragione che, «se il lavoratore non accetta, si espone al licenziamento» (P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 296).

Tuttavia, una forma di garanzia può essere rinvenuta nel fatto che «i giudici quando devono valutare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo si spingono sempre al controllo dell'opportunità delle scelte; e non possono non farlo. Se, infatti, i giudici si attenessero con rigore alle enunciazioni di principio, la regola del giustificato motivo oggettivo di licenziamento ne risulterebbe svuotata di ogni contenuto pratico, cioè la limitazione della facoltà di recesso dell'imprenditore verrebbe meno quasi del tutto» (P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 454).

A questo punto, il delicato compito della giurisprudenza è quello di non farsi condizionare in maniera prevalente dalle condizioni del mercato del lavoro e di valutare attentamente – anche con l'ausilio di parametri obiettivi – l'entità del sacrificio economico ragionevolmente addossabile al datore di lavoro, per evitare che qualsiasi perdita comporti un licenziamento o un'assegnazione a mansioni inferiori: come, appunto, si è verificato nella fattispecie di cui alla sentenza in esame.

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

CASSAZIONE, 21 luglio 2008, n. 20080, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Maiorano, P.M. Apice – Inps (avv.ti Fabiani, Triolo e De Rose) c. R. M. F. (avv.ti Bussa e Pini).
Conf. Corte d'Appello Torino 7 aprile 2005.

**Malattia – Visita di controllo – Obbligo di reperibilità – Assenza del lavoratore – Sanzioni disciplinari – Giustificato motivo di assenza – Concomitanza di prestazioni sanitarie e controlli medici – Criteri di giustificabilità.**

*L'effettuazione di un elettrocardiogramma e la visita cardiologia, data la natura delle prestazioni, presentano di per sé un certo carattere di urgenza se non di assoluta indifferibilità tale da giustificare l'assenza alla visita di controllo, anche in ragione del fatto che l'eventuale differimento di un appuntamento già fissato comporta il rischio di un rinvio molto lungo stanti le ben note difficoltà in cui versa il servizio sanitario. Del resto, per giustificare la violazione dell'obbligo di reperibilità in determinati orari non è richiesta l'assoluta indifferibilità della prestazione sanitaria da effettuare, ma basta un serio e fondato motivo che giustifichi l'allontanamento da casa. (1)*

(*Omissis*)

È domandata ora a istanza dell'Inps la cassazione di detta pronuncia con un solo motivo col quale si lamenta violazione degli artt. 5, d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito in legge 11 novembre 1983, n. 638, artt. 115 cod. proc. civ. e 2697 cod. civ., nonché vizio di motivazione, per avere il giudice ritenuto giustificata l'assenza della lavoratrice alla visita di controllo nell'orario di reperibilità in adempimento del dovere di cooperazione gravante sul lavoratore al fine dell'erogazione del trattamento di malattia (Corte Cost. n. 78/1988). L'assenza può essere giustificata per un motivo molto serio (Cass. n. 4247/04) e quindi nella specie da una oggettiva indifferibilità della visita medica cui si sarebbe sottoposta la lavoratrice. La motivazione sul punto è apodittica e inadeguata, non avendo la ricorrente dimostrato l'assoluta indifferibilità della prestazione e l'impossibilità di effettuarla al di fuori delle fasce orarie di reperibilità (Cass. n. 8544/01). Resiste l'intimata con controricorso.

Il ricorso è infondato.

La contestazione di violazione di legge si risolve in quella di vizio di motivazione per avere il giudice ritenuto giustificata l'assenza da casa della lavoratrice nelle ore di reperibilità con conseguente sottrazione della stessa alla visita di controllo. In proposito si osserva che la deduzione di un vizio di motivazione della sentenza impugnata con ricorso per Cassazione conferisce al giudice di legittimità non il potere di riesaminare il merito della intera vi-

cenda processuale sottoposta al suo vaglio, bensì la sola facoltà di controllo, sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logico-formale, delle argomentazioni svolte dal giudice del merito (*Omissis*) la Corte, conformandosi a costante giurisprudenza di legittimità, esclude che la lavoratrice avesse l'obbligo di preventiva comunicazione all'organo di controllo della indifferibile assenza dal domicilio e poi valuta positivamente la seria e valida ragione e l'interesse apprezzabile che ha determinato il suo allontanamento da casa in quanto l'effettuazione di un elettrocardiogramma e la visita cardiologica data la natura delle prestazioni presentano di per sé un certo carattere di urgenza se non di assoluta indifferibilità tale da giustificare l'assenza alla visita di controllo. Si tratta di una valutazione di merito. Logicamente e congruamente motivata e come tale incensurabile in Cassazione e sicuramente non validamente contrastata dall'affermazione che manca il requisito dell'indifferibilità, sia perché si tratta di un elemento relativo, sia perché l'eventuale differimento di un appuntamento già fissato comporta il rischio di un rinvio molto lungo stante le ben note difficoltà in cui versa il servizio sanitario; a giudizio della Corte per giustificare la violazione dell'obbligo reperibilità in determinati orari non è richiesta l'assoluta indifferibilità della prestazione sanitaria da effettuare ma basta un serio e fondato motivo che giustifichi l'allontanamento da casa. Il ricorso va quindi rigettato. (*Omissis*)

## (1) GIUSTIFICATO MOTIVO DI ASSENZA ALLA VISITA DI CONTROLLO DOMICILIARE

1. — *I fatti di causa* — La sentenza in commento affronta il tema del giustificato motivo di assenza del lavoratore, alla visita domiciliare, in caso di malattia: con violazione pertanto dell'obbligo di reperibilità nelle fasce orarie previste (S. Malandrini, *Il controllo dello stato di malattia del lavoratore correlazioni tra prassi amministrativa e giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Or. giur. lav.*, 2006, I, p. 624; S. Cui, *Malattia: assenza alla visita fiscale*, Roma, 2005, p. 1537; R. Del Punta, *Il controllo della malattia*, in *Dir. prat. lav.*, 2004, p. 531, n. 37, inserto; M. Tatarelli, *La malattia nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Padova, 2002, p. 121; A. Pandolfo, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, p. 86). Nelle *more* della vicenda, un lavoratore adiva il Tribunale per ottenere il pagamento del periodo di malattia di dieci giorni che gli era stato trattenuto dall'Istituto di previdenza. Il dipendente, risultato assente a una visita fiscale, esponeva ai giudici di essersi assentato per sottoporsi a una visita di controllo. Il Tribunale accoglieva la domanda e la decisione veniva confermata anche in appello. In particolare i giudici di secondo grado, affermavano che la necessità di recarsi presso il centro medico per effettuare un elettrocardiogramma giustificava l'assenza, in quanto causata da un motivo serio e per una prestazione non prorogabile. Contro questa decisione l'Inps presentava ricorso in Cassazione sostenendo, al contrario, che l'assenza del lavoratore alla visita di controllo può essere giustificata per un motivo che comporti l'assoluta indifferibilità della prestazione e l'impossibilità di effettuarla al di fuori

delle fasce orarie di reperibilità. La Suprema Corte, con la pronuncia in parola, invece confermava la sentenza della Corte d'Appello di Torino.

2. — *La normativa vigente* — È d'uopo rammentare come la disciplina degli accertamenti sanitari sia regolata dall'art. 5 della legge n. 300/1970, così come integrato dal decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito con modifiche nella legge 11 novembre 1983, n. 638. In precedenza all'entrata in vigore di tale legge, il lavoratore «malato» non era tenuto in via necessaria e imprescindibile a rimanere presso il proprio domicilio (P. Bertozzi, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Roma, 2006, p. 67), ma aveva esclusivamente l'obbligo di presentarsi a una visita ambulatoriale ove fosse risultato assente alla disposta visita di controllo (M. Meucci, *Il controllo dello stato di malattia*, in *Consulenza*, n. 36/2007, p. 52). L'interesse pubblico alla minimizzazione della spesa sanitaria spinse il legislatore a introdurre un impianto normativo che sfociò nell'obbligo (Art. 5, legge 11 novembre 1983, n. 638) in capo al lavoratore di non assentarsi dal proprio domicilio, senza giustificato motivo, durante delle fasce orarie (10-12 e 17-19 di ogni giorno, anche festivo, di calendario) grazie al d.m. 25 febbraio 1984, e successivi, fino al d.m. 15 luglio 1986, a seguito della previsione dell'Accordo interconfederale del 26 gennaio 1977. Tale obbligo, secondo la giurisprudenza, farebbe parte di un più generale obbligo di correttezza e buona fede, previsto dagli artt. 1175 e 1375 cod. civ., insito nella natura del rapporto di lavoro, tanto che la stessa Suprema Corte colse l'occasione di specificare come la permanenza del lavoratore presso il proprio domicilio durante le fasce orarie, rappresenti un onere se non un obbligo, anche se incoercibile (Corte Cost. 5 febbraio 1975, n. 23, in q. *Riv.*, 1975, II, p. 3). All'inizio la struttura sanzionatoria si profilava particolarmente onerosa per il lavoratore, il quale subiva la perdita del diritto a qualsiasi trattamento economico per l'intero periodo della malattia fino a 10 giorni e nella misura pari alla metà (V. Meleca, *Malattia e contenzioso*, in *Dir. prat. lav.*, n. 27/2006, p. 1495). La Corte Costituzionale intervenne con una sentenza additiva (Corte Cost. 26 gennaio 1978, n. 78, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, pp. 2 e 305, con nota di R. Del Punta, *Note sull'incostituzionalità della normativa sulle fasce orarie di reperibilità*), che se, da un lato, sancì la legittimità della sanzione, concernente la perdita integrale della retribuzione per i primi dieci giorni di malattia in caso di assenza del lavoratore priva di giustificato motivo, dall'altro, dichiarò l'incostituzionalità del comma 14 dell'art. 5, legge n. 638/1983, nella parte in cui non prevedeva una seconda visita di controllo quale condizione per irrogare la sanzione *de quo* a carico del lavoratore stesso (A. Di Stasi, *Manuale di Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2007, p. 110). La Corte Costituzionale sottolineò come simile obbligo rientri in una doverosa cooperazione che il lavoratore, con un minimo di diligenza e disponibilità, deve prestare affinché siano realizzate le condizioni per l'erogazione del trattamento di malattia. Al contempo, però, la condotta del lavoratore si riflette anche nei confronti del datore di lavoro, il quale, nutrendo un ragionevole e legittimo interesse all'adempimento della prestazione lavorativa, è volto a verificare l'esistenza di motivazioni valide che ne impediscano l'espletamento. Se ne deduce che l'obbligo di permanenza del lavoratore presso il proprio domicilio, esulando dalla mera finalità di controllo sulla fondatezza della patologia denunciata dal lavoratore, trovi la sua ragione anche nell'accertamento del rispetto degli obblighi di collaborazione connaturati al rapporto lavorativo, la cui violazione è motivo di sanzione in sede disciplinare (Cass. 22 aprile 2004, n. 7691, in *Not.*

*giur. lav.*, 2004, p. 332; Cass. 27 aprile 1996, n. 3915, *ivi*, 1996, p. 579; Cass. 19 settembre 2000, n. 12405; Cass. 24 luglio 2000, n. 9709, *ivi*, 2001, p. 135). A tal proposito si ritenne che l'irrogazione delle sanzioni fosse imprescindibile dal rilevamento dell'illecito disciplinare, finché la Corte di Cassazione intervenne, sancendo che soltanto in caso di applicazione di sanzioni conservative fosse necessaria la predeterminazione dell'illecito disciplinare nel contratto (Cfr. Cass. 9 agosto 1996, n. 7370, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, p. 533), poiché, nel caso di un recesso per parte datoriale motivato da giusta causa o giustificato motivo, il potere discende direttamente dalla legge (Cass. 11 dicembre 1995, n. 12686, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 844, con nota di Falieri). La conseguenza fu di legittimare il sanzionamento dell'irreperibilità del lavoratore, finanche con il licenziamento, purché provvisto del criterio di proporzionalità (Cass. 7 agosto 2001, n. 11153, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, p. 189, con nota di Muggia).

3. — *Il concetto di giustificato motivo nella giurisprudenza* — La normativa vigente, in materia di controlli sulla malattia, prevede all'art. 5, ultimo comma, legge n. 638/1983, l'obbligo di reperibilità per il lavoratore nell'ambito delle suddette fasce, con eccezione nei casi in cui questi si sia trovato ad allontanarsi dal proprio domicilio in virtù di un giustificato motivo, il quale prevale sull'interesse pubblico al controllo dello stato di malattia stesso (S. Cui, *Lo stato di malattia del lavoratore. Le forme di controllo a cui il datore di lavoro può ricorrere*, Roma, 2006, p. 73). Ed è in tale contesto normativo che si inserisce il concetto nucleare di «giustificato motivo». Le pronunce della Cassazione non sempre sono state univoche nel rigore interpretativo del giustificato motivo: in alcuni casi, l'indifferibilità e l'urgenza della motivazione venivano considerate elementi imprescindibili ai fini della giustificabilità del motivo; in altri, invece, il livello di aspettativa esplicitato dalla Suprema Corte subiva decisi ridimensionamenti, arrivando a definire un giustificato motivo, sorretto semplicemente da una ragione socialmente apprezzabile. All'inizio si introdusse il carattere strutturale del serio impedimento (Cass. 4 marzo 1996, n. 1668, conforme a Cass. 27 giugno 1994, n. 6166, e a Cass. 16 aprile 1994, n. 3642, in *Not. giur. lav.*, 1994, p. 734 e p. 342), legando la validità della natura giustificativa del motivo a fatti della vita di non eccezionale rilevanza. Di seguito, invece, le maglie si strinsero, proponendo alla base del giustificato motivo un impedimento che fosse ineluttabile e rigorosamente accertato in sede di merito. L'intento fu di non dilatare pericolosamente il significato di giustificato motivo, facendovi rientrare ragioni di mera opportunità o convenienza, capaci di facilitare il lavoratore nell'elusione della visita fiscale, svuotando, così, il valore intrinseco «dell'onere della prova a carico del lavoratore e il controllo del giudice di merito, peraltro insindacabile in sede di legittimità, circa l'idoneità della prova offerta allo scopo» (Cass. 2 agosto 2004, n. 14735, in *Lav. giur.*, 2005, p. 176). Malgrado ciò, non tardarono ad arrivare pronunce che ristabilirono un assetto di sostanziale ragionevolezza, sottolineando come affinché tale fattispecie sia configurabile non è necessario il palesarsi di uno stato di necessità in senso stretto, tanto meno di un caso di forza maggiore: il profilo più debole, infatti, è definito, in via esaustiva, già dai concetti di «ragionevole impedimento» (Cass. 23 novembre 2004, n. 22065, in *Mass. Giust. civ.*, f. 11) nonché di «un impegno serio e apprezzabile» (Cass. 6 aprile 2006, n. 8012, in q. *Riv.*, 2006, II, p. 683, con nota di Caponetti; Cass. 2 marzo 2004, n. 4247, in *Dir. e giust.*, 2004, fasc. 18, p. 43, con nota di Cardarello), nella misura in cui si verifichino evenienze tali da comportare adempimenti non effettuabili dal lavoratore in rispetto delle fasce orarie, sempre che quest'ultimo, gra-

vato del relativo onere, riesca a provarlo (Corte d'App. Milano 17 marzo 2006, in *Lav. giur.*, 2006, p. 1137; Trib. Milano 10 dicembre 2004, *ivi*, 2005, p. 800; Trib. Pistoia 4 marzo 1999, in *Dir. lav.*, 1999, p. 597, con nota di Conte, *L'onere probatorio del lavoratore malato assente al controllo domiciliare e le conseguenze dell'assenza ingiustificata*). Occorre precisare, peraltro, come il giustificato motivo possa essere ben costituito da «una fattispecie caratterizzata dagli elementi della necessità e della cogenza tanto da rendere indifferibile la presenza del lavoratore, in luogo diverso da quello del proprio domicilio, in costanza delle fasce orarie adibite al controllo sulla malattia» (Cass. 29 novembre 2002, n. 16996, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 69; Cass. 4 gennaio 2002, n. 50, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 330).

4. — *Le motivazioni della sentenza in commento* — Nella pronuncia esaminata, la Suprema Corte ribadisce che la decadenza dal trattamento di malattia si verifica laddove il lavoratore, per indisponibilità o negligenza, renda impossibile al medico designato dalla struttura pubblica l'espletamento della visita di controllo. Peraltro, viene sottolineato come tale evenienza si verifichi anche quando il lavoratore sia assente ingiustificato alla visita di controllo, o quando la sua assenza sia caratterizzata dalla costanza di un giustificato motivo, ma egli non sia in grado di fornire la prova dell'impossibilità di soddisfare le proprie esigenze terapeutiche in orari diversi da quelli previsti dalle fasce orarie. In siffatta sentenza viene riaffermato il carattere giustificativo delle visite mediche espletate negli orari di reperibilità fuori del proprio domicilio. Nel caso di specie si è verificata la circostanza della «concomitanza di visite prestazioni, accertamenti specialistici (sempre che il lavoratore dimostri che non potevano essere effettuati in ore diverse dalle fasce orarie)» nelle fasce orarie di reperibilità (Circolare Inps n. 134421 dell'8 agosto 1984; messaggio n. 20773 del 9 agosto 1985, messaggio n. 9220 del 31 marzo 2004). L'Inps, infatti, ha posto in rilievo, nella casistica attinente al concetto di giustificato motivo, tutte quelle attività che comportano un allontanamento del lavoratore dal proprio domicilio, al fine di eseguire trattamenti medici caratterizzati dai criteri di indifferibilità e di non possibile espletamento in orari diversi da quelli riservati al controllo della malattia (L. Seghieri, *Controlli di malattia: casistiche*, in *Consulenza*, n. 27/2007, p. 62; R. Cirillo, *Il controllo delle assenze per malattia*, *ivi*, n. 24/2007, p. 51). Affinché si configuri il giustificato motivo è essenziale che la necessità di un controllo esterno medico sia prevalente, ai fini della salvaguardia del valore-salute, sulla necessità dell'assenza dal lavoro quale mezzo previsto dall'ordinamento per curare la patologia occorsa al lavoratore. Emerge così una convergenza tra due interessi di estremo rilievo: l'uno costituito dalla tutela della salute del lavoratore *ex* art. 32 Cost., conseguita grazie alla legittimazione dell'assenza di questo, in caso di espletamento di un controllo medico esterno; l'altro rappresentato dall'interesse pubblico al controllo dello stato di malattia, ai fini della migliore gestione della spesa sanitaria pubblica. La Corte di Cassazione, con una sentenza del 1994 (Cass. 12 gennaio 1994, n. 266, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 488), evidenziando il significato di visita a carattere di *routine* precisò che: l'intrinseca urgenza e necessità della visita medica esterna viene a mancare nel contenuto suo minimo allorché il controllo medico si risolva in una mera prescrizione farmacologia o nell'intento di mostrare radiografie e/o gli esiti di analisi cliniche al medico curante. In siffatta circostanza il bene-salute *ex* art. 32 Cost. non viene esposto a significativo pregiudizio e lo svolgimento della visita medica, animato dalle suindicate finalità, può ben essere programmato in orari compatibili con il rispetto dell'obbligo di reperibilità nelle fasce ora-

rie. In ossequio al medesimo criterio, la Cassazione consolidò tale meccanismo logico, e sancì la giustificabilità del motivo di assenza: nel caso in cui il lavoratore in malattia, si fosse assentato per sostenere una visita medica dal dentista, in quanto afflitto dal riacutizzarsi di una crisi dolorosa (Cass. 10 novembre 1998, n. 12458, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 726). Il parametro elettivo, che pertanto esenta il lavoratore dall'obbligo della reperibilità, non è secondo una sequenza automatica, l'essersi recato storicamente dal proprio medico di fiducia, ancorché all'interno delle fasce orarie, ma che il valore intrinseco della visita contenga quegli indici di necessità e urgenza, capaci di determinare la prevalenza di questa, ai fini della tutela della salute, «sulla necessità dell'assenza dal lavoro, quale mezzo consentito per curare la malattia lamentata dal lavoratore» (Cass. 7 ottobre 1997, n. 9731, in *Foro it.*, I, p. 94), nonché l'indifferibilità della visita stessa, in orari diversi da quelli previsti per le fasce di reperibilità (Cass. 28 gennaio 2008, n. 1809, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 1; Cass. 2 marzo 2004, n. 4247, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 443, con nota di P. Tessitore. In senso contrario: Cass. 20 febbraio 2007, n. 3921, in *Not. giur. lav.*, 2007, p. 85). In tale contesto, la Cassazione ha dapprima escluso che il lavoratore sia gravato dell'obbligo di comunicazione «all'organo di controllo della indifferibile assenza dal domicilio», perché non previsto dalla legge e dalle clausole generali di correttezza e buona fede; quindi ha ritenuto che la scelta di effettuare un elettrocardiogramma e una visita cardiologia, data la natura intrinseca delle prestazioni, è provvista dei caratteri di urgenza se non di assoluta indifferibilità, tali da giustificare l'assenza del lavoratore dal proprio domicilio nelle fasce orarie di reperibilità. A ciò si aggiunga che l'aver concordato una serie di esami presso una struttura pubblica comporta, in caso di differimento degli appuntamenti, stante le difficoltà in cui versa il servizio sanitario nazionale, il rischio di un rinvio molto lungo, con possibile pregiudizio per la salute del lavoratore. La sentenza in esame, pertanto, sposando un consolidato orientamento in favore del lavoratore, rispetta in pieno la *ratio* della disciplina dei controlli sullo stato della malattia nel rapporto di lavoro, in quanto riafferma con linearità che il giustificato motivo di assenza non si identifica con lo stato di forza maggiore, potendo ben essere connesso alla tutela di un interesse apprezzabile su un piano giuridico e sociale. Non solo. Nella pronuncia si rammenta anche che, ai fini della giustificazione della violazione dell'obbligo di reperibilità, non è richiesta l'assoluta indifferibilità, ma è sufficiente un serio e fondato motivo, che giustifichi l'allontanamento da casa. In applicazione di tale portato logico si abbassa il grado di aspettativa sui motivi di giustificazione dell'assenza del lavoratore ai controlli di malattia nelle fasce di reperibilità, svincolandoli dal verificarsi di eventi oggettivamente «eccezionali» e riportandoli nel novero di accadimenti di «apprezzabile» interesse e valore giuridico-sociale. L'effetto è il dilatarsi del profilo contenutistico del concetto di giustificato motivo, con l'emersione di una casistica meno episodica e indifferibile, e una aumentata possibilità di tutela delle fattispecie astratte, più coerenti con le esigenze effettive del lavoratore. Ulteriore conseguenza è la realizzazione, nonché riaffermazione, della prevalenza della tutela del bene-salute *ex* art. 32 Cost. in capo al lavoratore, sulla tutela dell'interesse pubblico al buon utilizzo del denaro inerente la spesa sanitaria.

Gian Piero Evangelisti
*Praticante Avvocato presso il Foro di Tivoli*

CASSAZIONE, 18 giugno 2008, n. 16504, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Curcuruto, P.M. Fedeli (diff.) – Univ. Studi Basilicata c. Tedesco (avv. Di Pardo).
Diff. Trib. Potenza 10 giugno 2004.

**Contratto collettivo – Lavoro pubblico – Inquadramento – Parità – Discriminazione.**

*La clausola di cui all'art. 74, comma 4, Ccnl comparto Università 9 agosto 2000 – là dove, segnatamente, recita: «con l'art. 74 del Ccnl le parti hanno legittimamente delineato il sistema di inquadramento del personale nelle nuove categorie, né può configurarsi un contrasto tra la citata norma contrattuale e l'art. 52, d.lgs. n. 165/2001» – non è affetta da nullità, giacché: 1) non si può ravvisare un contrasto con il principio di parità di trattamento di cui all'art. 45, d.lgs. n. 165, cit., in quanto tale principio vieta trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli previsti dal contratto collettivo, ma non costituisce parametro per giudicare delle eventuali differenziazioni operate in quella sede; 2) non è ipotizzabile un contrasto con il principio di non discriminazione, non avendo tale principio valenza di clausola aperta, idonea a vietare ogni trattamento differenziato nei confronti delle singole categorie di lavoratori, rilevando sotto tale profilo specifiche previsioni normative (tra cui, quelle desumibili dall'art. 15, legge n. 300 del 1970); 3) non sono suscettibili di essere sindacate da parte del giudice le scelte operate dalla contrattazione collettiva in materia di classificazione professionale dei lavoratori, giacché è assente un parametro di giudizio cui rapportare detto sindacato e neppure è possibile, a tal fine, evocare a sostegno la sentenza n. 103 del 1989 della Corte Costituzionale, la quale contrappone all'autonomia organizzativa non illimitata del datore di lavoro proprio il potere dell'autonomia collettiva nell'anzidetta materia. (1)*

*Svolgimento del processo*

T. V. dipendente dell'Università degli Studi di Basilicata ha convenuto in giudizio il proprio datore di lavoro, chiedendo che previa declaratoria di illegittimità del proprio inquadramento nella categoria C posizione economica C4 prevista dal Ccnl del comparto Università stipulato il 9 agosto 2000 fosse riconosciuto il suo diritto al superiore inquadramento nella categoria D posizione economica D1.

Esponeva di esser stato inquadrato, quale vincitore di concorso pubblico, nel 7° livello qualifica professionale di collaboratore tecnico, svolgendo sempre mansioni proprie della 7ª qualifica funzionale, e di esser stato escluso dalla superiore categoria e posizione economica rivendicate, per effetto di una clausola del menzionato contratto, secondo la quale detto inquadramento e-

ra riservato ai lavoratori che avessero acquisito la 7ª qualifica a seguito di concorso per la partecipazione al quale era richiesto il diploma di laurea.

Deduceva che, così disponendo, il contratto aveva determinato una discriminazione contraria al principio di eguaglianza e agli artt. 1175 e 1375 cod. civ., nonché agli artt. 2103 cod. civ. e del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 52, e chiedeva che, previa declaratoria di nullità della clausola in questione, fosse disposto il suo inquadramento nella categoria D posizione economica D1. (*Omissis*)

Il Tribunale ha quindi considerato che vi fossero le condizioni per decidere con sentenza la sola questione della validità delle clausole e ne ha dichiarato la nullità con sentenza, disponendo al contempo per il prosieguo della causa.

(*Omissis*)

L'Università di Basilicata ha impugnato questa sentenza con ricorso del d.lgs. n. 165 del 2001, *ex* art. 64, fondato su un unico motivo.

L'intimato resiste con controricorso, illustrato anche da memoria.

*Motivi della decisione*

Con l'unico motivo di ricorso è denunziata violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 265 del 2001; violazione e falsa applicazione degli artt. 36 e 97 Cost., violazione e falsa applicazione degli artt. 74 e 75 del Ccnl comparto Università del 9 agosto 2000. Insufficiente motivazione in ordine a un punto decisivo della controversia.

Si addebita alla sentenza impugnata di aver ritenuto, in modo illogico e contraddittorio, di poter sindacare la legittimità e validità delle clausole del Ccnl impugnate senza tener conto che il contratto collettivo è estrinsecazione del potere delle associazione sindacali ed è quindi frutto di trattative e patteggiamenti, punto di incontro e coordinamento di configgenti interessi; in tal modo la sentenza avrebbe trascurato di considerare che la ragionevolezza delle scelte effettuate dalla contrattazione collettiva è intrinseca, derivando dalla composizione del conflitto sindacale, e che un controllo esterno di tali scelte è inammissibile, non essendo consentito al giudice valutare la razionalità del regolamento collettivo di interessi realizzato dalle parti sociali, disciplina articolata e complessa dove gli svantaggi di alcune soluzioni possono trovare compenso nei vantaggi acquisiti dalle parti sotto altri aspetti.

Si addebita poi alla sentenza impugnata di non aver considerato che, secondo costante giurisprudenza, le clausole generali di correttezza e buona fede non trovano applicazione nei casi di diversità di trattamento non riconducibili alle ipotesi legali e tipizzate di discriminazioni vietate, e che nell'ambito del lavoro alle dipendenze della p.a., analogamente a quanto avviene nel lavoro privato, non esiste un principio di parità di trattamento.

Si addebita ancora alla sentenza l'arbitraria estrapolazione dei princìpi affermati dalla sentenza n. 103/1989 della Corte Costituzionale, e l'omessa considerazione delle peculiarità del contratto di lavoro pubblico, quali l'efficacia *erga omnes* e il suo collegamento funzionale con l'interesse pubblico tutelato dall'art. 97 Cost.

Si sostiene poi la ragionevolezza delle scelte effettuate nella specie dalle parti collettive, sulla base di una lettura oculata e non decontestualizzata della norma collettiva di riferimento. Questa avrebbe, infatti, carattere transitorio e costituirebbe solo una anticipazione della progressione economica verticale prevista dall'art. 57 del contratto nei confronti di una parte del personale.

Non vi sarebbe alcuna preclusione per il personale proveniente dalla stessa 7ª funzionale inquadrato in C4 all'accesso nella categoria D mediante procedure selettive, ma sarebbe stato realizzato un contingentamento dei passaggi alla categoria superiore, con definizione, in via transitoria, di un modo di accesso prioritario, in base al titolo posseduto. Diversamente, sarebbe stato necessario consentire una progressione economica generalizzata in conflitto con le previsioni di organico e di bilancio.

(*Omissis*)

Possono quindi essere esaminate le censure mosse dal ricorrente alla statuizione di nullità della clausola in esame, non avendo fondamento le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate nel controricorso in relazione alla circostanza che non sarebbe stato censurato l'*iter* argomentativo seguìto dal giudice e non sarebbe stato rispettato il principio di autosufficienza mediante trascrizione del testo dell'accordo interpretativo.

La Corte giudica nella sostanza fondate le censure mosse dalla parte ricorrente alla sentenza impugnata e ritiene che la clausola controversa non configga con alcuna norma imperativa. Non vi è, anzitutto, alcun contrasto con il principio di parità di trattamento nell'ambito dei rapporti di lavoro pubblico, sancito dal d.lgs. n. 165 del 2001, art. 45, perché per quanto qui rileva tale principio vieta trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli previsti dal contratto collettivo ma non costituisce parametro per giudicare delle eventuali differenziazioni operate in quella sede.

Non è ipotizzabile nel caso di specie un contrasto della clausola con il principio di non discriminazione, non avendo tale principio valenza di clausola aperta, idonea a vietare ogni trattamento differenziato nei confronti delle singole categorie di lavoratori, rilevando sotto tale profilo le specifiche previsioni normative contenute nell'ordinamento, quali, ad es., quelle desumibili dall'art. 15 dello Stat. lav.

Né un siffatto principio può esser affermato sulla base delle indicazioni della sentenza costituzionale n. 103/1989, che all'autonomia organizzativa

non illimitata del datore di lavoro contrappone proprio il potere di classificazione professionale dei lavoratori demandato ai contratti collettivi. Ma le scelte compiute in proposito dalla contrattazione collettiva non sono suscettibili di sindacato da parte del giudice, mancando il parametro di giudizio cui rapportare tale sindacato.

In definitiva, deve essere affermato che la clausola di cui all'art. 74, comma 4, del Ccnl comparto Università 9 agosto 2000, non è affetta da nullità. Pertanto il ricorso va accolto, e la sentenza impugnata va cassata con rimessione degli atti allo stesso Tribunale che la ha pronunziata. La Corte stima opportuno compensare le spese del giudizio di legittimità.

(*Omissis*)

(1) CONTRATTO COLLETTIVO E PARITÀ NEL LAVORO PUBBLICO

La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, si sofferma, fra l'altro, sulla questione del possibile assoggettamento del contratto collettivo pubblico alla regola di parità di trattamento.

La Corte, in sostanza, afferma che nel lavoro pubblico il principio di parità «vieta trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli previsti dal contratto collettivo», ma anche che la parità «non costituisce parametro per giudicare delle eventuali differenziazioni operate in quella sede», cioè in sede collettiva. A seguito della privatizzazione del lavoro pubblico, il contratto collettivo non è infatti più assoggettato alla regola di parità di trattamento (Si legga, a fini di comparazione fra l'attualità e il passato: Tar Lombardia, Sez. Brescia, 14 febbraio 1995, n. 94, in *foro_online*, che riguarda un caso di disciplina per accordo collettivo anteriore alla cosiddetta «privatizzazione» del lavoro pubblico).

La Corte precisa, inoltre, che nel caso in oggetto, un'ipotesi di inquadramento determinato dal possesso di un titolo di studio, possesso idoneo a differenziare qualifica e posizione economica di lavoratori assegnati a mansioni sostanzialmente equivalenti, non si ha discriminazione alcuna. Non si ha discriminazione, secondo la Corte, perché il divieto di discriminazione non ha valenza di «clausola aperta» idonea a vietare ogni trattamento differenziato. La Corte nega dunque, oltre al vincolo di parità a carico del contratto collettivo, anche l'esistenza di un generale, e perciò generico, divieto di discriminazione, di una parità «in negativo» – come anche si è detto – ma dai contorni indeterminati, per sposare invece l'idea della rilevanza di una pluralità di divieti, tipici e nominati, ciascuno fondato su di un preciso criterio, l'adozione del quale non può essere posto validamente a fondamento di un atto di autonomia privata.

La decisione della Corte non è l'unica ad avere affrontato il problema della parità, declinata in senso collettivo, nel lavoro pubblico. In recenti decisioni, la parità era stata però trattata sotto prospettive diverse. La Corte aveva affermato ad esempio che il d.lgs. n. 165 del 2001, art. 45, comma 2, nell'imporre alle amministrazioni pubbliche di garantire ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale, non avrebbe assoggettato la Corte di Cassazione, adita ai sensi dell'art. 64, comma 3, o anche dell'art.

63, comma 5, alle preesistenti interpretazioni/applicazioni delle clausole contrattuali, già fornite dall'amministrazione datrice di lavoro oppure dai giudici di merito, giacché la Corte, come ogni autorità giurisdizionale, è soggetta soltanto alla legge (art. 101 Cost., comma 2), ossia alle norme del diritto oggettivo e non alle altrui interpretazioni (Cass., Sez. lav., 24 luglio 2006, n. 16976, in *foro_online*). In quel caso la Corte aveva ragionato d'obbligo di parità sotto un profilo inconsueto, cioè per escludere che l'obbligo di parità comporti un dovere per il giudice di legittimità di adeguarsi a sentenze emesse da giudici di merito, o un dovere di adeguamento da parte dell'organo giudicante a provvedimenti della pubblica amministrazione che riguardino situazioni analoghe.

Di parità e lavoro pubblico si era occupata anche la giurisprudenza di merito valorizzando il nesso fra principio di parità di trattamento contrattuale previsto dall'art. 49, comma 2, d.lgs. n. 29/1993, e, d'altro canto, possibilità, per il contratto collettivo, di far cessare l'efficacia di disposizioni di legge, regolamento o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti dai contratti, così come pure con il principio della riassorbibilità, con le modalità e nelle misure previste dai contratti collettivi, dei trattamenti economici più favorevoli (Trib. Montepulciano 14 marzo 2000, *De Andreis c. Ministero di grazia e giustizia*, in *Lav. pubbl. amm.*, con nota di Speziale). Anche in quel caso la parità non assurgeva a limite per l'autonomia collettiva, ma concorreva a spiegare il legame, fondamentale nel sistema del lavoro «contrattualizzato», fra parità e contratto collettivo.

Inoltre, di parità e lavoro pubblico si era occupata la preclara sentenza della Corte Costituzionale n. 309 del 16 ottobre 1997, che, nel rigettare la questione di costituzionalità degli articoli 45 e 49 del decreto n. 29 del 1993, aveva sottolineato il legame fra principio di parità di trattamento, posto espressamente a carico del datore di lavoro pubblico, ed estensione generalizzata a tutti i lavoratori del comparto dei trattamenti minimi previsto dal contratto collettivo.

In nessuno dei casi sopra citati la questione della parità era stata però considerata sotto il profilo dell'attitudine della regola a incidere sul contratto collettivo, mentre tale questione è stata ampiamente affrontata dalla giurisprudenza di Cassazione nel settore del lavoro privato, con esiti ai quali la Cassazione evidentemente aderisce anche in relazione alla contrattazione collettiva del settore pubblico (Come, del resto, ha fatto Cons. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2007, n. 5096, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, p. 1341, secondo il quale nell'ambito dei rapporti di lavoro, sia privati che pubblici, è esclusa la vigenza di un principio di parità di trattamento, dovendosi invece ritenere legittimi trattamenti economici differenziati a parità di qualifiche e mansioni, che non possono considerarsi di per sé discriminatori in difetto di specifica prova in tal senso; *contra*, Trib. Catanzaro 16 maggio 2001, *Varano c. Asl 7 Catanzaro*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2633, secondo il quale nei rapporti di lavoro alle dipendenze di enti pubblici, diversamente da quanto avviene nel rapporto di lavoro privato, deve ritenersi operante il principio della parità di trattamento, atteso il principio costituzionale di imparzialità della p.a.), rovesciando peraltro un orientamento in precedenza consolidato del Consiglio di Stato; orientamento formatosi in materia di pubblico impiego non ancora contrattualizzato (Cfr., sul punto, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 5 luglio 1995, n. 538, in *Foro amm.*, 1995, 905; Cons. Stato, Sez. VI, 23 giugno 1992, n. 486, in *Cons. Stato*, 1992, I, p. 839; Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 1992, n. 7, in *Cons.*

*Stato*, 1992, I, p. 60; Cons. Stato, Sez. V, 5 ottobre 1987, n. 604, in *Cons. Stato*, 1987, I, p. 1416), secondo il quale la regola di parità sarebbe derivata dall'applicazione dei princìpi imperanti nella disciplina del pubblico impiego: il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), e il generale canone di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.).

Nel settore privato, la Cassazione, come si diceva, si è ampiamente occupata di parità per quanto attiene alle determinazioni dell'autonomia collettiva, sino ad assestarsi sulla soluzione che respinge l'idea di un vincolo di tale natura a carico delle parti sociali; parti che nel contratto individuerebbero un equilibrio economico al quale il giudice non potrebbe sovrapporre, con il proprio intervento contingente, avulso dal contesto nel quale la contrattazione trova il proprio «alimento» – cioè il mercato –, una diversa soluzione [Cfr. le due sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione: sentenza n. 6030 del 1993, in *Not. giur. lav.*, 1993, p. 364; in *Dir. prat. lav.*, 1993, p. 1935; in *Corr. giur.*, 1993, p. 1057, con nota di Pera; in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 1993, p. 775, con nota di Muggia; in *Or. giur. lav.*, 1993, p. 622, con nota di Castelvetri; in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 653, con nota di Del Punta; in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2341, con nota di Del Punta; e sentenza Cass., Ss.Uu., n. 4570 del 1996, in *Foro it.*, 1996, I, 1989, con nota di Amoroso; in *Not. giur. lav.*, 1996, p. 188; in *Corr. giur.*, 1996, p. 888, con nota di Pera; in *Mass. Giur. lav.*, 1996, p. 316; in *Lav. giur.*, 1996, p. 722, con nota di D'Avossa; in *Gius*, 1996, p. 1989, con nota di Giacalone; in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1899, con nota di Del Punta; in q. *Riv.*, 1996, II, p. 161; in *Lav. prev. oggi*, 1996, p. 1828; in *Or. giur. lav.*, 1996, I, p. 293; in *Or. giur. lav.*, 1996, I, p. 521 (m), con nota di Castelvetri; in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 765, con nota di Chieco; in *Archivio civile*, 1996, p. 1261; in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, p. 1035, con nota di Battini]. Anche la contrattazione, come la dottrina più risalente aveva già sottolineato (L. Paladin, voce *Eguaglianza*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, p. 537), non è esente da limiti specifici; limiti pur sempre connessi alla regola di parità, quali sono i divieti di discriminazione in ragione del sesso o dell'età. Sulla scia di tale presa di posizione, che poggia anche sull'autorevolezza della sentenza della Corte Costituzionale n. 103 del 1989 (In *Foro it.*, 1989, I, 2105; in *Dir. prat. lav.*, 1989, p. 934; in *Not. giur. lav.*, 1989, p. 31; in *Cons. Stato*, 1989, II, p. 365; in *Lav. 80*, 1989, p. 371; in q. *Riv.*, 1989, II, 3, con nota di Natoli; in *Mass. Giur. lav.*, 1989, p. 127, con nota di Scognamiglio; in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1297; in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, p. 389, con nota di Pera; in *Lav. prev. oggi*, 1989, p. 1730; in *Or. giur. lav.*, 1989, p. 112), sentenza che aveva indicato la necessità di bilanciare l'autonomia collettiva con il riconoscimento della dignità della persona, pur sempre lesa da eventuali trattamenti discriminatori ancorché determinati in sede collettiva, si pone la sentenza in esame, che collega parità di trattamento e divieto di discriminazione, per ribadire il principio per cui, se non esiste parità di trattamento, valgono divieti di discriminazione tipici e determinati, ai quali la contrattazione collettiva non può derogare.

Resta da spiegare perché, in un settore – come il settore pubblico – nel quale le attività degli agenti sono pur sempre assoggettate alla regola di trasparenza e d'imparzialità, il contratto collettivo possa sottrarsi al vincolo di parità sostanziale; come possa, cioè, la pubblica amministrazione apparire davvero imparziale se la legge può essere interpretata nel senso di non consentire un controllo esterno sulle determinazioni dell'autonomia collettiva, un controllo atto a verificare che le parti sociali si siano regola-

te nel senso di «dare a ciascuno il suo», e non solo in modo tale da non offendere la dignità delle persone con scelte negoziali discriminatorie, perché fondate su criteri espressamente vietati, ma comunque circoscritti e tipi. Tale dubbio si può fugare solo considerando che, nell'ottica di mercato – imposta e avallata dalla contrattualizzazione del lavoro pubblico –, non ha senso imporre criteri unici di valutazione delle prestazioni. Il dubbio si supera convincendosi del fatto che probabilmente non è dato realizzare parità in assoluto, ma che – nella valutazione dello stesso lavoro – possono trovare applicazione criteri di equità completamente diversi fra loro [Cfr. G. Costa, *Il personale pubblico fra continuità e sviluppo*, in B. Dente (e altri), *Riformare la pubblica amministrazione*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995, 81, p. 95], e riconoscendo alla contrattazione collettiva non tanto il potere (taumaturgico) di individuare soluzioni in assoluto paritarie, quanto l'attitudine a superare il rischio d'arbitrio insito – per definizione – nella determinazione unilaterale, e per quanto attiene al settore pubblico magari avulsa dalle leggi di mercato, delle condizioni di lavoro (Sul punto, mi permetto di rinviare ad A. Topo, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Padova, Cedam, 2008, p. 238, e alla bibliografia ivi citata).

Adriana Topo
*Professore associato di Diritto del lavoro*
*presso l'Università di Padova*

CORTE D'APPELLO TORINO, 21 marzo 2008, Sez. lav. – Pres. Sanlorenzo, Cons. Mancuso, Cons. Grillo Pasquarelli – M. R. (avv. Lamacchia) c. Ma. Ca. Srl (avv.ti Bianchi e Pericoli).

**Licenziamento individuale – Illegittimità del licenziamento per superamento del periodo di comporto – Infortunio sul lavoro del lavoratore avviato obbligatoriamente al lavoro e svolgimento di mansioni compatibili con il suo stato di salute – Responsabilità del datore di lavoro per violazione degli obblighi di sicurezza *ex* art. 2087 cod. civ. – Onere della prova.**

*È illegittimo il licenziamento intimato alla lavoratrice avviata obbligatoriamente quale invalida civile per superamento del periodo di comporto causato da una prolungata assenza dovuta a infortunio sul lavoro, qualora il datore di lavoro non provi di aver adibito la lavoratrice stessa a mansioni compatibili con il suo stato di salute, nonché di aver adottato tutte le cautele necessarie a eliminare il rischio lavorativo, così come previsto dall'art. 2087 cod. civ. (1)*

(*Omissis*)

*Svolgimento del processo*

Con sentenza del 05 dicembre 2006 il Tribunale di Torino in funzione di giudice del lavoro ha respinto la domanda presentata da M. R. nei confronti della Ma. Ca. Srl, con cui la lavoratrice aveva chiesto dichiararsi l'illegittimità del licenziamento intimatole in data 25 gennaio 2005 per avvenuto superamento del comporto, con le conseguenze di cui all'art. 18 Stat. lav.

Con ricorso depositato il 30 novembre 2007 contro tale sentenza ha proposto appello la signora M., riproponendo le originarie conclusioni.

Si è costituita la Ma. Ca. Srl, per chiedere il rigetto dell'appello.

All'udienza del 12 febbraio 2007, in esito alla discussione, la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

*Motivi della decisione*

In fatto, la signora M. R., avviata obbligatoriamente quale invalida civile, ha lavorato alle dipendenze della Ma. Ca. Srl (*Omissis*) come addetta alle pulizie, dal 07 dicembre 2001 al 25 gennaio 2005, quando è stata licenziata per superamento del periodo di comporto.

Ha impugnato il suddetto licenziamento sotto due specifici motivi:

– la denunziata responsabilità della datrice di lavoro in ordine alla causazione di alcuni infortuni, tre in particolare, cagionati dal mancato rispetto delle condizioni fisiche della lavoratrice, i cui relativi periodi di assenza dovevano essere pertanto scomputati dal conteggio complessivo.

(*Omissis*).

Quanto alla responsabilità della datrice di lavoro in ordine alla causazione di alcuni infortuni (il primo giudice) ha ritenuto di doverla escludere alla luce delle dinamiche dei diversi episodi, e soprattutto in base alla considerazione per cui gli stessi nulla avevano a che vedere con le attività e i compiti assegnati in concreto alla lavoratrice. Di qui ha fatto seguire la reiezione del ricorso attoreo.

Si appella la signora M. contro tale decisione, denunciando l'erronea interpretazione e applicazione della norma contrattuale sulla conservazione del posto di lavoro e l'erronea valutazione del contenuto del materiale probatorio, da cui si sarebbe dovuta desumere la responsabilità aziendale (*Omissis*). Rileva la Corte che gli appunti dell'appellante si accentrano soprattutto sull'infortunio del 09 settembre 2004 (*Omissis*) avvenuto in quanto i compiti assegnatile erano incompatibili con le risultanze dell'accertamento sulla sua idoneità fisica, come espresse dalla Commissione medica il 07 aprile 2003. (*Omissis*).

Il primo giudice conviene sul punto per cui l'infortunio è avvenuto a cagione di un movimento che contravveniva alle indicazioni date dalla Commissione medica, ma afferma espressamente che «le modalità scelte dalla signora M. evidenziano un atteggiamento distratto e imprudente» (*Omissis*).

In relazione a un siffatto principio di affidamento, sostiene il giudicante, «sembra difficile […] individuare le condotte violate da parte delle società»: posto che solo con semplici accorgimenti la lavoratrice avrebbe potuto escludere ogni rischio per la sua salute, il Tribunale ha ritenuto di escludere la violazione di obblighi di informativa e controllo da parte della società.

Pare al collegio che la motivazione adottata dal giudice sia in pieno contrasto con il disposto imperativo dell'art. 2087 cod. civ.

A fronte delle precise prescrizioni provenienti dalla Commissione medica, la datrice di lavoro avrebbe dovuto adottare espliciti provvedimenti con cui escludere dai compiti lavorativi affidati alla signora M. quelli comportanti un possibile pericolo per la sua salute. Sul punto, non vi è prova alcuna che la Ma. Ca. Srl abbia assolto allo specifico obbligo (*Omissis*). Alla mancata prova circa il divieto di svolgere mansioni contrarie alle prescrizioni della Commissione, si affiancano poi le testimonianze di tre dipendenti escussi dal giudice (*Omissis*). Le colleghe della lavoratrice hanno affermato che la signora M. dava loro «di tanto in tanto "una mano" sia per il lavaggio dei pavimenti, sia per inserire i sacchi dell'immondizia nei carrelli»: con ciò innanzitutto smentendo tutte le dichiarazioni della teste M., dipendente Ma. Ca. Srl con funzioni di responsabile del personale, secondo cui i compiti della signora M. sarebbero stati solo quelli di «spolverare i mobili e le suppellettili,

di cambiare la carta igienica e di pulire i lavabi, di svuotare i cestini». Quest'ultima teste risulta, dunque, inattendibile a seguito del confronto con le versioni delle altre testimoni: ma quanto da lei riferito risulta ugualmente significativo a proposito della violazione, da parte della Ma. Ca. Srl, del disposto imperativo dell'art. 2087 cod. civ.

Afferma, infatti, la teste che «la signora aveva questi incarichi perché era già stata assunta come invalida […] rammento però che i compiti assegnati alla stessa erano quelli di cui ho già detto perché, peraltro, vi è un'attività lavorativa suddivisa anche con squadre di uomini». Ciò dimostra, ad avviso del collegio, che nessuno specifico esonero era stato formalizzato da parte della datrice di lavoro: di esso, comunque, non è stata data alcuna prova, quando invece, come purtroppo pare essersi dimenticato il primo giudice, per il preciso dettato dell'art. 2087 cod. civ., di tale prova la parte datoriale era pienamente onerata. La teste M. espressamente afferma che la lavoratrice era esonerata dallo svuotamento dei sacchi dell'immondizia: ma in nessun modo precisa quando e in che termini tale esonero sarebbe stato esplicitato. Soprattutto non dà il minimo conto, nel corso della sua deposizione, del referto della Commissione medica del 2003 (*Omissis*).

Venendo quindi all'esame dello specifico episodio del 09 settembre 2004 (*Omissis*), il Tribunale ha ritenuto di poter esonerare la datrice di lavoro da ogni responsabilità in ordine alla causazione dell'infortunio, pur ammettendo che la mansione specifica esulava dalle prescrizioni della Commissione medica, in quanto la signora M. «con accorgimenti alquanto semplici» avrebbe potuto eliminare ogni rischio dall'attività che stava compiendo.

Il Collegio rileva innanzitutto che il Tribunale affida la propria valutazione a un convincimento del tutto soggettivo, privo di ogni supporto medico scientifico, preferendo il giudice affidarsi all'ambito (dai confini piuttosto vaghi e indefiniti, per vero) delle «nozioni di base di chiunque presti attenzione al mondo delle informazioni». A questi personali convincimenti la Corte preferisce opporre la consolidata giurisprudenza che fissa i limiti entro i quali può operare l'esonero da responsabilità del datore di lavoro in caso di danno alla salute del lavoratore: «Le norme dettate in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, tese a impedire l'insorgenza di situazioni pericolose, sono dirette a tutelare il lavoratore non solo dagli incidenti derivanti dalla sua disattenzione, ma anche da quelli ascrivibili a imperizia, negligenza e imprudenza dello stesso, con la conseguenza che il datore di lavoro è sempre responsabile dell'infortunio occorso al lavoratore, sia quando ometta di adottare le idonee misure protettive, sia quando non accerti e vigili che di queste misure venga fatto effettivamente uso da parte del dipendente, non potendo attribuirsi alcun effetto esimente, per l'imprenditore, all'eventuale concorso di colpa del lavoratore, la cui condotta può comportare, invece, l'esonero to-

tale del medesimo imprenditore da ogni responsabilità solo quando presenti i caratteri dell'abnormità, inopinabilità ed esorbitanza, necessariamente riferiti al procedimento lavorativo "tipico" e alle direttive ricevute, così da porsi come causa esclusiva dell'evento» (così, da ultimo, Cass. n. 19559 del 13 settembre 2006). Così forse come non è superfluo ricordare altro principio, di portata generale, per cui «Il lavoratore che agisca nei confronti del datore di lavoro per il risarcimento integrale del danno patito a seguito di infortunio sul lavoro ha l'onere di provare il fatto costituente l'inadempimento e il nesso di causalità materiale tra l'inadempimento e il danno, ma non anche la colpa del datore di lavoro, nei cui confronti opera la presunzione posta dall'art. 1218 cod. civ., il superamento della quale comporta la prova di avere adottato tutte le cautele necessarie a evitare il danno, in relazione alla specificità del caso, ossia il tipo di operazione effettuata e ai rischi intrinseci della stessa, potendo al riguardo non risultare sufficiente la mera osservanza delle misure di protezione individuale imposte dalla legge» (Cass. n. 16003 del 19 luglio 2007). (*Omissis*). Ciò comporta che, come prospettato dall'appellante, la durata dell'infortunio considerato non possa essere valutato ai fini del comporto, con ciò venendosi a determinare, per circostanza incontestata, e per ciò pacifica, il mancato superamento dello stesso.

(*Omissis*)

(1) INCIDENZA DELLA RESPONSABILITÀ *EX* ART. 2087 COD. CIV. SUL SUPERAMENTO DEL PERIODO DI COMPORTO. QUALI CONSEGUENZE?

Le conclusioni a cui è giunta la Corte d'Appello di Torino nella sentenza in nota offrono numerosi spunti riflessivi in merito alla responsabilità del datore di lavoro di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore prevista dall'art. 2087 cod. civ. e le conseguenze, sul piano probatorio, derivanti dalla suddetta responsabilità.

Il riferimento al generale obbligo di sicurezza del datore di lavoro assume inoltre, nel caso di specie, una valenza particolare, in ragione della condizione di invalidità della lavoratrice in parola, illegittimamente licenziata per superamento del periodo di comporto, dovuto a una prolungata assenza derivante da un infortunio occorso sul lavoro.

1. — *Art. 2087 cod. civ. e obbligo di sicurezza* — L'art. 2087 cod. civ., secondo cui «L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica ma anche la personalità morale dei prestatori di lavoro», è considerato la «chiave di volta» delle regole di tutela e sicurezza del lavoro, nonché la norma generale di chiusura dell'intero sistema antinfortunistico, da leggere in combinato disposto con l'art. 32, comma 1, Cost., che tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della società.

Per lungo tempo, si è fatto riferimento all'art. 2087 cod. civ. esclusivamente in chiave risarcitoria, per i danni cagionati ai lavoratori derivanti da un'inidonea organizzazione del lavoro da parte del datore di lavoro. A tal proposito, parte della dottrina (E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, e L. Montuschi, *Diritto alla salute ed organizzazione del lavoro*, Milano, 1989) ha sottolineato come una delle cause per cui, a lungo, nel nostro ordinamento non si sia dato il giusto peso al problema dell'organizzazione del lavoro e dei conseguenti rischi per la sicurezza dei lavoratori è proprio la mancata applicazione dell'art. 2087 cod. civ. nella sua parte «attiva» (cioè quella relativa all'adozione di misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica), stante il suo utilizzo esclusivo sotto il profilo risarcitorio.

Nonostante una «valorizzazione parziale» dell'art. 2087 cod. civ. si osserva, tuttavia, come la stessa norma evidenzi la specialità del rapporto contrattuale di lavoro rispetto alla generalità dei contratti, laddove il legislatore ha previsto esplicitamente un autonomo e ulteriore obbligo di protezione della salute del prestatore di lavoro, che si aggiunge ai normali obblighi di protezione integrativi di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. (clausole generali di correttezza e buona fede), proprio a dimostrazione dell'importanza dei valori da tutelare.

Nell'ambito del rapporto di lavoro, difatti, l'implicazione della stessa persona del lavoratore comporta non solo che lo stesso collabori attivamente alla soddisfazione degli interessi datoriali e al rispetto del patrimonio aziendale, ma anche, e soprattutto, che il datore garantisca la sicurezza del lavoratore, con un progressivo adattamento del sistema dell'organizzazione aziendale alle nuove esigenze tecnologiche, nonché agli strumenti e ai mezzi indicati dall'esperienza e dalla tecnica.

Ne deriva che, data l'importanza degli interessi tutelati dall'art. 2087 cod. civ., di recente si è radicato il convincimento dell'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo in capo al lavoratore, passando da una logica di tutela meramente risarcitoria *ex post* a una logica di generale tutela preventiva (Tribunale di Pisa 14 marzo 2008, n. 47, in *Mass. Giur. lav.*, n. 6/2008, con nota di M. Papaleoni).

Il datore, pertanto, è tenuto non solo ad astenersi da condotte che siano lesive dell'incolumità del lavoratore, ma anche ad adottare tutte quelle misure che, seppur non richiamate da norme specifiche, appaiano necessarie per la prevenzione di infortuni e, in generale, per l'incolumità del lavoratore integrando, eventualmente, le lacune dell'ordinamento in materia e adeguandosi, automaticamente, ai progressi della tecnologia (Vedi Cass. 12 luglio 2004, n. 12863, in *Not. giur. lav.*, n. 2/2005).

A tal proposito, e proprio nell'ottica di rivalutazione di una condotta datoriale che prevenga eventuali rischi sul lavoro, si tenga conto che, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. *c*, del recente T.U. sulla sicurezza (d.lgs. n. 81 del 9 aprile 2008), il datore di lavoro, nell'affidare i compiti ai lavoratori, deve tener conto delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla sicurezza.

Si evidenzia, altresì, proprio la rilevanza riconosciuta all'obbligo di sicurezza, la cui violazione, ai sensi dell'art. 55, comma 4, lett. *c*, del T.U., comporta una sanzione piuttosto rigorosa, di carattere penale, e cioè l'arresto da tre a sei mesi o l'ammenda da euro 2.000,00 a euro 5.000,00.

Peraltro, con particolare riguardo al lavoratore diversamente abile, nello stesso d.lgs. n. 81/2008 (art. 42) il legislatore espressamente prevede che il datore di lavoro,

in relazione ai giudizi relativi alla mansione specifica previsti dall'art. 41 dello stesso T.U., «attua le misure indicate dal medico competente, e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica, adibisce il lavoratore, ove possibile, ad altra mansione compatibile con il suo stato di salute».

Infine, in merito alla natura giuridica della responsabilità *ex* art. 2087 cod. civ. in giurisprudenza (*Ex multis*, vedi Cass. n. 14323/2002, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II) e in dottrina (Vedi Montuschi, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in q. *Riv.*, 2001), si riconosce, ormai, la natura contrattuale della stessa «perché il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge (ai sensi dell'art. 1374 cod. civ.) dalla disposizione che impone l'obbligo di sicurezza» (Vedi sentenza Cass., Sez. lav., 23 aprile 2008, n. 10529, in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, n. 29, del 18 luglio 2008).

2. — *Art. 2087 cod. civ. e onere probatorio* — In linea con la natura contrattuale della responsabilità di cui all'art. 2087 cod. civ., la pronuncia in nota richiama, in merito all'onere probatorio, la presunzione di colpa del datore di lavoro *ex* art. 1218 cod. civ., la quale può essere superata solo se lo stesso datore prova di aver adottato tutte le cautele necessarie a evitare il danno.

In merito, si sono espressamente pronunciate le Sezioni Unite della Suprema Corte Cass. con la sentenza del 30 ottobre 2001, n. 13533, secondo cui, «in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto e il relativo termine di scadenza, il danno subìto e limitarsi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento o dalla non imputabilità dell'inadempimento» (*Contra*, vedi, *ex multis*, Cass., Sez. lav., 25 maggio 2006, n. 12445, e Cass., Sez. lav., 7 marzo 2006, n. 4840, in *Mass. Foro it.*, 2006, 411, secondo cui il lavoratore è tenuto a provare l'esistenza del danno, la nocività dell'ambiente lavorativo, nonché il nesso tra i due elementi, mentre incombe sul datore di lavoro l'onere di provare la propria assenza di colpa).

Tale assunto si applica anche alle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro, in particolare in materia di distribuzione dell'onere della prova per responsabilità del danno derivante da infortunio sul lavoro (Di recente, vedi Cass., Sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9817, in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, n. 23, del 6 giugno 2008; *contra*, vedi Cass. del 19 luglio 2007, n. 16003, secondo cui è onere del lavoratore provare il fatto costituente l'inadempimento del datore di lavoro dell'obbligo di sicurezza; in tema di allegazione e prove nel processo del lavoro, vedi A. Vallebona *Gli oneri di allegazione e di prova nelle azioni fondate sull'inadempimento del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 2002, I, p. 251, ora in *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, Padova, 2006, secondo il quale in tutti i tipi di azioni, anche nell'ambito delle controversie di lavoro, a eccezione delle obbligazioni negative, il creditore è tenuto soltanto a provare l'esistenza dell'obbligazione e a dedurre l'inadempimento del debitore).

Si evidenzia, inoltre, che data la suddetta distribuzione dell'onere della prova non può configurarsi, in capo al datore di lavoro, una responsabilità oggettiva *ex* art. 2087

cod. civ., così come «l'allegazione del mancato pagamento di una somma di denaro non comporta una responsabilità oggettiva del debitore, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ.» (In tal senso, vedi Cass., Sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9817, *op. cit.*).

Nel caso di specie, la lavoratrice ha opportunamente adempiuto ai propri oneri probatori, sia producendo in giudizio il referto della Commissione medica del 7 aprile 2003 nel quale esplicitamente venivano indicate le mansioni che la signora M. poteva svolgere compatibilmente con il suo stato di salute, sia attraverso prove testimoniali dalle quali è emersa la precisa dinamica dell'evento dannoso, oltre al fatto che la lavoratrice in parola effettuava la stessa attività delle sue colleghe.

A fronte di ciò, la società datrice di lavoro non ha dato prova alcuna di aver predisposto un'organizzazione del lavoro tale da rendere possibile per la lavoratrice in parola lo svolgimento di mansioni compatibili con la sua condizione di invalida civile, né di «aver adottato espliciti provvedimenti con cui escludere dai compiti lavorativi affidati alla signora M. quelli comportanti un possibile pericolo per la sua salute». Dall'istruttoria, peraltro, è emerso che la società continuava ad adibire la lavoratrice a mansioni incompatibili con il suo stato di salute, nonostante fosse perfettamente al corrente dei suoi problemi fisici, considerato anche che la stessa era stata assunta obbligatoriamente, in quanto invalida civile (In tal senso, vedi Cass., Sez. lav., n. 7730, del 23 aprile 2004, in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, n. 23, del 4 giugno 2004).

Lo stesso giudice di primo grado, pur conoscendo le indicazioni di cui al referto della Commissione medica, non ne ha tenuto conto ai fini della propria decisione; anzi, ha addirittura ritenuto che il rischio poteva essere evitato, con semplici accorgimenti della lavoratrice. Tale ragionamento, come giustamente evidenziato nella pronuncia in esame, è basato su convincimento soggettivo del Tribunale, che non si ritiene condivisibile in considerazione sia dell'orientamento giurisprudenziale citato in sentenza, secondo cui il datore di lavoro è esonerato da responsabilità solo quando il comportamento del lavoratore è abnorme, inopinabile ed esorbitante, sia dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui «l'art. 2087 cod. civ. impone al datore di lavoro il dovere di adottare, di propria iniziativa, e sotto il proprio controllo, tutte le misure necessarie a garantire la sicurezza del lavoro, non consentendogli di demandare in via sistematica allo stesso lavoratore la valutazione e la decisione su ciò che, di volta in volta, può essere rischioso per la propria salute» (In tal senso, Pret. Milano, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 144).

Ovviamente, il parametro a cui il datore di lavoro dovrà rifarsi nella predisposizione delle misure idonee a evitare il danno non potrà essere un parametro generico «di massima sicurezza sul mercato» generatore di estrema incertezza sulla condotta da tenersi, ma dovrà avere a oggetto «misure che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti» (Corte Cost. 25 luglio 1996, n. 312, con nota di A. Vallebona, *Sicurezza del lavoro e certezza del diritto: finalmente scende in campo la Corte Costituzionale*, in *Mass. Giur. lav.*, 1996).

Come puntualmente osservato dal giudice del gravame nella sentenza annotata, le tutele che la società datrice di lavoro era tenuta a garantire *ex* art. 2087 cod. civ. attenevano semplicemente a un'organizzazione del lavoro che tenesse in giusto conto le condizioni di salute della lavoratrice, alla luce delle indicazioni, peraltro chiare e specifiche, contenute nel referto della Commissione medica.

3. — *Inadempimento contrattuale* ex *art. 2087 cod. civ. e licenziamento per superamento del periodo di comporto* — Venute meno, pertanto, le garanzie e gli accorgimenti nell'organizzazione del lavoro, la malattia del lavoratrice, che ha poi determinato il superamento del periodo di comporto, va imputata allo stesso datore, alla luce del principio di diritto secondo cui «il recesso del datore di lavoro per superamento del periodo di comporto è sempre giustificato, tranne il caso in cui la malattia sia causata da comportamento colpevole del datore di lavoro, nel qual caso la previsione dell'art. 2110 cod. civ. non avrebbe effetto» (Cass., Sez. lav., 7 aprile 2003, n. 5413, in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, n. 21/2003, p. 28).

Nel concetto di malattia riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 2110 cod. civ., secondo giurisprudenza maggioritaria, non rientra quella derivante da responsabilità datoriale per l'inadempimento di obblighi precisi e, in particolare, dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 cod. civ. Non sono computabili, pertanto, ai fini del comporto, quelle malattie che abbiano trovato causa nella nocività dell'ambiente di lavoro, di cui sia responsabile il datore di lavoro, anche in violazione dello specifico obbligo costituzionale di tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore, di cui all'art. 41, comma 2, Cost. (Cass., Sez. lav., 12 giugno 1995, n. 6601, in *Mass. Giur. lav.*, n. 139, del 1995, p. 47; Cass., Sez. lav., 18 aprile 2000, n. 5066, in *Not. giur. lav.*, 2000, p. 604).

Conseguentemente, l'assenza per malattia, avente causa in fattori di nocività ambientali dipendenti da un comportamento colpevole del datore, rende inapplicabile la normativa prevista dall'art. 2110 cod. civ. e, quindi, il lavoratore manterrà il diritto alla conservazione del posto.

Il datore di lavoro, difatti, non potrà procedere alla risoluzione del contratto, avvalendosi di una clausola di legge al maturarsi di una situazione derivante da un suo comportamento, peraltro contrattualmente inadempiente (Vedi Tribunale di La Spezia 4 luglio 2005, n. 294, testo integrale reperibile sul sito *www.fmb.unimore.it*).

Si condividono in pieno le conclusioni cui giunge la Corte d'Appello di Torino, altresì, in ordine alla reintegrazione nel posto di lavoro della lavoratrice illegittimamente licenziata, secondo la disciplina dell'art. 18 Stat. lav., quale giusta conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo di cui all'art. 2087 cod. civ.

A tal proposito, si osserva come una parte della dottrina ponga in dubbio l'esattezza del principio per cui all'inadempimento *ex* art. 2087 cod. civ. sia riconducibile la reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato. Secondo tale tesi, difatti, all'inadempimento datoriale dovrebbero ricondursi esclusivamente conseguenze di carattere risarcitorio, dal momento che la disapplicazione dell'art. 2087 cod. civ. non comporta, contestualmente, la disapplicazione dell'art. 2110 cod. civ., che ha finalità differenti rispetto alla giustificazione oggettiva del licenziamento (In tal senso, vedi nota a Cass., Sez. lav., 7 aprile 2003, n. 5413, in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, n. 21/2003).

A parere di chi scrive, condividere siffatto assunto significherebbe non solo non tenere in debita considerazione la posizione pressoché unanime sia della giurisprudenza di merito che di quella di legittimità, ma anche «svilire» il contenuto e la *ratio* dell'art. 2110 cod. civ.

In particolare, in base a tale disposizione, quando il lavoratore supera il limite di sopportabilità dell'assenza, il datore ha il diritto di porre fine unilateralmente al rapporto di lavoro, secondo una disciplina speciale rispetto sia a quella della legge n.

604/1966 sia a quella della risoluzione dei contratti. Qualora non ci sia il superamento di tale periodo, o quanto meno lo stesso non sia ascrivibile a un comportamento del lavoratore, viene meno il presupposto sostanziale per l'esercizio del diritto di recesso da parte del datore di lavoro e, pertanto, non può che ripristinarsi, senza alcuna soluzione di continuità, la situazione antecedente l'illegittima intimazione del licenziamento.

Marinella Colucci
*Ispettore del lavoro – Direzione provinciale del lavoro di Roma*
*Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro*
*presso l'Università degli Studi di Roma «La Sapienza»*

*Si segnala, con riferimento alla Circolare del 18 marzo 2004 del Ministero del lavoro, che le considerazioni contenute nel presente lavoro sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autrice e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione cui appartiene (l'Autrice è attualmente in servizio presso il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali).*

TRIBUNALE LARINO, 30 luglio 2008, Sez. lav., ord. – Est. Aceto – G. G. (avv.ti Piccinini, Reni, Martelloni, Salemme, D'Adamo) c. M. S. Pharma Services Srl (avv.ti G. e A. Simonetti, De Michele).

**Trasferimento di azienda – Patto di stabilità – Continuità occupazionale – Interpretazione secondo buona fede – Effettività della prestazione – Illiceità della collocazione in Cassa integrazione guadagni – Sussiste.**

**Controversie di lavoro – Competenza per territorio – Società farmaceutica – Dipendenza – Coincidenza con la residenza dell'informatore scientifico del farmaco – Sussiste.**

*Il patto di stabilità che garantisce la continuità occupazionale per un certo lasso di tempo è da intendersi come garanzia di svolgimento effettivo della prestazione lavorativa in relazione al periodo pattuito. Pertanto la collocazione in cassa integrazione guadagni nel corso di tale intervallo temporale integra un'ipotesi di inadempimento contrattuale per contrarietà al principio di buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto, ancor più se la messa in Cig appare caratterizzata da illogicità e indeterminatezza nell'indicazione e nell'attuazione dei criteri di scelta dei lavoratori. (1)*

*Sussiste la competenza territoriale del giudice del lavoro nella cui circoscrizione si trova la residenza dell'informatore scientifico del farmaco ricorrente; questa assume natura di dipendenza dell'impresa ove presso l'abitazione del lavoratore vi siano tutte le dotazioni utili ai fini della configurazione di una vera e propria articolazione operativa dell'azienda. (2)*

(*Omissis*)

Con atto dep. il 23 maggio 2008, il sig. G. G. ricorreva a questo Tribunale affinché, ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., fosse urgentemente ordinato alla società M. S. Srl di reintegrarlo nel suo posto di lavoro e nella zona ove aveva svolto la propria attività sino alla data di sospensione dalla attività lavorativa e di messa in Cassa integrazione guadagni straordinaria; sospensione comunicatagli il 2/8 aprile 2008 e della quale veniva addotta la nullità/illegittimità/inefficacia. Instava altresì per l'adozione di ogni provvedimento idoneo a garantire il rispetto, da parte della M. S., del patto di stabilità (sul quale si veda *infra*) e preannunziava l'esercizio, in via ordinaria, delle proprie azioni connesse ai danni patrimoniali e non, derivanti dall'illegittimo atteggiamento datoriale […]. Lamenta quindi il ricorrente la violazione degli obblighi a suo tempo assunti da M. S. e del patto di stabilità con-

tratto direttamente con lui nel luglio 2007; obblighi che, letti congiuntamente e nell'ottica della interpretazione secondo buona fede, comportavano una tutela della effettiva e reale conservazione dell'attività lavorativa del loro beneficiario….

*Sulla competenza*

(*Omissis*) Appare evidente che l'abitazione del ricorrente, siccome luogo nel quale si concentravano le dotazioni d'ufficio, in relazione al tipo di attività svolta, costituisse vera e propria articolazione operativa d'azienda. In questo senso, Cass., Sez. lav., ord., n. 10691, del 4 giugno 2004, ha avuto modo di precisare che: ai fini della competenza territoriale nelle controversie di lavoro, la nozione di «dipendenza» alla quale è stato o è addetto il lavoratore ricorrente – richiamata dal comma 2 dell'art. 413 cod. proc. civ. per l'ipotesi del rapporto di lavoro subordinato privato – deve essere interpretata in modo conforme al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), tenendo conto, come termini di comparazione, del criterio del domicilio (previsto dal successivo comma 4 per i rapporti di agenzia e di parasubordinazione) e del criterio della sede di lavoro (contemplato dal comma 5 della medesima disposizione per i rapporti di lavoro pubblico) e pertanto comprende anche l'abitazione del dipendente che si configuri come una elementare terminazione dell'impresa costituita da un minimo di beni aziendali necessari per l'espletamento della prestazione lavorativa (quali, nella specie, il *computer*, la modulistica, il materiale pubblicitario nonché i «campioni» di medicinali utilizzati dal dipendente per lo svolgimento, in posizione di subordinazione, dell'attività di informatore scientifico di farmaci). In aggiunta a ciò va evidenziato che, come risulta dalla stessa documentazione in atti, presso l'abitazione del ricorrente erano dislocati beni strumentali di impresa, necessari all'esercizio dell'attività di Ifs e a lui consegnati in dotazione (utenza radiomobile, linea Adsl, autovettura, materiale promozionale, campioni di farmaci e *gadgets*, borsa lavoro, frigo portatile e *computer*).

Si deve quindi ritenere infondata la eccezione d'incompetenza.

*Sul* fumus boni iuris

Dalla documentazione allegata risulta che, a seguito della cessione d'azienda da P. I. a M. S., il cessionario s'impegnava a non dichiarare lo stato di crisi aziendale e a non avviare procedure per il licenziamento collettivo nel corso dei 36 mesi successivi al perfezionamento del ramo d'azienda, oggetto del contratto stesso. […] Si tratta senza alcun dubbio di una stipulazione a favore dei terzi dipendenti dalla P. I. riconducibile nell'alveo dell'art. 1411 cod. civ. Non v'è dubbio, infatti, che l'impegno assunto dalla cessionaria nei confronti della cedente costituisse elemento del sinallagma contrattuale che

fungeva da strumento ricognitivo della solidità economico-finanziaria della M. S. Atteso il modestissimo prezzo di cessione del ramo d'azienda (euro 1.000,00) è evidente che le garanzie richieste attenevano non tanto la capacità patrimoniale del cessionario di far fronte alle obbligazioni patrimoniali assunte direttamente nei confronti della cedente, quanto la sua capacità di garantire stabilità occupazionale ai dipendenti ceduti. Non si tratta nemmeno, peraltro, di evenienza eccezionale e del tutto avulsa dalla logica di mercato. In un caso del tutto simile e sovrapponibile a questo, infatti, la S.C. ha stabilito che l'accordo collettivo, di natura obbligatoria, stipulato tra un imprenditore e un'organizzazione sindacale dei lavoratori, con cui il primo assume nei confronti della seconda impegni relativi alla assunzione di *ex* dipendenti di società appaltatrici di lavori per conto del medesimo imprenditore presso altre aziende subentranti nei contratti di appalto, può configurare un contratto a favore di terzi da cui derivano specifici diritti dei lavoratori interessati nei confronti dell'imprenditore stipulante; a tal fine occorre peraltro che in base all'accordo siano individuabili come beneficiari dei soggetti rimasti estranei alla stipulazione, che risultino contestualmente determinati o almeno determinabili (Sez. lav., sentenza n 10560 del 8 ottobre 1991).

Ciò detto, e ritenuta la sussistenza del contratto a favore di terzi, va evidenziato che il ricorrente aveva transatto i suoi diritti rinunziando, dietro compenso, alle azioni comunque connesse al rapporto di lavoro con P. I. e liberando M. S. dalle obbligazioni riferite al rapporto di lavoro in essere fino al 31 gennaio 2007. Quest'ultima avrebbe garantito la continuità occupazionale al lavoratore cedutole per tre anni decorrenti dal 13 febbraio 2007 (dalla data cioè di subentro, nel rapporto di lavoro, di M. S. a P. I.), fatti salvi i casi di risoluzione del rapporto di lavoro per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo ai sensi delle vigenti disposizioni di legge. La continuità occupazionale garantita al G. G. dal suo nuovo datore di lavoro non può che essere letta e interpretata alla luce degli obblighi assunti da quest'ultimo nel contratto stipulato a suo favore con la P. I. e secondo un principio di buona fede che, come noto, presiede ogni fase dell'attività negoziale, sin dai suoi primi esordi. Appare evidente che l'interesse del G. G. fosse quello di preservare la continuità della propria attività lavorativa anche di fronte al nuovo datore di lavoro, e che intanto egli si sia determinato a rinunziare ai diritti derivatigli dal contratto di cessione di azienda in quanto il suo nuovo datore di lavoro si fosse assunto direttamente nei suoi confronti gli obblighi a suo tempo assunti con P. I., per quanto in suo favore. L'esclusione della garanzia ai soli casi di risoluzione del rapporto per giusta causa o giustificato motivo rafforza l'interpretazione della norma negoziale nell'unico senso logicamente e ragionevolmente attribuibile a essa secondo, appunto, principio di buona fede: e cioè che la P. I. avrebbe garantito al G. G. di poter continuare

a lavorare negli stessi esatti termini con cui aveva sino ad allora lavorato alle dipendenze della P. I. […]. Il patto di stabilità con lui contratto impediva, in radice, alla M. S. di porre il ricorrente in Cassa integrazione guadagni e ciò a prescindere dal fatto che l'individuazione del ricorrente è stata effettuata, oltre che in violazione degli obblighi contrattualmente assunti, con modalità non trasparenti, sulla base di motivazioni del tutto generiche, in contrasto con (e senza anzi) la necessaria predisposizione di criteri certi e predeterminati che consentissero di individuare e sindacare, anche sotto il profilo del criterio dei particolari casi sociali, le ragioni di una scelta che, nei fatti, nel caso in esame, sfiora il confine dell'arbitrio e dell'illogicità, alla luce delle condizioni familiari del ricorrente e di quelle dei suoi colleghi molisani.

*Sul* periculum in mora

Il ricorrente ha addotto, a sostegno della propria domanda cautelare, il rischio di veder perdere conoscenze, possibilità di aggiornamento, la quotidiana frequenza dei medici e delle strutture sanitarie, in una parola la propria professionalità. Sotto altro profilo viene lamentato il rischio derivante dal grave impoverimento economico per essere il ricorrente l'unico percettore di reddito, padre di una piccola bambina e gravato di un mutuo non altrimenti onorabile.

Il *periculum* sussiste con riferimento al primo dei parametri evidenziati: la perdita di professionalità.

La collocazione in Cigs, se illecita, come in questo caso, è causa di danno risarcibile. Sostenere che si tratta di mera sospensione dell'attività lavorativa (non di sua cessazione) è argomento che non coglie nel segno perché sarebbe valido se la procedura fosse stata legittima e non, come in questa, in contrasto con obblighi pattizi e disposizioni legislative. Il termine di paragone è tra una situazione di (forzata e ingiusta) inattività e una situazione di piena e normale attività. Si tratta, cioè, di una situazione perfettamente sovrapponibile (in quanto la contiene) a quella dell'ingiusto demansionamento (Corte di Cassazione, n. 6572, del 24 marzo 2006) […].

Anche sotto questo profilo, quindi, il ricorso è fondato.

La rimozione del provvedimento di sospensione comporta che al G. G. vada restituita, nella sua pienezza, la situazione lavorativa immediatamente antecedente il 2 aprile 2008 e/o comunque di messa in Cigs. Il tutto mediante reintegra nello *status quo ante* l'impugnato provvedimento.

(*Omissis*)

## (1-2) CLAUSOLA DI STABILITÀ E BUONA FEDE: CONTINUITÀ OCCUPAZIONALE SIGNIFICA «LAVORARE»

L'ordinanza in commento si segnala per aver affrontato «in un sol colpo» differenti istituti tuttora controversi nel panorama dottrinale e giurisprudenziale.

Innanzitutto, il giudice della cautela ha definito la questione della *competenza territoriale* relativa ai processi promossi da parte degli informatori scientifici del farmaco, figure professionali caratterizzate dal continuo spostamento su un determinato territorio al fine di intrattenere con i medici e il personale delle strutture sanitarie rapporti volti alla pubblicizzazione dei farmaci prodotti dall'azienda datrice di lavoro e da altre aziende in virtù di contratti di *copromotion* stipulati da queste ultime con la prima. Invero, tali lavoratori, assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato, di norma detengono presso l'abitazione di residenza tutti gli strumenti utili – di proprietà dell'azienda – per lo svolgimento delle proprie mansioni, quali utenza radiomobile, linea Adsl, autovettura, materiale promozionale, borsa lavoro, frigo portatile e *computer*, a tal punto da rendere individuabile presso la residenza dell'informatore una vera e propria articolazione autonoma dell'azienda qualificabile come dipendenza rilevante ai fini della competenza territoriale *ex* art. 413 cod. proc. civ.

Nel caso oggetto del provvedimento in esame il giudice è giunto a tale conclusione ponendo in rilievo che anche nella fase del trasferimento di ramo d'azienda, con cui il ricorrente, insieme ad altri lavoratori, era stato ceduto da una nota impresa multinazionale alla convenuta, l'oggetto della cessione era stato identificato – dalle parti contraenti – nei rapporti di lavoro unitamente ai «beni strumentali, alle dotazioni di lavoro e alle attrezzature afferenti al personale qualificato», e che i giudici chiamati a giudicare la validità di tale operazione avevano concluso per la sua legittimità (Trib. Milano, n. 1931/2007; Corte d'Appello Milano, n. 90/2008), statuendo che ciò che era stato trasferito costituiva un'entità autonomamente organizzata, come del resto ormai pacificamente ammesso dalla Suprema Corte (Cass. 5 marzo 2008, n. 5932, in *Mass. Giust. civ.*, 3). Da tale assunto l'ordinanza qui annotata ha attinto per corroborare la tesi della dipendenza, secondo la quale «l'abitazione del lavoratore, siccome luogo nel quale si concentravano le dotazioni d'ufficio, in relazione al tipo di attività svolta, costituiva articolazione operativa dell'azienda», con ciò aderendo a quanto stabilito dalla Cassazione (Cass. 4 giugno 2004, n. 10691, in *Foro it.*, 2004, I, 2028; Cass. 1° marzo 2001, n. 2971, *ivi*, 2001, I, 1547).

Affrontando il merito della controversia, seppur in chiave di accertamento del mero *fumus boni iuris*, l'ordinanza in commento è da considerarsi preziosa per aver delineato in termini più chiari e precisi l'ambito operativo del cd. *patto di stabilità*, talvolta inserito nelle pattuizioni individuali tra azienda e lavoratore al precipuo fine di garantire al dipendente, o anche alla stessa impresa, un trattamento di miglior favore rispetto a quello derivante dalla legge e dalla contrattazione collettiva e consistente essenzialmente nell'assicurare al lavoratore, in relazione a un periodo specificamente pattuito, la continuità occupazionale, con facoltà in capo all'azienda di recedere nel corso di tale periodo solo per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo.

Invero la giurisprudenza più frequentemente definisce tali pattuizioni – che possono essere stipulate anche a favore del datore di lavoro – come clausole di durata minima, le quali non alterano la natura del rapporto di lavoro a cui si riferiscono, che resta

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 (Cass. 15 novembre 1996, n. 10043, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 87; Cass. 30 ottobre 1990, n. 10460, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 867; Cass. 25 giugno 1987, n. 5600, in *Not. giur. lav.*, 1987, p. 494). Pertanto, in ipotesi di anticipata e ingiustificata risoluzione del rapporto da parte del datore di lavoro (così come in quella di dimissioni del lavoratore per giusta causa), quest'ultimo avrà diritto al risarcimento del danno pari all'ammontare delle retribuzioni che avrebbe percepito se la risoluzione non fosse intervenuta (Cfr., *ex plurimis*, Cass. 25 giugno 1987, n. 5600; Cass. 10 marzo 1984, n. 1676). I giudici di legittimità, in relazione all'obbligo di risarcimento dei danni incombente sul datore di lavoro, hanno poi precisato che tali danni, ai sensi degli artt. 1223 e 1227 cod. civ., sono dovuti per il periodo di durata minima garantita dal contratto finché il prestatore di lavoro non trovi, usando l'ordinaria diligenza, altra idonea occupazione; e hanno aggiunto che dal loro ammontare va detratto quanto il lavoratore medesimo abbia ricavato da una successiva occupazione ottenuta nel periodo suddetto, mentre grava sul datore di lavoro, che voglia limitare la misura del risarcimento, l'onere di provare sia il difetto di diligenza del lavoratore nella ricerca di una nuova occupazione, sia i proventi eventualmente ricavati da quest'ultima (Cfr. Cass. 10 marzo 1984, n. 1676).

Orbene, nel caso deciso dall'ordinanza cautelare annotata, il *patto di stabilità* convenuto tra azienda e lavoratore nel febbraio 2007 era volto a garantire la «continuità occupazionale per un triennio», fatte salve le sole ipotesi di recesso per ragioni inerenti alla persona del lavoratore (giusta causa o giudicato motivo soggettivo). Non solo. All'atto della cessione che aveva interessato il ricorrente (trasferimento di ramo d'azienda tra P. I. e M. S.) le due aziende avevano convenuto espressamente che la cessionaria si impegnava a non dichiarare lo stato di crisi e a non avviare procedure di licenziamento nei tre anni successivi alla stipulazione (cioè fino al 2010). Tale specifica clausola è riconducibile – come recisamente affermato dal giudice – a una stipulazione a favore di terzo – i lavoratori ceduti – *ex* art. 1411 cod. civ., posto che, a fronte dell'irrisorio corrispettivo della cessione versato dalla cessionaria M. S., è evidente – si legge nell'ordinanza – che le garanzie assunte da quest'ultima nei confronti della cedente P. I. attenevano non tanto alla sua capacità patrimoniale, quanto alla capacità di garantire stabilità occupazionale ai dipendenti, ciò anche al fine di evitare l'eventuale contenzioso derivante dalla cessione d'azienda.

Sulla base di tali considerazioni e in applicazione del canone ermeneutico di buona fede *ex* art. 1366 cod. civ., la decisione in commento ha inteso il requisito della continuità occupazionale, prevista sia dall'accordo di cessione che dal *patto di stabilità*, in termini di effettiva possibilità di espletare la prestazione lavorativa con correlato trattamento retributivo, concretando, quindi, la collocazione in Cassa integrazione guadagni un'ipotesi di vero e proprio inadempimento contrattuale.

Peraltro, la messa in Cig si palesava vieppiù illegittima non solo perché attuata in violazione dell'obbligo di stabilità pattiziamente assunto – nell'ambito, come detto, di un'esegesi secondo buona fede –, ma anche poiché realizzata in dispregio dell'art. 1, commi 4 e 5, della legge n. 223/1991, ossia attraverso la comunicazione di criteri di sospensione generici e indeterminati; ciò legittimava i lavoratori danneggiati dalla scelta datoriale a impugnare la messa in Cig anche sotto questo secondo profilo, posta la

violazione degli obblighi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. (Cass., Ss.Uu., 13 ottobre 1993, n. 10112, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 825, con nota di Bonardi). Detti princìpi generali sono stati, da ultimo, valorizzati dalla giurisprudenza che è giunta, in base a essi, a sindacare la sussistenza della causa dei contratti e l'equilibrio economico degli stessi (*Ex plurimis*, Cass. 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506, con nota di Caringella).

Tali argomentazioni hanno condotto il giudice dell'ordinanza in commento ad affermare la legittimazione dei lavoratori a impugnare il provvedimento di collocazione in Cig al di là e a prescindere dall'esistenza di accordi collettivi e dalla concessione delle provvidenze da parte dell'Ente competente (Inps), richiamando in tal senso, oltre alle su menzionate clausole generali, i presìdi costituzionali di cui agli artt. 2 e 41 Cost. e sottolineando, in punto di *periculum in mora*, che l'illecita collocazione in Cig, alla stregua di un demansionamento o di un licenziamento, arreca un danno di tipo non patrimoniale non ristorabile per equivalente, quale – tra gli altri – il danno da perdita di professionalità (Cass., Ss.Uu., 24 marzo 2006, n. 6572, in q. *Riv.*, 2006, 2, p. 233). Su tale ultimo profilo va peraltro segnalato, in chiave di aggiornamento rispetto alla pronuncia qui annotata, la decisione chiarificatrice – ma non troppo – delle Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass., Ss.Uu., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Guida dir. «Il Sole 24 Ore»*, 2008, 47, p. 18) in tema di danno esistenziale, che non è possibile approfondire in questa sede.

Marianna Salemme
*Avvocato in Termoli*

TRIBUNALE FIRENZE, 20 giugno 2008, Sez. lav. – Pres. Muntoni – avv. F. (in proprio) c. Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense (avv.ti Lucani e Cecchetti).

**Maternità – Indennità – Estensione ai padri liberi professionisti – Art. 70, d.lgs. n. 151/2001, *ex* sentenza Corte Cost. n. 385/2005 – Ammissibilità.**

**Maternità – Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense – Natura giuridica di fondazione di Diritto privato – Cumulo tra interessi e rivalutazione monetaria del credito maturato.**

*L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 70, comma 1, d.lgs. n. 151/2001, consente di riconoscere il diritto all'indennità di maternità anche al padre libero professionista in alternativa alla madre che decida di non avvalersene. (1)*

*La natura giuridica di fondazione di Diritto privato della Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense esclude che al relativo credito sia applicabile la norma limitativa del cumulo tra interessi e rivalutazione monetaria* ex *art. 16, comma 6, legge n. 412/1991. (2)*

(*Omissis*)

*Svolgimento del processo e conclusioni delle parti*

Con il ricorso introduttivo il ricorrente avv. F. esponeva di essere iscritto alla Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense e di avere presentato in data 29 giugno 2006 regolare domanda con la quale chiedeva, in ragione della nascita del figlio avvenuta l'8 maggio 2006, che gli venisse riconosciuta l'indennità di maternità prevista per i liberi professionisti dall'art. 70, Capo XII, del d.lgs. n. 151/01, così come modificato dall'art. 1, legge n. 289/03.

L'esponente fondava la propria richiesta sostenendo – alla luce dei princìpi contenuti nella sentenza della Corte Costituzionale n. 385 del 14 ottobre 2005 in tema di affidamento preadottivo, con riconoscimento del ruolo paritario dei genitori – che il diritto a ottenere la corresponsione della citata indennità dovesse essere riconosciuto, in paritaria alternativa rispetto alla madre, anche a favore dei padri liberi professionisti.

La domanda veniva respinta dalla Cassa nazionale in quanto la sentenza della Corte Costituzionale sarebbe da qualificare come «additiva di principio», pertanto non avente un'efficacia immediatamente precettiva. Il principio da essa espresso, secondo la Cassa, avrebbe necessitato di uno specifi-

co intervento del legislatore per essere considerato parte effettiva dell'ordinamento statale. In assenza di un intervento di tal genere la norma, nel riferirsi espressamente ed esclusivamente alle libere professioniste, precluderebbe il riconoscimento di detta indennità a favore del libero professionista maschio.

Il ricorrente concludeva chiedendo al giudice di accertare e dichiarare il suo diritto a ottenere l'indennità di maternità di cui all'art. 70, d.lgs. n. 151/2001, e, per l'effetto, condannare la Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense alla corresponsione della somma in suo favore di euro 21.448,33 pari alla detta indennità calcolata ai sensi dell'art. 70, comma 2, d.lgs. n. 151/01, maggiorata degli interessi e della rivalutazione monetaria dal dì del dovuto.

La Cassa concludeva chiedendo di respingere il ricorso in quanto infondato in fatto e in diritto; in subordine, in caso di accoglimento della domanda principale, chiedeva dichiararsi non spettante al ricorrente il cumulo fra interessi e rivalutazione monetaria sulle somme richieste.

*Motivi della decisione*

La domanda proposta dal ricorrente è fondata e deve trovare accoglimento.

Il giudice osserva che l'interpretazione costituzionalmente orientata della norma di cui all'art. 70, comma 1, d.lgs. n. 151/2001, consente di accertare il diritto all'indennità di maternità non solo in capo alla madre libera professionista ma anche, in alternativa a questa, al padre libero professionista.

La norma in questione, infatti, si colloca in un quadro, delineato dal legislatore (italiano e comunitario) e dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, tendente a superare la tradizionale prospettiva di tutela della maternità intesa come prerogativa esclusiva della donna a favore di una concezione, maggiormente adeguata all'evoluzione sociale, in base alla quale ambedue i genitori sono chiamati paritariamente alla cura del figlio nei suoi primi mesi di vita.

Per delineare più specificamente tale evoluzione è utile richiamare l'Accordo quadro sul congedo parentale fatto proprio dalla Direttiva n. 96/34/Ce, recepita nel nostro ordinamento dalla legge n. 53/2000 e dal successivo d.lgs. n. 151/2001. Tale Accordo individua l'obiettivo di conciliare le esigenze familiari con quelle professionali, in conformità con quanto prevede il punto 16 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali, al fine di stimolare la partecipazione alla vita attiva e lavorativa della donna e correlativamente l'impegno familiare del padre. Obiettivo, questo, perseguito dal nostro legislatore con i provvedimenti legislativi (legge e d.lgs.) richiamati.

Il fine perseguito dalla normativa comunitaria è, dunque, quello di porre su di una posizione paritaria il padre e la madre nella cura del nascituro, in modo che essa sia assicurata da entrambi i genitori.

La Corte Costituzionale ha avuto modo di precisare, nella sentenza n. 385/2005, che, come si evince dalla *ratio* sottesa a tali interventi normativi, gli istituti nati a salvaguardia della maternità non hanno più, come in passato, il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, ma sono destinati alla difesa del preminente interesse del bambino, il quale va tutelato non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale e affettivo che sono collegate allo sviluppo della sua personalità (sentenza n. 179 del 1993).

Nella sentenza n. 179/1993 la Corte afferma:

«… pur permanendo la coscienza della funzione sociale della maternità, si è andato sempre più valorizzando il prevalente interesse del bambino e – superandosi una rigida concezione della diversità dei ruoli dei due genitori e dell'assoluta priorità della madre – si sono riconosciuti paritetici diritti-doveri di entrambi i coniugi e la reciproca integrazione di essi alla cura dello sviluppo fisico e psichico del loro figlio…»;

«la svolta veniva avvertita e favorita da questa Corte con la sentenza 14 gennaio 1987, n. 1, 10 marzo 1988, n. 276, 11 marzo 1988, n. 332, 19 ottobre 1988, n. 972, 8 febbraio 1991, n. 61, e 15 luglio 1991, n. 341…»;

«queste sentenze, infatti, oltre a riconfermare e potenziare i diritti della madre lavoratrice, elevano ancor più la posizione del bambino quale autonomo titolare di interessi da salvaguardare nell'ambito della legislazione protettiva, e sottolineano che il figlio va tutelato, "non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale cd. affettivo che sono collegate allo sviluppo della sua personalità". In questo contesto, "anche il padre è idoneo – e quindi tenuto – a prestare assistenza materiale e supporto *affettivo* al minore"; e lo stesso dicasi riguardo alla paternità e maternità legali».

L'art. 70, comma 1, d.lgs. n. 151/2001, cit., si colloca nel quadro normativo e giurisprudenziale che risulta dalla giurisprudenza complessiva della Corte Costituzionale, cosicché si impone di dare alla norme in esame un'interpretazione con tale quadro coerente, o, in altre parole, costituzionalmente orientata.

L'interpretazione adeguatrice delle norme citate costituisce soluzione obbligata che rende inappropriata e indebita ogni ipotesi di sottoposizione della norma al vaglio della Corte Costituzionale, essendo il giudice obbligato, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale, a verificare la presenza di un'interpretazione conforme a Costituzione (cfr. Corte

Cost., ordin. nn. 452/2005, 361/2005, 283/2005, 433/2004; sentenze nn. 198/2003, 107/2003, 316/2001, 113/2000).

L'interpretazione costituzionalmente adeguatrice implica necessariamente una operazione estensiva o riduttiva rispetto al tenore letterale della norma. Nel caso in esame si tratta di un intervento che, per applicare la norma in modo compatibile con la Costituzione e, più in generale, con il quadro dei princìpi generali soprarichiamati, implica l'estensione del tenore letterale della norma dovendosi essa riferire non solo alle madri ma anche ai padri professionisti.

Del resto, la stessa Corte, con la citata sentenza n. 385/2005, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72, d.lgs. citato, nella parte in cui non prevedono che al padre spetti di percepire l'indennità di maternità in alternativa alla madre, attribuita dalla normativa solo a quest'ultima.

È vero che la sentenza della Corte si riferisce al caso in cui vi sia un affidamento preadottivo del minore e non anche alla filiazione biologica, ma è vero anche che le medesime argomentazioni da essa utilizzate valgono pure per quest'ultima ipotesi. Dopo aver richiamato, infatti, il principio per cui è il figlio il principale soggetto cui è rivolta la tutela delle norme sulla maternità, la Corte afferma che:

«… Occorre garantire un'effettiva parità di trattamento fra i genitori – nel preminente interesse del minore – che risulterebbe gravemente compromessa e incompleta se essi non avessero la possibilità di accordarsi per un'organizzazione familiare e lavorativa meglio rispondente alle esigenze di tutela della prole, ammettendo anche il padre a usufruire dell'indennità di cui all'art. 70 del d.lgs. n. 151 del 2001 in alternativa alla madre. In caso contrario, nei nuclei familiari in cui il padre esercita una libera professione verrebbe negata ai coniugi "la delicata scelta di chi, assentandosi dal lavoro per assistere il bambino, possa meglio provvedere" alle sue esigenze, scelta che, secondo la giurisprudenza menzionata di questa Corte, non può che essere rimessa in via esclusiva all'accordo dei genitori, "in spirito di leale collaborazione e nell'esclusivo interesse del figlio" (sentenza n. 179 del 1993)…»;

«la violazione del principio di uguaglianza appare ancor più evidente se si considera che il legislatore ha riconosciuto tale facoltà ai padri che svolgano un'attività di lavoro dipendente: il non aver esteso analoga facoltà ai liberi professionisti determina una disparità di trattamento fra lavoratori che non appare giustificata dalle differenze, pur sussistenti, fra le diverse figure (differenze che non riguardano, certo, il diritto a partecipare alla vita familiare in egual misura rispetto alla madre), e non consente a questa categoria di padri-lavoratori di godere, alla pari delle altre, di quella protezione che l'ordinamento assicura in occasione della genitorialità, anche adottiva».

Del resto, che la norma di cui all'art. 70, d.lgs. n. 151/2001, debba essere interpretata nel senso che il diritto dell'indennità di maternità spetti anche al padre libero professionista è desumibile anche in base a un'altra considerazione. La disposizione, infatti, attribuisce alla madre libera professionista tale indennità ma non la subordina all'astensione obbligatoria dal lavoro. In altre parole, ella avrebbe il diritto di fruirne pure ove, per ipotesi, decidesse di continuare la sua attività lavorativa anche immediatamente prima e dopo il parto. Se ne deduce che la *ratio* della norma non può essere individuata nell'esigenza di tutela della salute della donna, con esclusione quindi del padre dal diritto all'indennità. La finalità è invece quella di assicurare la migliore cura del nascituro. In questo senso, quindi, la migliore cura non può che essere assicurata da entrambi i genitori, i quali, come affermato dalla Corte Costituzionale, sono i migliori interpreti delle esigenze familiari e devono quindi poter scegliere se e come assentarsi dal lavoro nel modo più adeguato alla cura del loro figlio.

Deve pertanto essere riconosciuto il diritto del F. all'indennità di maternità di cui all'art. 70, d.lgs. n. 151/2001.

La Cassa convenuta sostiene che, anche laddove tale diritto fosse riconosciuto, il F. non avrebbe comunque diritto alla corresponsione della somma richiesta in quanto già sua moglie avrebbe percepito altra indennità di maternità. Tale eccezione è rimasta però allo stato di mera asserzione, non suffragata da alcuna prova. Rimane quindi accertato quanto dichiarato dal F., secondo il quale sua moglie, biologa, non ha chiesto alcuna indennità di maternità e dunque non si verifica alcuna duplicazione del trattamento.

Infine, nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda principale proposta dal F., la Cassa chiede di essere condannata a pagare l'indennità calcolata senza che sia operato il cumulo fra interessi e rivalutazione monetaria, trattandosi di un credito di natura previdenziale per il quale trova applicazione la norma di cui all'art. 16, comma 6, legge n. 412/1991. Secondo tale norma: «… l'importo dovuto a titolo di interessi è portato in detrazione dalle somme eventualmente spettanti al titolare della prestazione a titolo di risarcimento del maggior danno cagionatogli dalla diminuzione di valore del suo credito».

Si tratta di una norma inserita nell'ordinamento dal legislatore per esigenze di finanza pubblica, che si pone in deroga alla disciplina generale sancita per i crediti di lavoro dall'art. 429, comma 3, cod. proc. civ. il quale prevede il cumulo fra interessi e rivalutazione monetaria per i crediti di lavoro. In proposito è utile richiamare quanto statuito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 459/2000, con la quale la stessa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, comma 36, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, nella parte in cui estendeva ai rapporti di lavoro privati la re-

gola della non cumulabilità fra interessi e rivalutazione monetaria per i crediti di lavoro. La Corte afferma che:

«… la prima (e, di per sé, già decisiva) giustificazione del trattamento privilegiato attribuito ai crediti di lavoro sta […] nella qualità stessa del credito che trova, nello sfondo, il presidio e la garanzia (per così dire rafforzata) di più precetti costituzionali, quali quelli contenuti negli artt. 1, 3 cpv., 4, 34 e 36».

«Sulla base di siffatta premessa la Corte ha quindi ritenuto che il citato art. 429 cod. proc. civ. si collocasse razionalmente nel contesto di tale peculiare tutela, "apprestando un meccanismo di conservazione del valore in senso economico delle prestazioni dovute al lavoratore, volto a preservare (o, comunque, ripristinare) quel "potere di acquisto di beni reali" che si connette alla retribuzione e alle indennità di fine rapporto (costituenti la parte indiscutibilmente prevalente dei crediti del lavoratore) e nel contempo a eliminare il vantaggio che (in precedenza) conseguiva il datore di lavoro col ritardato adempimento". Ulteriore ma non secondaria ragione giustificatrice della norma è stata altresì rinvenuta nella sua funzione di remora "rispetto […] al fatto stesso del non puntuale adempimento alla scadenza delle prestazioni destinate ad assolvere esigenze primarie del lavoratore" (sentenza n. 13 del 1977: in senso conforme le sentenze n. 207 del 1994, n. 76 del 1981, n. 161 del 1977)».

Continua la Corte:

«La citata giurisprudenza, pur riferita all'art. 429, comma 3, cod. proc. civ., ha, del resto, rappresentato, sotto altro aspetto, il presupposto logico delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 38 Cost., dell'art. 442 cod. proc. civ., nella parte in cui non prevedeva un analogo meccanismo di tutela per i crediti previdenziali e per quelli assistenziali (sentenze n. 196 del 1993 e n. 156 del 1991)».

Prosegue la Corte:

«È noto che il legislatore ha nuovamente escluso, con l'art. 16, comma 6, della legge 30 dicembre 1991, n. 412 (Disposizioni in materia di finanza pubblica), il cumulo di interessi legali e rivalutazione per i crediti previdenziali e che detta norma ha superato indenne il vaglio di costituzionalità, con riferimento ancora ai parametri di cui agli artt. 3 e 38 Cost.

Le uniche ragioni giustificatrici dell'intervento legislativo sono state peraltro individuate dalla Corte, in un "contesto di progressivo deterioramento degli equilibri della finanza pubblica", nella "necessità di una più adeguata ponderazione dell'interesse collettivo al contenimento della spesa pubblica", necessità costituente, come reso evidente anche dal suo inserimento nella legge finanziaria, "*ratio* autonoma" della norma in quella sede censurata (sentenza n. 361 del 1996)».

La Corte Costituzionale afferma, quindi, che le ragioni costituzionali che sono a fondamento della disciplina posta dall'art. 429, comma 3, cod. proc. civ. valgono anche per i crediti previdenziali e che solo una ragione di contenimento della finanza pubblica ha permesso di giustificare l'introduzione nell'ordinamento della norma di cui all'art. 16, comma 6, legge n. 412/1991.

La *ratio* posta a fondamento della norma di cui all'art. 16, comma 6, legge n. 412/1991, si rinviene, dunque, secondo la Corte Costituzionale, in esigenze di equilibrio di finanza pubblica e di contenimento della spesa pubblica.

Così chiarita la *ratio* della norma in questione, occorre ora accertare se essa sia o meno applicabile anche ai crediti vantati dagli avvocati nei confronti della Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense.

La Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense, originario ente pubblico svolgente attività previdenziale e assistenziale, è stata sottoposta al processo di privatizzazione, avviato dalla legge delega 24 dicembre 1993, n. 537, avente a oggetto gli enti di previdenza e assistenza. L'art. 1, comma 33, della legge cit. ha indicato i criteri direttivi ai quali il governo si è conformato nel realizzare l'obiettivo della razionalizzazione degli enti di assistenza e previdenza: essi sono riassunti nell'esigenza di fondere, sopprimere o incorporare enti svolgenti attività similare onde evitare inutili duplicazioni. La fusione o incorporazione è invece stata espressamente esclusa per gli enti pubblici di previdenza e assistenza non destinatari di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario, per i quali è stata prevista la privatizzazione nelle forme dell'associazione o della fondazione.

La Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense rientra fra gli enti trasformati dal d.lgs. n. 509/1994 in fondazioni in quanto non destinatari di finanziamenti pubblici; enti ai quali la disciplina del decreto, in conformità con i criteri direttivi sanciti dalla legge delega citata, assicura autonomia gestionale, organizzativa, amministrativa e contabile, ferme restando le finalità istitutive e l'obbligatoria iscrizione e contribuzione agli stessi da parte dei soggetti appartenenti alle categorie rappresentate.

La natura giuridica di fondazione di Diritto privato della Cassa nazionale esclude che a essa sia applicabile la norma di cui all'art. 16, comma 6, legge n. 412/1991. Infatti, tale norma, come detto, trova giustificazione nella misura in cui assolve a esigenze di finanza pubblica; esigenze che non riguardano [la fondazione Cassa nazionale previdenza avvocati, in quanto si tratta di un ente privato non destinatario di finanziamenti pubblici.

Ne consegue che si deve operare il cumulo di rivalutazione e interessi legali sul credito attribuito al ricorrente.

(*Omissis*)

## (1-2) IL PADRE LIBERO PROFESSIONISTA DOPO LA SENTENZA CORTE COST. N. 385/2005

L'art. 70 del d.lgs. n. 151/2001, corretto nel 2003 dalla legge n. 289, scrive, regolando l'indennità di maternità per le libere professioniste, che alle stesse, «iscritte a una cassa di previdenza e assistenza di cui alla tabella D allegata al presente Testo Unico, è corrisposta un'indennità di maternità per i due mesi antecedenti la data del parto e i tre mesi successivi alla stessa», e il successivo art. 72 estende il medesimo diritto alle situazioni di adozione e affido.

Le regole vigenti sono di facile comprensione; meno semplice è la verifica d'impatto che sulle stesse ha prodotto la pronuncia della Corte Cost. n. 385/2005: prima della pronuncia, l'indennità è solo di maternità, cioè spetta esclusivamente alle madri libere professioniste; dopo la pronuncia, le aspettative dei padri di vedersi riconosciuto il relativo diritto sembrano ampliate.

Il punto è se tali aspettative (Più che legittime: si rinvia ai contributi contenuti nel volume *Paternità e lavoro*, 2007, Il Mulino; in particolare quello di S. Borelli, *Il padre lavoratore nella giurisprudenza costituzionale*, anche per un primo commento a Corte Cost. n. 385/2005) siano solo ampliabili, in futuro, dal legislatore, o già ampliate, e come tali riconosciute, nell'immediato, da qualsiasi giudice di merito.

Che l'attenzione dei liberi professionisti, in particolare avvocati, e, ovviamente, della loro controparte (la Cassa nazionale di assistenza e previdenza forense), sul punto sia alta è dimostrato dalla quantità delle pronunce emesse nell'ultimo anno. Alla sentenza in epigrafe si aggiungono Trib. Rovigo 20 febbraio 2008, n. 29, Trib. Brescia 25 febbraio 2008, Trib. Roma, III Sezione lavoro, 21 marzo 2008, n. 1174, pubblicate in *La previdenza forense*, 2008, pp. 280 ss. A conferma dell'assunto altrove affermato, che dalla scarna giurisprudenza correlata al Testo Unico di maternità e di paternità emergono per quantità (crescente nel tempo) e qualità delle questioni teoriche sottoposte ai giudici le richieste dei padri-lavoratori, si rinvia a L. Calafà, *Congedo parentale e cura del minore. Limiti funzionali al diritto potestativo del padre*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 1.

Delle quattro sentenze oggi pubblicate, sopra citate, solo quella che si commenta riconosce il diritto del padre-libero professionista a vedersi riconosciuta *l'indennità di paternità* (come è preferibile chiamarla per esigenze di coerenza sistematica). In modo limpido, il giudice concentra l'argomentazione su quel punto della sentenza della Corte Cost. n. 385/05 in cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 nella parte in cui non prevedono che al padre spetti di percepire la relativa indennità. La disamina dei princìpi affermati a livello internazionale ha aiutato il giudice a raggiungere tale conclusione insieme a un dato non secondario (e sul quale si registra il vero dissenso dalle sentenze precedentemente pubblicate): la *ratio* dell'indennità non «può essere individuata nell'esigenze di tutela della salute della donna» visto che la norma non subordina il riconoscimento dell'indennità all'astensione obbligatoria dal lavoro. «La finalità è quella di assicurare la migliore cura del nascituro» da parte di entrambi i genitori, indipendentemente dal rapporto di lavoro di cui risultano titolari (subordinato, autonomo e, come nel caso di specie, libero professionale).

L'equilibrio dell'argomentazione utilizzata è tutto spostato sulla valorizzazione della genitorialità e sulla violazione del principio di parità di trattamento tra i genitori stessi: il Trib. di Firenze predilige un'interpretazione conforme alla Costituzione, riletta an-

che attraverso il richiamo delle numerose disposizioni anche di carattere internazionale e comunitario al quale il nostro paese si è adeguato negli anni (Favorevole all'interpretazione conforme della Costituzione anche M. Papaleoni, *Nuove frontiere di parità: i risvolti economici*, commento a Trib. Firenze 20 giugno 2008, in *Mass. Giur. lav.*, 2008, 11, pp. 863 ss.). La qualificazione della sentenza come additiva di principio e il rinvio al legislatore per costruire un modello di regolazione conforme al dettato costituzionale non hanno impedito alla Consulta di enucleare già i requisiti per rendere gli artt. 70 e 72 del d.lgs. n. 151/2001 attivabili anche dai padri, nell'immediato, davanti a un giudice: introducendo il requisito dell'utilizzo alternativo da parte dei genitori, la Corte ha reso meno «programmatica» la propria pronuncia. Solo la mancata esplicitazione di questo elemento (testualmente non inserito in una disposizione nata per le sole madri-libere professioniste) poteva impedire a qualunque giudice ordinario di interpretare quella parte del d.lgs. n. 151/2001 in modo non conforme alla Costituzione. Meno appaganti risultano le argomentazioni utilizzate dalle sentenze di stampo contrario poco sopra citate: tutte concentrate sulla natura di additiva di principio della sentenza della Corte Cost. del 2005, avvallano lo *status quo* esistente, riconosciuto dalla Consulta come non conforme alla Costituzione. Utilizzando un artificio retorico interessante da segnalare: parificare il padre-libero professionista alla madre produce l'effetto di discriminare i padri-lavoratori subordinati che si vedono riconoscere il solo congedo in caso di morte, grave infermità, abbandono e affido esclusivo del figlio (art. 28, d.lgs. n. 151/2001). La confusione sul giudizio di comparazione è grande: il padre-libero professionista nel caso *de quo* deve essere parificato alla madre e solo a questa comparato; qualsiasi altra comparazione non pare né ammissibile, né produttiva di particolari effetti benefici sulla tesi conservatrice che i giudici intendevano sostenere e che, in fondo, coincide con la tutela dell'interesse economico-finanziario della Cassa nazionale di assistenza e previdenza forense (e che si evidenzia anche nella trattazione della questione, di certo secondaria nell'economia complessiva delle pronunce, dell'esclusione della cumulabilità degli interessi e rivalutazione monetaria). Ciò equivale ad affermare che dalla complessiva valutazione d'impatto che la sentenza della Corte del 2005 è idonea a produrre non sono escluse considerazioni di carattere economico. Una sentenza, questa, la cui contraddittorietà di fondo tra programmatica e precettiva ricorda che, come è stato scritto di recente, «lo stesso impiego delle sentenze additive di principio, in cui viene dichiarata l'incostituzionalità di una norma limitativa di un beneficio», «senza determinare effetti economici automatici, dal momento che tali effetti vengono rinviati a successivi interventi del legislatore», tenta di «contemperare l'affermazione dell'eguaglianza con l'obbligo di copertura della spesa» (Borelli, *op. cit.*, che rinvia a Cheli, *Il giudice delle leggi*, 1996, Il Mulino, p. 21). Il rinvio all'art. 28 del d.lgs. n. 151/2001 pare utile solo a segnalare la necessità di un intervento da parte del legislatore di razionalizzazione complessiva del sistema dei congedi e delle indennità di cura ispirato alla valorizzazione delle pari responsabilità dei genitori. Una necessità che non impedisce, nell'immediato, l'estensione al padre-libero professionista dell'indennità prevista per la madre.

Laura Calafà
*Professore Associato di Diritto del lavoro*
*presso l'Università degli Studi di Verona*

TRIBUNALE ROMA, 5 marzo 2008, Sez. IV pen. – Est. Iulia – P. C. e altri imputati (avv.ti V. Lombardi, M. Lombardi, Goffredo); M. C. parte civile (avv. Ciatti).
Diff. Trib. Roma 4 maggio 2005.

***Mobbing* – Comportamento vessatorio sul luogo di lavoro – Mancata reintegrazione nelle mansioni – Costituisce anche reato – Maltrattamento di persone sottoposte all'autorità – Art. 572 cod. pen. – Requisiti – Sussistenza.**

*Il reato di maltrattamento in famiglia o verso i fanciulli si applica anche nel rapporto di lavoro subordinato, in quanto, ai fini dell'art. 572 cod. pen., il prestatore di lavoro è soggetto rientrante nella qualifica di «persona sottoposta alla sua autorità». In particolare è configurabile il reato di cui all'art. 572 cod. pen. per «maltrattamenti» nel comportamento degli imputati che, in violazione della statuizione del giudice del lavoro in favore della lavoratrice, non reintegrino la medesima nelle mansioni precedentemente svolte ma anzi attuino nei suoi confronti condotte cd. «mobizzanti» e punitive con l'intento di farle abbandonare il posto di lavoro. (1)*

(*Omissis*)
*Motivi della decisione*
Con decreto del 25 ottobre 2006, il giudice per l'udienza preliminare disponeva il rinvio al giudizio di questo Tribunale di S. A., F. O. e R. M. per rispondere del reato di cui all'art. 572 cod. pen.

Nel corso del procedimento, svoltosi in presenza degli imputati, L. N. si è costituita parte civile.

Si è, quindi, proceduto all'esame della persona offesa e dei testi; gli imputati si sono sottoposti a esame. È stata, inoltre, acquisita documentazione relativa alle cause civili proposte dalla persona offesa nei confronti della Life Hospital Spa.

Ha riferito la persona offesa di essere stata assunta in data 1° settembre 1995 dalla società Clinica Selene a r.l., di aver svolto per circa due anni le mansioni di direttore amministrativo, di essere stata licenziata nell'anno 1997, di aver impugnato il licenziamento e di aver ottenuto, in un primo momento, un provvedimento d'urgenza (emesso dal pretore di Roma in data 23 giugno 1997) con il quale era stato ordinato al datore di lavoro di reintegrarla nel posto di lavoro e di attribuirle le stesse mansioni precedentemente svolte e, in un secondo momento, dopo che il provvedimento d'urgenza non era stato confermato all'esito del giudizio di merito di primo grado, una sentenza della Corte d'Appello di Roma in data 12 aprile 2001 (con-

fermata dalla Corte di Cassazione) con la quale la Srl Clinica Selene era stata condannata alla reintegrazione nelle medesime mansioni, oltre che al risarcimento del danno.

Ha aggiunto la teste che, nonostante i due provvedimenti favorevoli, era stata reintegrata, invero su sua iniziativa («non mi hanno richiamata in servizio, mi sono presentata io in servizio, mi hanno ripreso»), ma non le erano più state restituite le precedenti mansioni di direttore amministrativo (v. verbale trascrizione udienza del 15 maggio 2007, pp. 4-5).

La teste ha, poi, precisato quali conseguenze aveva prodotto su di lei tale situazione: «Per me era un'umiliazione […] non mi avevano reinquadrata neanche economicamente nonostante le mansioni, mi davano lo stipendio dell'ausiliario di primo livello, cioè l'ultimo stipendio di contratto. Il personale aveva paura di salutarmi. Quindi l'umiliazione di stare sola, l'umiliazione di non far niente» (v. verbale trascrizione udienza del 15 maggio 2007, pp. 5-6).

Ciò le aveva provocato, ha aggiunto, sindrome ansiosa depressiva, come attestato nella documentazione medica prodotta.

La L. ha riferito, ancora, di aver tentato di ottenere la riattribuzione delle sue originarie mansioni, rivolgendosi ai sindacati e chiedendolo ripetutamente al direttore amministrativo, dott. R. M., al vice direttore generale, dott. F. O., al direttore generale, dott. S. A., ma per iscritto.

Peraltro, ha riferito, la persona offesa, era intervenuto un ulteriore provvedimento del Tribunale di Roma (emesso in data 31 maggio 2002 ai sensi dell'art. 669-*terdecies* cod. proc. civ. a seguito di reclamo avverso ordinanza del giudice di prime cure), con il quale era stato espressamente ordinato alla società, nel frattempo divenuta Life Hospital Spa, di «utilizzare la reclamante in mansioni di direttore amministrativo o altre equivalenti».

Anche tale ordine era stato disatteso ed era, di contro, stato disposto altro licenziamento (in data 8 marzo 2004); il giudice del lavoro con sentenza del 28 marzo 2006 aveva dichiarato l'illegittimità del licenziamento, aveva ordinato nuova reintegrazione della ricorrente nel posto di lavoro con funzioni di direttore amministrativo o altre equivalenti e aveva condannato la Life Hospital Spa al risarcimento del danno per avvenuta dequalificazione professionale.

Le circostanze sopra riportate possono considerarsi accertate. Ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché riferite dalla persona offesa. Al riguardo, si rileva che, in via generale, le dichiarazioni della persona offesa sono equiparabili, dal punto di vista del valore probatorio, a quelle rilasciate da qualsiasi altro teste, di guisa che un giudizio di condanna può fondarsi anche sulla sola testimonianza di tale parte processuale.

Tuttavia, sulla scorta della costante giurisprudenza di legittimità, può ritenersi che, per effetto del particolare interesse che la persona offesa riveste in ordine alla vicenda processuale, è necessario sottoporre a un preciso vaglio la sua attendibilità e credibilità.

Ad avviso del Tribunale, può formularsi un giudizio di piena attendibilità della persona offesa.

Deve, preliminarmente, rilevarsi l'assenza di contraddizioni di carattere intrinseco nella versione fornita nel corso del dibattimento. Le dichiarazioni, ad avviso del Tribunale, appaiono precise, coerenti e logiche.

Le dichiarazioni, inoltre, non sembrano caratterizzate da alcun intento calunniatorio; in proposito, deve tenersi conto della pacatezza con cui la L. ha fornito il racconto e ha fatto riferimento alla posizione dei singoli imputati e della precisione con cui i fatti sono stati esposti.

In secondo luogo, si rileva che le dichiarazioni della L. trovano riscontro, sotto più profili, nell'ulteriore materiale probatorio acquisito nel corso del dibattimento. In particolare, dalle sentenze e ordinanze prodotte dalla parte civile. Anche le testi M., A. e F. (testi, peraltro, indicate anche dalle difese degli imputati) hanno confermato la versione della L. relativamente alla mancata riattribuzione delle originarie mansioni.

Ha riferito R. M., nel corso del suo esame, che, nel periodo in questione, era un libero professionista legato alla Life Hospital da un rapporto di collaborazione professionale; ha aggiunto l'imputato che si occupava, inoltre, della sottoscrizione delle richieste di permesso o di ferie (… e si occupava anche di portare a conoscenza della società eventuali problematiche relative al personale); i suoi referenti erano stati, fino al 2002, il dottor S. e, dal 2002 in poi, anche il dottor F., nominato direttore generale della casa di cura.

Con specifico riguardo alla posizione della L., il R. ha riferito di essere a conoscenza della vicenda, ma non spettava a lui stabilire a quali mansioni adibire i dipendenti, trattandosi di prerogative dell'amministrazione.

Il R., infine, ha riferito che la L. era stata collocata in un *ex* ambulatorio medico, ma non è stato in grado di riferire nulla in ordine alle mansioni svolte dalla dipendente.

L'imputato F. ha riferito di essere stato assunto dalla Life Hospital Spa nel marzo 2002 con mansioni di dirigente, di aver rassegnato le sue dimissioni nel marzo 2004 e di essere poi rientrato nel novembre 2004. Quanto alle sue specifiche mansioni ha dichiarato «i miei compiti, invece, sono stati esclusivamente di carattere e di coordinamento operativo generale, non potendo entrare in alcun modo in decisioni di carattere sostanziale, perché tutte le decisioni della società erano assolutamente dettate dall'amministratore unico, […] il dottor A. S.» (v. verbale trascrizione udienza del 13 luglio 2007, pp. 16-17).

Con specifico riferimento alla situazione della L., il F. ha riferito di esserne venuto a conoscenza a fine anno 2002, in quanto riferitagli dal dottor R., e di averne informato il dottor S., e ha aggiunto di aver incontrato, in un'occasione, la persona offesa tentando di trovare una soluzione al problema; aveva, infatti, offerto alla L. mansioni equivalenti presso una struttura decentrata, ma l'offerta era stata rifiutata dalla dipendente in quanto impossibilitata a spostarsi; aveva, poi, proposto al difensore della L. un accordo che prevedeva la corresponsione di una somma di denaro, ma tale proposta era stata poi bloccata dall'amministratore unico, il quale gli aveva comunicato che la società non era in grado di corrispondere la somma pattuita.

L'imputato S., premesso di essere stato, nel periodo in questione, consigliere delegato della Life Hospital Srl e, dal 2003, amministratore unico della società il cui oggetto sociale era gestire varie case di cura (all'epoca quattro per un totale di 250 dipendenti), ha riferito che ogni struttura aveva un direttore sanitario e un direttore amministrativo e che quest'ultimo si occupava del personale; presso la casa di cura San Giorgio, all'epoca, il direttore amministrativo era il dottor R.; nel 2002, inoltre, era stato nominato quale direttore generale il dottor F.

Ritiene il Tribunale che la condotta di mancata destinazione della persona offesa alle mansioni di direttore amministrativo, così come più volte disposto dal giudice dei lavoro, sia ascrivibile agli imputati S. e F.

Ciò sulla base del rilievo che l'ordine contenuto nei diversi provvedimenti giudiziali era destinato alla Life Hospital Spa e, conseguentemente, al suo legale rappresentante *pro tempore*; lo S., pertanto, proprio in tale qualità, era tenuto a eseguire il provvedimento di reintegra e riassegnazione delle mansioni.

La responsabilità del legale rappresentante della persona giuridica, che è connessa proprio alla qualità rivestita, può essere, infatti, esclusa solo qualora il legale rappresentante medesimo provi che l'azienda sia stata preventivamente suddivisa in distinti settori, rami o servizi e a ciascuno di questi siano stati in concreto preposti soggetti qualificati e idonei, nonché dotati della necessaria autonomia e dei poteri indispensabili per la completa gestione degli affari inerenti a determinati servizi.

Nel caso di specie, è emerso che la società aveva nominato un direttore generale, nella persona del F., dotato di autonomi poteri decisionali in ordine alla gestione del personale. È stato proprio il F. a firmare il licenziamento del 8 marzo 2004; l'adozione di tale atto, ad avviso del collegio, rappresenta l'esercizio di un potere decisionale nella gestione del personale che certamente gli avrebbe potuto altresì consentire di eseguire correttamente i provvedimenti di reintegra.

L'esercizio di tale potere da parte del F., tuttavia, non esclude la responsabilità dello S.; ciò sia perché il F. è stato assunto successivamente alla reintegra della L., di talché egli va ritenuto responsabile della gestione della vicenda fino al marzo 2002, sia perché l'imputato, benché ben informato della situazione della L. e pur avendo tutti i poteri per intervenire, ha omesso di provvedere alla reintegrazione della dipendente nelle mansioni di direttore amministrativo.

Allo S., in conclusione, vanno ascritte una prima condotta omissiva all'atto della reintegra, avvenuta nell'anno 2000, e una seconda condotta omissiva, nel momento in cui, ben informato della situazione, ha mantenuto la L. nello stato di lavoratrice priva di ogni mansione.

Nessuna incidenza causale sulle modalità di reintegra della L. può, invece, ravvisarsi nella condotta del R.; deve evidenziarsi che è pacifico come il R. non sia stato preposto ad alcun settore con attribuzione di poteri indispensabili per una gestione autonoma degli affari inerenti al settore medesimo.

Tanto premesso, ritiene il Tribunale che la condotta posta in essere dal F. e dallo S. integri il fenomeno del cosiddetto *mobbing*. La Corte Costituzionale nella sentenza n. 359/2003, sulla questione della legittimità costituzionale della legge della Regione Lazio n. 16/2002, lo definisce un «complesso fenomeno consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, caratterizzati da un intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo. Le condotte – commissive o, in ipotesi, omissive –, che possono estrinsecarsi sia in atti giuridici veri e propri sia in semplici comportamenti materiali, si caratterizzano nel suo insieme per lo scopo di persecuzione e di emarginazione».

Nell'ampia nozione accolta dalla Corte Costituzionale, comunque, possono, esemplificativamente, ricomprendersi proprio quelle condotte descritte nella legge regionale sopra citata e che, con la suddetta sentenza n. 359/2003, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117 Cost., e cioè: a) pressioni o molestie psicologiche; b) calunnie sistematiche; c) maltrattamenti verbali e offese personali; d) minacce o atteggiamenti miranti a intimorire ingiustamente o avvilire, anche in forma velata e indiretta; e) critiche immotivate e atteggiamenti ostili; f) delegittimazione dell'immagine, anche di fronte a colleghi e a soggetti estranei all'impresa, ente o amministrazione; g) esclusione o immotivata marginalizzazione dell'attività lavorativa ovvero svuotamento delle mansioni; h) attribuzione di compiti esorbitanti o eccessivi, e comunque idonei a provocare seri disagi in relazione alle condizioni fisiche e psicologiche del lavoratore; i) attri-

buzione di compiti dequalificanti in relazione al profilo professionale posseduto; 1) impedimento sistematico e immotivato all'accesso a notizie e informazioni inerenti l'ordinaria attività di lavoro; m) marginalizzazione immotivata del lavoratore rispetto a iniziative formative, di riqualificazione e di aggiornamento professionale; n) esercizio esasperato ed eccessivo di forme di controllo nei confronti del lavoratore, idonee a produrre danni o seri disagi; o) atti vessatori correlati alla sfera privata del lavoratore, consistenti in discriminazioni sessuali, di razza, di lingua e di religione.

Ognuna di tali condotte, in sostanza, rappresenta una modalità di vessazione del lavoratore subordinato posta in essere dal datore di lavoro in violazione del principio generale contenuto nell'art. 2087 cod. civ. secondo cui «L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

Tale comportamento, oltre a costituire di per sé fonte di responsabilità contrattuale per il datore di lavoro, in tal senso, tra le altre, Cass. civ., Sez. lav., n. 7768/1995 e n. 4766/2006, che hanno ritenuto sussistere il diritto del prestatore di lavoro a svolgere le mansioni per le quali è stato assunto ovvero quelle equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza diminuzione della retribuzione, può fondare, altresì, responsabilità di carattere penale, integrando, ad esempio, l'art. 590 cod. pen., l'art. 610 cod. pen.; l'art. 594 o 595 cod. pen., l'art. 610 cod. pen. e, in astratto, l'art. 572 cod. pen.

Con specifico riferimento a tale ultimo reato, già dal 2001 (Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 10090, cit.) la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la condotta vessatoria del datore di lavoro può integrare il reato di maltrattamenti in famiglia, nonostante si tratti di norma sistematicamente collocata nel capo che disciplina i «Delitti contro l'assistenza familiare».

Ancora più recentemente, la S.C. (Cass. pen., Sez. V, n. 33624/2007) ha affermato che «è legittima la decisione con cui il Gup dichiara non luogo a procedere in ordine al reato di lesioni personali volontarie aggravate, riconducibile, secondo la prospettazione accusatoria, a una condotta di *mobbing* posta in essere dal preside dell'istituto, considerato che il fenomeno evocato presuppone una mirata reiterazione di plurimi atteggiamenti convergenti nell'esprimere ostilità verso la vittima e preordinati a mortificare e a isolare il dipendente nell'ambiente di lavoro; d'altra parte, tale fenomeno, così come definito, appare più prossimo alla fattispecie di cui all'art. 572 cod. pen. (maltrattamenti commessi da soggetto investito di autorità), la cui integrazione richiede, comunque, la ravvisabilità dei parametri di frequenza e durata nel tempo delle azioni ostili al fine di valutarne il complessivo carattere persecutorio e discriminatorio (nella specie non compiutamente contestati)».

La persona offesa, infatti, è stata solo formalmente reintegrata, ma costretta prima ad accettare mansioni palesemente inferiori, quali quelle di compilare le cartelle cliniche ai fini dell'accettazione dei pazienti e di fare le fotocopie, a fronte delle precedenti mansioni di direttore amministrativo, e costretta, in seguito, a tollerare una forzata inoperosità, caratterizzata dalla mancata attribuzione di compiti e dall'assegnazione di una stanza priva anche dei più elementari strumenti di lavoro, stanza che la L. ha condiviso proprio con un'altra dipendente che, come lei, aveva impugnato il licenziamento ed era stata poi reintegrata.

Per quanto attiene poi all'elemento psicologico del reato, il dolo si è concretato nella coscienza e volontà di ledere l'integrità fisica e morale del soggetto passivo, atteso che proprio la conoscenza dei provvedimenti giurisdizionali e delle richieste della L. in conformità ai provvedimenti medesimi rappresenta la prova della volontarietà del comportamento degli imputati, nella evidente intenzione di indurre la dipendente ad accettare una proposta transattiva e ad abbandonare il posto di lavoro.

In conclusione, gli imputati F. e S. vanno dichiarati responsabili del reato loro ascritto, mentre nei confronti del R., cui non può essere attribuita, per le ragioni sopra indicate, la condotta criminosa, deve essere pronunciata sentenza di assoluzione per non aver commesso il fatto.

Quanto al trattamento sanzionatorio, tenuto conto degli elementi di cui all'art. 133 cod. pen. e delle modalità del fatto, appare equo applicare agli imputati F. e S. la pena di mesi otto di reclusione ciascuno. Nella determinazione della pena base si è tenuto conto del fatto che le vessazioni si sono concretizzate, sostanzialmente, in condotte omissive non costituenti di per sé reato; pena congrua, pertanto, appare quella minima di anni uno di reclusione. Possono concedersi a entrambi gli imputati, in considerazione della loro incensuratezza, le circostanze attenuanti generiche con riduzione della pena di un terzo.

Alla condanna segue quella al pagamento, in solido, delle spese processuali.

Le risultanze del certificato penale consentono di riconoscere a entrambi gli imputati il beneficio della sospensione condizionale della pena.

La persona offesa si è costituita parte civile.

Ritiene il Tribunale che, per effetto del comportamento posto in essere dagli imputati F. e S., la L. ha subìto un danno. È stata richiesta la liquidazione dei soli danni morali, atteso che, quanto ai danni materiali, la persona offesa ne ha richiesto, e ottenuto, la liquidazione nell'ambito del procedimento civile avente a oggetto l'impugnazione del licenziamento del 2004.

Tenuto conto di tutti tali elementi, del decorso di un periodo di tempo particolarmente lungo e dell'ammontare del risarcimento del danno relativo

alla suddetta dequalificazione (liquidato dal giudice del lavoro in misura pari al 30% della retribuzione dovuta per ogni mese dal luglio 2000 al marzo 2004), in via equitativa, può liquidarsi in favore di L. N. la somma di euro 12.000,00, al cui pagamento gli imputati F. e S. vanno condannati in solido tra loro.

L'esito del processo comporta, inoltre, la condanna dei predetti imputati. sempre in solido, al pagamento delle spese processuali sostenute dalla costituita parte civile, liquidate come in dispositivo.

Per questi motivi,

Visti gli artt. 533, 535 cod. proc. pen.

dichiara S. A. e F. O. responsabili del reato loro ascritto e, concesse a entrambi le circostanze attenuanti generiche, li condanna alla pena di mesi otto di reclusione, oltre al pagamento in solido delle spese processuali. Pena sospesa per entrambi. Visti gli artt. 538 ss. cod. proc. pen. condanna i predetti imputati, in solido tra loro, al risarcimento dei danni in favore della parte civile L. N., danni che liquida in euro 12.000,00; condanna, infine, i predetti imputati, in solido tra loro, alla rifusione delle spese sostenute dalla parte civile che liquida in complessivi euro 3.000,00 per onorario, oltre rimborso forfettario spese generali, Cpa e Iva come per legge. Visto l'art. 530 cod. proc. pen. assolve R. M. dalla medesima imputazione per non aver commesso il fatto.

(*Omissis*)

## (1) LA CONDOTTA DI *MOBBING* IN AMBITO LAVORATIVO PUÒ CONFIGURARE IL DELITTO DI MALTRATTAMENTI

1. — *Premessa* — La sentenza in commento costituisce un ulteriore passo di consolidamento nel riconoscimento giudiziario in ambito penale del cd. *mobbing* quale forma di illecito complessa di creazione giurisprudenziale che si manifesta prevalentemente nel luogo di lavoro.

Nel caso di specie, la lavoratrice offesa era stata assunta da una società clinica in data 1° gennaio 1995 e aveva svolto per circa due anni le mansioni di direttore amministrativo; nel 1997 era stata licenziata, ma le sue ragioni erano state accolte dal giudice del lavoro con un provvedimento d'urgenza del 23 giugno 1997, tradottosi nell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro con le mansioni precedentemente svolte. Tale provvedimento tuttavia, all'esito del giudizio in primo grado, non veniva confermato.

La Corte d'Appello, con sentenza del 12 aprile 2001, in riforma della sentenza del giudice di prime cure, optava invece per l'illegittimità del licenziamento, ordinando alla società di reintegrare la predetta lavoratrice nel posto di lavoro; pronuncia confermata poi dalla Suprema Corte.

Una volta ripresa l'attività, la lavoratrice si vedeva privata delle precedenti mansioni di direttore amministrativo e veniva adibita a fare fotocopie e a compilare le cartelle cliniche, isolata progressivamente e lasciata senza mansioni. Fin quando, nel marzo 2004, le veniva comunicato un secondo licenziamento, anch'esso impugnato con esito favorevole.

Nell'arco temporale compreso tra luglio 2000 e l'8 marzo 2004 era stato, dunque, accertato che alla lavoratrice, fino ai primi mesi del 2001, non erano state attribuite funzioni corrispondenti a quelle di direttore amministrativo, successivamente, fino al 2004, non le era stata attribuita più alcuna mansione né impartita alcuna direttiva.

Nella sede penale, all'esito delle indagini preliminari, i fatti così come denunciati venivano cristallizzati nel «capo di imputazione» in cui si contestavano ai tre prevenuti, nella qualità chi di «legale rappresentante» della «Life Hospital» Spa, chi di «responsabile della gestione del personale», condotte consistite in attacchi vessatori e persecutori configuranti una caso di *mobbing* penalmente rilevante.

All'esito del giudizio era stata accertata la penale responsabilità di due dei tre imputati per avere realizzato condotte «mobizzanti», penalmente qualificate nella previsione di cui all'art. 572 cod. pen. (*Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*), con conseguente condanna alla pena di mesi otto di reclusione, pena sospesa, e risarcimento del danno morale in favore della costituita parte civile.

È preliminarmente utile ricordare che la parola *mobbing* deriva dal verbo inglese *to mob*, nel senso lato di aggredire, circondare per assalire. Termine mutuato dall'etologia, esso indica il comportamento di alcune specie animali nell'atto di circondare minacciosamente un membro del gruppo al fine di eliminarlo, anche espellendolo, perché ritenuto diverso, pericoloso o inadeguato.

Nell'inquadramento giuridico della figura di illecito in esame, si è rilevato come il *mobbing* trovi il suo naturale *ubi consistam* nell'ambito lavorativo, implicando un processo conflittuale che si sviluppa all'interno delle relazioni e delle situazioni dei gruppi di lavoro.

Può accadere, infatti, che il prestatore di lavoro dipendente sia destinatario di soprusi e vessazioni da parte dei superiori o dei colleghi, finalizzati alla sua espulsione o auto-espulsione.

L'aggressione può sostanziarsi in differenti e molteplici forme, statisticamente concretantesi in forme di molestie morali e psicologiche, attuate tra «colleghi» (cd. «*mobbing* orizzontale») o, nell'ambito della gerarchia aziendale, tra superiore gerarchico e lavoratore subordinato, ma anche viceversa (cd. «*mobbing* verticale»), rispettivamente, «discendente o ascendente».

Si verificano, inoltre, casi in cui le condotte illecite costituiscano una programmata strategia aziendale finalizzata al licenziamento del lavoratore. Trattasi del cd. *bossing*.

Poiché il *mobbing* prevede, tra i requisiti per la sua sussistenza, una certa «durata» e «frequenza» della condotta, esso non si realizzerà in caso di conflitti temporanei o di condotte isolate od occasionali.

Tale fenomeno determina effetti pregiudizievoli di varia natura e intensità in danno del prestatore di lavoro, con conseguenze anche esiziali e permanenti sull'equilibrio psico-fisico e sulla sua capacità lavorativa, con ovvii riflessi in ambito familiare.

2. — *Brevi lineamenti storici dell'istituto nel paesaggio giurisprudenziale* — Nel nostro ordinamento giuridico, gli elementi strutturali del *mobbing* sono stati storicamente delineati dalla giurisprudenza; questa ne ha fornito i parametri di riferimento in assenza di un quadro normativo specifico. Molteplici sono le sentenze in materia, in relazione all'aumentato numero di ricorsi civili e denunce penali che evidenziano una maggiore attenzione e sensibilità nei confronti del fenomeno.

La prima definizione giuridica viene sostanziata, in due pronunce del Tribunale civile di Torino (rispettivamente del 16 novembre 1999 e del 30 dicembre 1999), nel complesso di «azioni vessatorie e soprusi ripetuti da parte dei superiori, che vengono posti in essere nei confronti della vittima per isolarla dall'ambiente di lavoro e, nei casi più gravi, per espellerla».

Queste due decisioni, pur avendo a oggetto situazioni e comportamenti vessatori diversi (isolamento lavorativo, la prima, e demansionamento, la seconda), hanno focalizzato gli elementi definitori che connotano la figura giuridica del *mobbing* – come poi riconosciuta dalla Corte di Cassazione – nel senso di «condotta sistematica e protratta nel tempo che concreta, per le sue caratteristiche vessatorie, una lesione dell'integrità fisica e della personalità morale del prestatore di lavoro, garantite dall'art. 2087 cod. civ.».

Dalle decisioni susseguitesi nel corso degli anni emergono, quindi, due requisiti fondamentali: la sussistenza di un elemento *materiale* costituito dal verificarsi di «azioni vessatorie reiterate» rivolte da uno o più soggetti alla corrispondente loro vittima; la sussistenza di un elemento *psicologico*, la «coscienza e volontà dell'autore di offendere e vessare il lavoratore», ossia la «intenzionalità».

Una delle decisioni più innovative, anche per la formulazione di una definizione specifica, è quella pronunciata il 28 gennaio 2005 dal Tribunale di Forlì nell'ambito di una controversia in materia di Diritto scolastico. Nella fattispecie, il giudice, per l'accertamento e la definizione del *mobbing*, fa riferimento al cd. «modello Ege» – o modello italiano a sei fasi – dal nome dello psicologo del lavoro che lo enunciò nel 1996; in base a tale modello, il *mobbing* in tanto esiste, all'interno delle sei progressive fasi di manifestazione, in quanto siano contemporaneamente presenti gli elementi della «durata, ripetitività, sistematicità, pluralità e dell'intento persecutorio delle condotte». Il Tribunale lo definisce come «una situazione lavorativa di conflittualità sistematica, persistente e in costante progresso, in cui una o più persone vengono fatte oggetto di azioni ad alto contenuto persecutorio da parte di uno o più aggressori in posizione superiore, inferiore o di parità, con lo scopo di causare alla vittima danni di vario tipo e gravità». Il «mobizzato» si trova «nell'impossibilità di reagire adeguatamente a tali attacchi e a lungo andare accusa disturbi psicosomatici, relazionali e dell'umore che possono portare a invalidità psico-fisiche permanenti di vario genere e percentualizzazione». «Le condotte possono essere le più varie, ma è fondamentale che siano plurime, in quanto un solo comportamento – ad esempio, il demansionamento – non provocherà *mobbing*».

La dottrina e la giurisprudenza civilistiche maggioritarie ritengono che il fondamento giuridico della tutela del prestatore di lavoro sia rinvenibile nell'art. 2087 cod. civ., là ove assoggetta il datore di lavoro a una «responsabilità contrattuale» imponendogli determinati obblighi di protezione nei confronti del dipendente. La natura contrattuale dell'inadempimento di questi obblighi è stata recentemente confermata da u-

na sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., Ss.Uu., 4 maggio 2004, n. 8436).

In tema di *mobbing*, tuttavia, le due figure di responsabilità «contrattuale» ed «extracontrattuale» possono, in situazioni peculiari, coesistere e concorrere, come nel caso in cui nel rapporto di lavoro, oltre alla verificazione di condotte vessatorie e ostili di colleghi o superiori gerarchici, si sia venuta a configurare anche una *culpa in vigilando* da parte dell'amministratore il quale, consapevole di tali condotte, «nulla ha posto in essere perché cessasse il lamentato atteggiamento di ostilità» (Tar Lazio, Sez. III-*bis*, 25 giugno 2004, n. 6254).

3. — *Profili di tutela penale* — Anche se nel nostro ordinamento giuridico non esistono norme specifiche che sanzionino il *mobbing* come reato, tuttavia, atteso il rilievo costituzionale dei beni giuridici lesi, le condotte persecutorie e vessatorie in cui si sostanzia la figura giuridica in esame, in quanto lesive della personalità e dignità del lavoratore, si connotano per profili di sicuro rilievo penalistico. La rilevanza penale del fenomeno delle vessazioni psicologiche sul luogo di lavoro è un dato ormai acquisito dalla giurisprudenza.

La S.C. e la giurisprudenza di merito hanno fatto ricorso, a seconda delle fattispecie giudiziarie concrete, a diverse figure di reato presenti nel nostro codice come la violenza privata (art. 610 cod. pen.), oppure più recentemente quella di cui all'art. 572 cod. pen. («maltrattamenti»), definita come «la figura più prossima» ai connotati caratterizzanti il *mobbing* (Cfr. Cass. pen., Sez. V, 9 luglio 2007, n. 33624, in *Foro it.*, 2007, II, 593).

In particolare, i reati che sono stati studiati e ritenuti applicabili riguardano gli artt. 582 cod. pen. (lesione personale eventualmente aggravata *ex* art. 577 cod. pen.); 590 cod. pen. (lesioni personali colpose); 586 cod. pen. (morte o lesioni come conseguenza di altro delitto); 594 e 595 cod. pen. (ingiuria e diffamazione); 323 cod. pen. (abuso d'ufficio); 328 cod. pen. (omissione atti d'ufficio); 610 cod. pen. (violenza privata); 660 cod. pen. (molestia o disturbo alle persone); 609-*bis* cod. pen. (violenza sessuale); 572 cod. pen. (maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli).

Sotto il profilo procedurale, taluni dei reati citati in precedenza sono procedibili «a querela» del «mobizzato», come: l'art. 582 cod. pen. (lesioni personali dolose, lievi); l'art. 590 cod. pen. (lesioni personali colpose); l'art. 594 cod. pen. (ingiuria); l'art. 595 cod. pen. (diffamazione); l'art. 660 cod. pen. (molestia o disturbo alle persone). Sono invece procedibili di ufficio gli altri reati, tra i quali quello di cui all'art. 572 cod. pen.

In relazione al reato di estorsione con profili di *mobbing*, con riferimento alla problematica delle persecuzioni psicologiche sul luogo di lavoro, interessante è una sentenza della Cassazione penale, Sez. II, n. 3779 del 2003, di condanna *ex* art. 629 cod. pen. nei confronti di una impresa di pulizie (Vedila in *Dir. prat. lav.*, 2003, p. 630). Nella fattispecie, un gruppo di lavoratori era stato obbligato, attraverso minacce di licenziamento o comunque perdita del posto di lavoro, ad accettare delle retribuzioni di gran lunga inferiori alla quantità di lavoro svolto e non corrispondenti alle effettive prestazioni, non avendo alternative di possibilità occupazionali.

Sotto il profilo del *mobbing* sussunto nella previsione penale dell'art. 590 cod. pen., emblematica, fra le altre, è la pronunzia del Tribunale di Torino, I Sez. pen., 1° agosto 2002 (In *Dir. prat. lav.*, 2002, p. 2735). Il giudice aveva condannato l'imprenditore al-

la pena di mesi 6 di reclusione per avere cagionato a un dipendente, esercente l'attività di guardia giurata, lesioni personali determinatesi in infarto del miocardio, con ovvii postumi permanenti. Nella specie, è stata penalmente addebitata al datore di lavoro una precisa responsabilità «colposa», relativa all'inosservanza delle norme sull'igiene del lavoro, con riferimento all'art. 2087 cod. civ. in combinato disposto con le disposizioni del d.lgs. n. 626/1994. Il prestatore di lavoro era stato sottoposto a «turni di lavoro stressanti, con un numero di ore di straordinario assai elevate, senza soluzione di continuità con i turni di notte, senza l'osservanza dei giorni di riposo, ferie e festività»: ciò aveva determinato o concorso casualmente a determinare la lesione miocardica.

Per il medesimo reato (art. 590 cod. pen.) in materia di «*mobbing* collettivo», ossia attuato contemporaneamente nei confronti di decine di dipendenti attraverso trasferimenti punitivi e illegittimi demansionamenti, notoria è la condanna in sede penale inflitta a 11 dirigenti della Ilva di Taranto, confermata dalla S.C. nel 2006, per la nota vicenda della palazzina «Laf», definita palazzina *lager*, ove 62 lavoratori erano stati trasferiti senza alcuna mansione. La sentenza del Tribunale di Taranto, Sez. II pen., 7 marzo 2002 (di ben 158 pagine, per un processo articolatosi in 25 udienze), ha stigmatizzato un caso di *bossing* collettivo, per tale intendendosi una pluralità di azioni vessatorie utilizzate quale strumento attuativo di una strategia aziendale di programmata e organica persecuzione, finalizzata alla riduzione del personale o all'esclusione dal contesto lavorativo di dipendenti ritenuti «scomodi» o «sindacalizzati» o con una certa anzianità lavorativa, quindi meno «manovrabili», in un contesto minatorio e vessatorio riferito al loro trasferimento nella palazzina «Laf» (*ex* laminatoio a freddo), in cui erano collocati in regime lavorativo dequalificato e umiliante per mancanza di mansioni effettive, carenza di strumenti di lavoro, ambiente non decoroso e trascurato.

Gli atti vessatori «mobizzanti» nell'ambiente di lavoro possono ricollegarsi anche a «molestie o abusi sessuali» con violazione penale del relativo interesse protetto. Nel caso concreto, le vessazioni, protratte per tutta la durata del rapporto di lavoro, erano consistite in ripetute e petulanti molestie sessuali e nel collegato rifiuto di regolarizzare il rapporto di lavoro stesso e corresponsione della retribuzione in misura inferiore a quella risultante della busta paga (Cfr. Cass. pen., Sez. V, 9 luglio 2007, cit.).

È opportuno, tuttavia, evidenziare che nel procedimento penale possono verificarsi maggiori difficoltà e incertezze orientative per l'accertamento della rilevanza penale della singola fattispecie di *mobbing*, da qualificare in concreto in taluno dei reati sopra elencati. Non ogni manifestazione di tale illecito è automaticamente punibile secondo le previsioni del Diritto penale, anche in relazione all'onere della prova per la relativa sua qualificazione. In tal senso, la V Sezione penale della Corte di Cassazione, con la citata sentenza 9 luglio 2007, ha respinto il ricorso di un insegnante di sostegno che aveva denunciato il preside per *mobbing* penale per lesioni personali gravi. Evidenzia la S.C. che la condotta di *mobbing* «suppone non tanto un singolo atto lesivo ma una mirata reiterazione di una pluralità di atteggiamenti, anche se non singolarmente connotati da rilevanza penale, convergenti sia nell'esprimere l'ostilità del soggetto attivo verso la vittima, sia nell'efficace capacità di mortificare e isolare il dipendente nell'ambiente di lavoro». In tal caso – prosegue la Corte – «la figura di reato maggiormente prossima ai connotati caratterizzanti il cd. *mobbing* è quella descritta dall'art. 572 cod. pen., commessa da persona dotata di autorità per l'esercizio di una professione». Il preside avrebbe potuto essere condannato per «maltrattamenti», ai sensi dell'art. 572; tut-

tavia l'insegnante, per motivi di carattere tecnico-procedurale, non è riuscita a provare la «continuità nel tempo» delle vessazioni subite e la «correlazione con la patologia lamentata».

4. — Mobbing *e art. 572 cod. pen.* — Come sopra evidenziato, talune fattispecie di *mobbing* sono penalmente qualificabili nel delitto di cui all'art. 572, inserito nel codice penale tra i «delitti contro l'assistenza familiare».

Il reato di «maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli» è applicabile nei confronti di «chiunque abusi di una persona sottoposta alla sua autorità ovvero una persona a lui affidata per ragione di educazione istruzione, cura, vigilanza o custodia o per l'esercizio di una professione o di un'arte».

Il comportamento indicato, «maltrattare», viene a ricomprendere ogni forma di aggressione, vessazione, persecuzione fisica o morale, diretta o indiretta, nei confronti del soggetto sottoposto «all'autorità dell'agente ovvero al medesimo affidata per ragioni d'istruzione, educazione, per l'esercizio di una professione o un arte», tutelando anche contesti lavorativi caratterizzati da fenomeni di *mobbing*.

In ragione del fatto che il rapporto intersoggettivo tra datore e prestatore di lavoro è caratterizzato dal potere direttivo e disciplinare del primo, il prestatore assume, agli effetti della norma penale, la posizione di «persona sottoposta alla sua autorità», peraltro, non essendo richiesto in tali fattispecie il requisito della «convivenza», ma la semplice sussistenza di un «rapporto continuativo».

Ha stabilito la S.C. che «il datore di lavoro che "maltratta" un dipendente con minacce, insulti, violenze fisiche e morali, ad esempio sottoponendolo a massacranti turni lavorativi, è responsabile del reato di maltrattamenti in famiglia, poiché a tali effetti il dipendente è assimilabile a un membro della famiglia» (Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 10090, in *Riv. pen.*, 2001, p. 442). Questa decisione rileva per il precedente specifico che essa ha costituito ai fini della possibilità di applicare, alla qualificazione penale del *mobbing*, princìpi di valutazione civilistica in contesti familiari o assistenziali. Nella fattispecie, la Corte aveva confermato in capo agli imputati la responsabilità penale a titolo di maltrattamenti e di violenza privata continuata, perché erano state attuate tecniche di *mobbing* consistite in reiterate violenze e vessazioni fisiche e morali al fine di costringere i venditori porta a porta al raggiungimento del massimo profitto economico, non avendo, inoltre, l'imprenditore applicato le prescrizioni su di lui gravanti per effetto dell'art. 2087 cod. civ.

La struttura del reato di cui all'art. 572 cod. pen. richiede per la sua sussistenza una «serie» di fatti commissivi od omissivi che, isolatamente considerati, potrebbero anche non essere punibili o non perseguibili, divenendo penalmente rilevanti per effetto della loro «reiterazione» nel tempo.

Il reato si perfeziona, dunque, allorché si realizza un *minimum* di tali condotte, collegate da un nesso di «abitualità».

In quanto reato cd. «abituale», la sua configurabilità non resta esclusa se, nel tempo considerato, vi siano periodi di normalità o di accordo con la vittima; un intervallo fra una serie e l'altra di episodi lesivi non esclude l'esistenza del reato.

L'elemento soggettivo richiesto per il delitto in esame consiste nel «dolo generico», ossia nella consapevolezza e volontarietà della condotta tipica descritta. La S.C. ha da lungo tempo stabilito che il dolo di tale reato è «unitario»; non è richiesta la «pro-

grammatica e preventiva» finalizzazione di ogni episodio al raggiungimento del risultato, potendosi esso realizzare anche in modo graduale (Cfr. Cass. pen., Sez. VI, n. 2800/1995).

5. — *La sentenza in commento* — La decisione dal Tribunale di Roma in commento, muovendosi tra i parametri già tracciati dalla giurisprudenza su menzionata, consolida l'orientamento che considera la figura delittuosa di cui all'art. 572 cod. pen. come quella «più prossima», in taluni casi, al fenomeno del *mobbing* (Vedi Cass. pen., Sez. V., 9 luglio 2007, n. 33624, cit.).

Il capo d'imputazione formulava una ipotesi di responsabilità penale dei prevenuti, in concorso e ognuno nelle rispettive qualità, sotto i collegati comportamenti del non ottemperare a plurime e confermate statuizioni del giudice del lavoro sull'obbligo di reintegrazione lavorativa della parte lesa con determinate mansioni e del «maltrattare» sul piano psicologico della lavoratrice subordinata successivamente reintegrata, mediante la sua adibizione per lungo tempo a fare fotocopie e la sua collocazione poi in una stanza di un *ex*-ambulatorio medico, senza alcun incarico durante il proprio orario di lavoro.

La vicenda in punto di fatto si caratterizza per risvolti umilianti e indecorosi, così come emersi in istruttoria dibattimentale: la stanza «senza riscaldamento», la «poca luce», l'esistenza di «una piccola finestra, un tavolino e una sedia, senza *computer*, né penna, né carta, il bagno di fronte»; peraltro, veniva raggiunta qualche mese dopo da un'altra collega la quale, licenziata e reintegrata, era stata anch'ella confinata lì «a far niente».

Quanto sopra, nonostante il giudice del lavoro avesse stabilito la sua reintegrazione con mansioni di «direttore amministrativo». In realtà, non solo ciò non avveniva, ma le veniva corrisposto «lo stipendio dell'ausiliario di primo livello, cioè l'ultimo stipendio di contratto».

Inutili i tentativi di ottenere la giusta riattribuzione delle originarie mansioni anche con l'intervento dei sindacati e mediante reiterate richieste in tal senso al direttore amministrativo.

L'articolata e approfondita istruttoria dibattimentale, con la produzione documentale giudiziaria delle sentenze del giudice del lavoro, esame della parte offesa, esame di numerosi testi e degli imputati, provava a parere del giudice penale l'esistenza dei fatti «mobizzanti» contestati relativi al rapporto di lavoro intercorso.

Il giudice penale in composizione monocratica, trattando in modo analitico la definizione del fenomeno *mobbing*, si riporta alla sentenza della Corte Costituzionale n. 359/2003, nella quale esso viene definito come «complesso fenomeno consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, caratterizzati da un intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo».

La sentenza fa altresì riferimento a due significative decisioni della Corte di Cassazione (Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 10090, cit.; Cass. pen., Sez. V, 9 luglio 2007, n. 33624, cit.), delineando gli elementi caratterizzanti il *mobbing* in relazione all'art. 572 cod. pen. Esso viene definito come una «condotta di vessazioni e soprusi anche di carattere morale che venga reiterata per un tempo sufficientemente lun-

go», rilevando che «il rapporto intersoggettivo che si istaura tra datore di lavoro e lavoratore subordinato […] pone il prestatore di lavoro nella condizione prevista dall'art. 572 cod. pen., di "persona sottoposta alla sua autorità"».

La condotta lesiva – vi si afferma – consiste «in una pluralità di comportamenti» da valutare «nella loro unitarietà e complessità», «anche in relazione al requisito della "abitualità"», «con riferimento alla durata del rapporto di lavoro».

La prova del dolo, inteso come coscienza e volontà di ledere in modo abituale l'integrità fisica e morale del soggetto passivo, derivò in concreto dalla «conoscenza dei provvedimenti giurisdizionali e delle richieste della vittima in conformità ai provvedimenti medesimi», consistendo «il movente nell'intenzione di indurre la dipendente ad accettare una proposta transattiva e ad abbandonare il posto di lavoro».

In ultimo, il riconosciuto danno morale, il cd. *pretium doloris* – ossia il dolore, le sofferenze spirituali, i perturbamenti psichici subiti dalla vittima – derivato dall'illecito penale, così come previsto dagli artt. 2059 cod. civ. e 185 cod. pen., fu cagionato dalle «continue mortificazioni derivanti dall'isolamento, dall'ansia e dalla preoccupazione derivanti dalla dequalificazione professionale in atto», e in definitiva, «dalla mancata possibilità di svolgere una delle fondamentali attività attraverso la quale l'essere umano trova realizzazione e soddisfazione, e cioè quella lavorativa».

6. — *Elementi caratterizzanti riassuntivi* — In sede di considerazioni conclusive si vuole cercare di enucleare il concetto di *mobbing* e di evidenziarne gli elementi caratterizzanti:

a) la molteplicità dei comportamenti di carattere persecutorio, illeciti o anche leciti se considerati singolarmente, che siano stati posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente, che finiscono per assumere forme di violenza morale o di persecuzione psicologica, da cui può conseguire l'isolamento e l'emarginazione del prestatore di lavoro. La «ripetitività» e la «sistematicità» di tali condotte che, secondo la giurisprudenza, dovrebbero realizzarsi in un arco di tempo delimitato ad almeno sei mesi, ovvero tre mesi nelle ipotesi di azioni particolarmente intense e insopportabili, con una frequenza almeno settimanale;

b) l'evento lesivo della salute e della personalità del dipendente;

c) il nesso eziologico tra la condotta del *mobber* e il pregiudizio all'integrità psicofisica;

d) la dimostrazione dell'elemento soggettivo, il cd. «intento persecutorio».

Nei casi di *mobbing* sia orizzontale che verticale, l'azione del *mobber* è spesso sostenuta dalla condotta tacitamente acquiescente dei colleghi, definiti *side mobbers*, che, pur estranei all'attività discriminatoria, si astengono da qualsiasi collaborazione in favore della «vittima».

7. — *Conclusioni* — Dall'analisi ermeneutica in chiave teorica e in chiave di applicazione giudiziaria del fenomeno *mobbing*, quale istituto di creazione e applicazione giurisprudenziale, possiamo meglio comprendere come esso si caratterizzi quale forma di illecito «atipico», di non semplice o automatico accertamento processuale, soprattutto in ambito penale.

L'intervento da parte degli operatori giuridici deve quindi essere qualificato da necessaria sensibilità al fenomeno e da una specifica e approfondita preparazione nel set-

tore, per il coinvolgimento e interessamento di diverse branche di conoscenza applicabili al procedimento giudiziario ove si intende farne accertare la sussistenza.

La definizione *mobbing* ha avuto certamente il merito di riunire in un'unica «cornice giuridica» un insieme di condotte fra loro diverse, che non sempre erano sanzionabili nella loro trasmutazione in fenomeno più complesso e più intensamente illecito in danno della «vittima», mettendo a disposizione un necessario e più adeguato strumento di tutela sotto il profilo psicologico e giudiziario.

Vincenzo Lombardi
*Avvocato in Roma*

TRIBUNALE ROMA, 26 febbraio 2008, ord. – Est. Delle Donne – Rizzo (avv. Iorio) c. Poste Italiane Spa (avv. Grassi).

**Contratto a termine – Art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 – Questione di legittimità costituzionale *ex* artt. 3, comma 1, 101, 102 e 104 Cost. – Rilevante e non manifestamente infondata.**

*È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001, in relazione all'art. 3, comma 1, Cost. Il differente e ingiustificato trattamento nei confronti dei lavoratori di Poste Italiane Spa consiste nella dispensa dall'obbligo di indicare i motivi di apposizione del limite di durata come, invece, è statuito dalla generale disciplina sul lavoro a termine di cui all'art. 1 del d.lgs. citato. Peraltro, la suddetta deroga incide anche sul potere giudiziale di verifica delle condizioni giustificatrici dell'apposizione del termine e, dunque, sul principio dell'indipendente esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice ordinario, con conseguente rilevanza e non manifesta infondatezza della legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1-*bis*, come introdotto dalla legge n. 266 del 2005, rispetto agli artt. 101, 102 e 104 Cost. (1)*

(*Omissis*)

La presente controversia si inserisce nel copioso contenzioso relativo ai contratti a termine stipulati da Poste Italiane Spa e prende, segnatamente, origine dalla nuova disposizione contenuta nell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/01, come introdotta dall'art. 1, comma 558, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (cd. finanziaria 2006), ai sensi della quale il contratto di lavoro a termine è stato stipulato (30 giugno 2006 al 15 settembre 2006).

Occorre, in primo luogo, stabilire l'effettiva portata della norma così introdotta che, testualmente, recita: «Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche quando l'assunzione sia effettuata da imprese concessionarie di servizi nei settori delle Poste per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile e ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale, riferita al 1° gennaio dell'anno cui le assunzioni si riferiscono. Le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui al presente comma».

L'art. 2, d.lgs. n. 368/01, novellato è rubricato «disciplina aggiuntiva»; aggiuntiva rispetto all'art. 1 che è rubricato «apposizione del termine», nel quale sono indicati tutti i requisiti e gli elementi per una legittima apposizione

del termine al contratto di lavoro: sussistenza di ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive, e conseguente specificazione scritta.

Ritiene questo giudicante che l'unica interpretazione coerente con la *ratio* della norma è quella di ritenere che è stata prevista – in favore del settore postale – una disciplina esclusiva/alternativa rispetto all'art. 1, e non aggiuntiva rispetto a quella generale prevista da quest'ultimo articolo.

A sostegno di tale tesi si sono già espressi diversi giudici di merito, le cui pronunce vengono condivise da questo giudice remittente (v. Corte d'Appello Torino 11 ottobre 2007; Trib. Milano 1° ottobre 2007 – Est. Mennuni; Trib. Milano 25 ottobre 2007 – Est. Peragallo; Trib. Milano 27 settembre 2007 – Est. Di Ruocco; Trib. Milano 6 ottobre 2007 – Est. Sala; Trib. Roma 15 gennaio 2008 – Est. Mimmo).

Giova, a questo punto, osservare quanto segue.

A sostegno della detta interpretazione vanno richiamate sia la lettura che la *ratio* della norma, orientata in maniera non equivoca a introdurre un'ipotesi speciale e tipizzata di legittima apposizione del termine per il trasporto aereo, i servizi aeroportuali e le imprese concessionarie di servizi postali.

Una diversa interpretazione – così come proposta da parte ricorrente quale «aggiuntiva» rispetto a quella generale prevista dall'art. 1 – snaturerebbe del tutto la norma, trasformandola da evidente norma di favore per taluni settori di attività, attraverso l'introduzione di una maggiore elasticità nella possibilità di ricorrere ai contratti a termine, in norma «restrittiva» per gli stessi settori di attività, senza che tale restrizione trovi fondamento in alcuna esigenza concreta.

La formulazione della norma – come sopra riportata testualmente – è identica alla previsione di cui all'art. 1, lett. *f*, della legge n. 230/62, introdotta con la legge n. 84/86, che consentiva la possibilità di un'autonoma previsione di stipula di contratti a termine per le imprese operanti nel settore del trasporto aereo e nel settore dei servizi aeroportuali.

Il fatto che il legislatore ha integralmente riportato nel d.lgs. n. 368/01 la formulazione della norma in precedenza vigente (salvo aggiungere l'obbligo di comunicazione alle Oo.Ss.) conduce a ritenere che lo stesso ha inteso prevedere per le imprese operanti nel settore del trasporto aereo una autonoma possibilità di stipula di contratti a tempo determinato all'interno di limiti temporali e quantitativi individuati dalla norma.

Sarebbe, del resto, anomalo ritenere che con l'introduzione dell'art. 2, d.lgs. n. 368/01, il legislatore ha inteso introdurre una fattispecie del tutto diversa rispetto a quella già operante con l'art. 1, lett. *f*, legge n. 230/62, e, per fare ciò, abbia poi riportato testualmente la norma medesima.

Entrambe le norme – perfettamente speculari – contengono, dunque, una disciplina di favore per le aziende operanti nel settore del traffico aereo e

dei servizi aeroportuali, introducendo limiti meno rigidi e rigorosi rispetto a quelli gravanti sulla generalità dei soggetti.

Diversamente opinando, ritenere cioè che la norma abbia introdotto una disciplina che non prescinda ma si aggiunga ai presupposti di cui all'art. 1 della norma medesima, si perverrebbe all'effetto esattamente opposto rispetto a quello di agevolare le imprese indicate; infatti, queste potrebbero stipulare contratti a termine non solo rispettando i criteri generali di cui all'art. 1 ma anche quelli previsti dall'art. 2, introducendo così per tali imprese una disciplina ancor più rigorosa e restrittiva proprio per le aziende di quel settore.

Tale interpretazione, del resto, è confortata sia dal termine utilizzato nel testo della rubrica – disciplina aggiuntiva – da intendersi riferito non ai criteri di cui all'art. 1 bensì alle aziende di quel settore, sia dal fatto che entrambe le norme iniziano utilizzando la stessa locuzione («è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto…»), lasciando così intendere che entrambe sono destinate a disciplinare i casi in cui la previsione di un termine sia legittima.

La medesima interpretazione, allora, deve operarsi in relazione all'ipotesi aggiunta nel comma 1-*bis* dall'art. 1, comma 558, legge n. 266/05, relativa alle «imprese concessionarie del servizio postale». La disciplina del comma 1 è espressamente richiamata nell'*incipit*, sicché il legislatore ha chiaramente voluto estendere la medesima disciplina (di cui al comma 1, relativa alla imprese del trasporto aereo) anche alle imprese concessionarie del servizio postale.

A ulteriore corollario di tale interpretazione concorrono i lavori parlamentari relativi alla norma poi riprodotta dall'art. 1, comma 558, legge n. 266/05; dalla relazione illustrativa del 2 novembre 2005 si evince che l'indirizzo del governo, espresso nella risoluzione 8-00138 della seduta del 28 luglio 2005 della IX Commissione Trasporti, Poste e Telecomunicazioni, era rivolto a porre un freno al fenomeno della precarizzazione nel settore postale oltre che limitare le spese di giustizia dell'annoso contenzioso in corso.

Dunque si tratta di un'evidente scelta politica di sostegno a favore di Poste Italiane Spa incidente anche sul bilancio dello Stato, che non può che essersi tramutata in una inclusione di Poste nella disciplina di favore già esistente per le imprese del settore del trasporto aereo, contenente la previsione di una causale *ad hoc*.

Quanto, poi, all'applicazione soggettiva dell'art. 2, comma 1-*bis*, ritiene il giudice remittente non condivisibile la tesi – sostenuta da parte attrice – secondo la quale la norma non sarebbe applicabile alla resistente in quanto non si tratterebbe di impresa «concessionaria» del servizio postale ma di un'impresa «assegnataria» del servizio postale universale.

Risulta, infatti, irrilevante il fatto che l'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 261/99, utilizzi il termine «assegnazione» in luogo di «concessione», trattandosi di istituto giuridico rientrante a pieno titolo nel concetto di «concessione amministrativa», come del resto reso evidente dal decreto ministeriale attuativo della norma indicata del 17 aprile 2000 che fa proprio riferimento alla concessione del servizio postale universale alla società Poste Italiane Spa.

Peraltro, sempre dai lavori parlamentari già sopra citati emerge con evidenza il riferimento della norma in questione proprio alla società Poste Italiane Spa.

(*Omissis*)

L'esame dei motivi di doglianza di parte ricorrente impone il rispetto dell'ordine di priorità giuridica da riservare alle preliminari. Infatti, parte attrice ritiene che lì ove la norma venga interpretata in alternativa rispetto all'art. 1 contrasterebbe con l'ordinamento europeo e in particolare con la Direttiva n. 1999/70/Ce relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso tra le organizzazioni intercategoriali a carattere generale.

Questa tesi comporta al giudice la risoluzione di problematiche connesse all'interferenza e impatto del Diritto comunitario sul diritto interno, non solo e non tanto in ordine alle nome di legge ordinaria, ma anche e soprattutto in relazione a princìpi fondamentali aventi rilevanza e riconoscimento nel sistema costituzionale italiano.

Il conflitto fra una previsione contenuta nel Diritto comunitario con norme interne comporta in capo al giudice nazionale investito della controversia, in cui venga in questione l'applicazione di entrambe le fonti disciplinanti la fattispecie, il dovere di dare luogo a una interpretazione adeguatrice della norma di diritto nazionale ovvero, in caso di confitto irrisolvibile sussistente allorché quest'ultima disponga in modo diverso e inconciliabile con la norma comunitaria, il potere del giudice nazionale di disapplicare la norma di diritto interno operando una sorta di sindacato di legittimità diffuso.

Nell'esame della pregiudiziale, ritiene il giudice remittente di aderire all'orientamento giurisprudenziale che, in sede di merito, risulta – allo stato – maggioritario secondo il quale tale contrasto non risulta ravvisabile.

In primo luogo, in quanto le clausole dell'Accordo quadro con valore precettivo indicano unicamente quale obiettivo; a) il miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il principio della non discriminazione; b) la creazione di un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.

Non è dettata, pertanto, alcuna direttiva in ordine all'iniziale contratto a termine stipulato dalle parti e tanto meno in ordine alla necessità della indicazione di una causale specifica a fronte dell'apposizione del termine.

Inoltre, dal «Considerando» numero 10 del citato accordo si evince come sia stata demandata agli Stati membri e alle parti sociali la formulazione di deposizioni volte all'applicazione di princìpi generali, dei requisiti minimi e delle norme in esso contenuti al fine di tener conto della situazione di ciascuno Stato membro e delle circostanze relative a particolari settori od occupazioni, comprese le attività di tipo stagionale; pertanto, l'art. 2, d.lgs. n. 368/01, altro non è che la realizzazione di una normativa specifica appunto a due particolari settori.

Ancora, la clausola n. 3 del citato Accordo quadro, relativa alla definizione di lavoratore a tempo determinato contraddistinto dalla sussistenza di un contratto nel quale il termine sia determinato da condizioni oggettive quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico, non conduce a soluzioni diverse.

Infatti, anche tale clausola non richiede affatto un'indicazione specifica della causa giustificativa dell'apposizione del termine, ma richiede unicamente la sussistenza di una certa data, requisito assolutamente presente nell'art. 2 citato allorché si fa riferimento a contratti a termine da stipularsi tra l'aprile e l'ottobre, requisito presente anche nel contratto a termine stipulato nel caso in esame.

Si può, allora, concludere che l'Accordo quadro al quale fa riferimento parte ricorrente regola unicamente gli abusi derivanti da una successione di contratti (vedi anche la clausola 5 che è dedicata alle misure di prevenzione degli abusi derivanti proprio dall'utilizzo di una successione di contratti e solo in relazione a tale fattispecie è prevista l'adozione di misure relative alle ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti) e comunque non contiene alcun riferimento alla necessità della specifica indicazione di una causale per l'apposizione del termine.

Appare fornire sostegno a tale interpretazione anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia (v. sentenza *Mangold* – Corte di Giustizia, Grande Sezione, 22 novembre 2005, causa 144/04 –, e sentenza *Adeneler* – Corte di Giustizia, Grande Sezione, 4 luglio 2006, causa 212/04) che si riferisce a fattispecie inerente alla successione di contratti ed esclude la pertinenza del richiamo alla clausola 5 in relazione al primo contratto *a* termine stipulato tra le parti.

Infine, in ordine al contrasto che si configurerebbe tra la nuova normativa introdotta con la legge finanziaria 2006 e la clausola numero 8, punto 3 – relativa al «non regresso» –, si rileva egualmente che le osservazioni svolte dalla difesa di parte attrice non sono condivisibili.

Si tratta della clausola che prevede che «l'applicazione del presente accordo non costituisce motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso»; dalla lettura della

norma si evince che è vietato ridurre il livello generale offerto ai lavoratori allorché, da un lato, ci si trovi di fronte a una normativa emessa in applicazione del presente accordo e, dall'altro, ci si trovi in un ambito coperto dall'accordo stesso.

In ordine al primo aspetto della questione, si osserva che non ci si trova nell'ambito di una normativa emessa in applicazione del suddetto accordo in quanto il d.lgs. n. 368/01 è stato emesso per dare attuazione alla Direttiva n. 1999/70/Ce e l'art. 2, comma 1-*bis*, inserito dalla legge finanziaria 2006, è entrato in vigore a ben cinque anni di distanza.

Pertanto, il fatto che il comma in questione sia stato inserito dopo il comma analogo che regola il settore aeroportuale è solo il frutto di una tecnica legislativa che vuole semplificare con il riferimento *per relationem*, ma non significa necessariamente che anche questa norma sia stata emessa in funzione dell'applicazione della detta direttiva.

Anche diversamente opinando, si rileva in ogni caso che il divieto di regresso si riferisce a una riduzione del livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo, che, come si è osservato, è solo l'ambito relativo alla successione dei contratti a termine. A sostegno di tale tesi si richiama la già citata sentenza *Mangold* (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 22 novembre 2005, causa 144/04) laddove si afferma che una *reformatio in peius* della protezione offerta al lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è in quanto tale vietata dall'Accordo quadro quando non è in alcun modo collegata con l'applicazione di questo.

Alla luce di tali considerazioni, dunque, si deve ritenere che l'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/01 – richiamato da Poste Italiane Spa quale riferimento per l'assunzione a termine di parte attrice –, non contrasti con l'ordinamento europeo, con conseguente infondatezza delle questioni pure sollevate in riferimento agli artt. 10 e 11 Cost.

Residua, però, la questione di incostituzionalità per asserita inosservanza del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

In altri termini occorre accertare se la diversificazione di disciplina in favore di Poste Italiane Spa –*rectius* delle imprese concessionarie di servizi nei settori delle Poste – sia ragionevole perché giustificata dalla diversità delle fattispecie come affermato in ogni occasione in cui la Corte Costituzionale abbia fatto applicazione del principio di uguaglianza.

Tale verifica si impone dovendo il giudice dare una interpretazione del diritto nazionale conforme non solo al Diritto comunitario prevalente su quello interno ma anche ai valori costituzionali fondamentali dello Stato e, tra questi, al principio di uguaglianza consacrato espressamente all'art. 3 Cost.

L'uguaglianza, infatti, non va rispettata solo avendo come riferimento l'ambito comunitario, ma per il giudice nazionale, proprio in quanto sotto-

posto alla legge e alla Costituzione, vi è l'obbligo dell'ulteriore verifica se il precetto da applicare sia rispettoso del criterio consacrato all'art. 3, comma 1, Cost. all'interno dello Stato italiano, Stato membro.

L'esistenza di situazioni eterogenee va, a parere di questo giudice remittente, vagliata sotto il profilo sostanziale, ossia esaminando la consistenza della fattispecie disciplinata, non potendo ritenersi che la distinta provenienza (fonte in senso soggettivo) delle previsioni normative (una comunitaria e una di diritto interno) possa giustificare trattamenti diseguali.

Trattasi, infatti, di fonti destinate a operare entrambe nel territorio dello Stato e necessariamente tenute a coordinarsi e integrarsi nel rispetto sì della preminenza del Diritto comunitario operante in virtù delle limitazioni della sovranità consentite dall'art. 11 Cost., ma comunque sempre in attuazione dei valori costituzionali nazionali aventi il rango di «princìpi e diritti fondamentali» la cui osservanza va garantita all'interno dello Stato.

Questo in ragione della costante giurisprudenza della Corte Costituzionale (da ultimo ribadita nelle sentenze Corte Costituzionale nn. 348 e 349/2007, ma vedasi anche sentenze nn. 484/2006, 284/2007, o, prima fra tutte, sentenza n. 183/1973).

Tale eterogeneità di fattispecie non è ravvisabile nel caso in esame, poiché l'interpretazione nascente dal combinato disposto dell'art. 1, d.lgs. n. 368/01, e dell'art. 2, comma 1-*bis*, del medesimo decreto – come sopra illustrata – implica che norme diverse disciplinano in maniera diseguale situazioni identiche, con l'unica differenza che la seconda norma riguarda i lavoratori del settore postale per il quale viene creata una disciplina speciale anche sotto il profilo sanzionatorio.

Inoltre, la «a-causalità» provocata in tale settore incide anche sul potere giudiziale di verifica delle condizioni giustificatrici dell'apposizione del termine e, di conseguenza, sul principio costituzionale dell'indipendente esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice ordinario, sottraendogli il potere di valutare autonomamente i fatti rilevanti ai fini della qualificazione del rapporto *ex* artt. 101 e 104 Cost.

(*Omissis*)

Per questi motivi,

Visti l'art. 134 Cost. e l'art. 23 della legge 1° marzo 1953, n. 87,

ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/01, in relazione agli articoli 3, comma 1, 101, 102, 104 Cost.,

sospende il giudizio e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale (*Omissis*)

## (1) LAVORO A TERMINE E PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA

1. — *L'Art. 2, comma 1*-bis*: natura e requisito causale* — Nel sistema delineato dal d.lgs. n. 368 del 2001 e successive modifiche, l'ipotesi generale di lavoro a termine è, come noto, costituita dall'art. 1, d.lgs. citato.

Questa fattispecie, tuttavia, non rappresenta l'unico caso di apposizione del limite di durata previsto dal legislatore delegato. Accanto a essa, occorre, infatti, menzionare il successivo art. 2, il quale consente di ricorrere alla stipulazione di un contratto a tempo determinato, per un periodo massimo complessivo di sei mesi, da aprile a ottobre di ogni anno, ovvero di quattro in altro periodo, nel limite del 15% dell'organico aziendale, sia alle aziende di trasporto aereo o esercenti servizi aeroportuali (Vedi art. 2, comma 1), sia, in virtù dell'estensione operata dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266 (cd. legge finanziaria 2006), alle imprese concessionarie di servizi nel settore delle Poste (Vedi art. 2, comma 1-*bis*).

Tale operazione estensiva è stata recentemente oggetto di diverse decisioni giurisprudenziali, al centro delle quali è riconoscibile un primo nodo teorico, concernente il rapporto, esclusivo (/alternativo) o aggiuntivo, tra l'art. 2, comma 1-*bis*, e la generale fattispecie appositiva del termine. Vale in proposito sottolineare come l'opinione prevalente consideri la disposizione in commento «alternativa» rispetto alla norma d'esordio del d.lgs. n. 368 del 2001, in guisa che la disciplina prevista per il settore delle Poste risulterebbe soggetta a regole sue proprie [Cfr. Trib. Roma 21 marzo 2008 e 15 gennaio 2008, Trib. Napoli 23 ottobre 2007, Trib. Foggia 7 aprile 2008 (s. m.), in *Lav. giur.*, 2008, n. 8, pp. 810 ss., con nota di L. Martino, *La giurisprudenza di merito sui «nuovi» contratti a termine di poste*. Ma vedi Trib. Trani 6 maggio 2008 (s. m.), in *Lav. giur.*, 2008, n. 7, p. 706, con nota di V. De Michele, *Questioni di pregiudizialità comunitaria e costituzionale sul contratto a termine*, che, invece, ha ritenuto la disposizione in oggetto aggiuntiva rispetto a quella generale prevista dall'art. 1, d.lgs. citato, nonché Trib. Milano 29 giugno 2007, in q. *Riv.*, 2008, n. 1, II, pp. 155 ss., con nota di M. Lozito, *La «disciplina aggiuntiva» del contratto a termine per il settore delle poste e la Direttiva n. 1999/70/Ce: violazione della clausola di non regresso e poteri del giudice italiano*, che ha affermato la complementarietà dell'art. 2, comma 1-*bis*, rispetto a quella di cui al precedente articolo 1, d.lgs. citato].

Così anzitutto per quanto concerne l'obbligo di specificazione delle ragioni di apposizione del termine. Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, il legislatore, con la norma in parola, avrebbe, infatti, stereotipato *a priori* le cause legittimanti il requisito del limite di durata di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. citato. E questo, già sul modello prefigurato dalla precedente disciplina (Vedi art. 1, comma 2, lett. *f*, legge n. 230 del 1962), in considerazione dell'intrinseca stagionalità delle attività dedotte in contratto (Cfr. Corte d'App. Torino 11 ottobre 2007, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2008, n. 1, pp. 159 ss., con nota di richiami; Trib. Napoli 15 novembre 2007, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, n. 3, II, pp. 614 ss., con nota di M. Marazza, *Le assunzioni a termine «formalmente acausali», a norma dell'art. 2, d.lgs. n. 368/2001, sono compatibili con la disciplina europea*; Trib. Roma 15 gennaio 2008, Trib. Napoli 23 ottobre 2007, Trib. Foggia 7 aprile 2008, cit.; quanto all'orientamento che, invece, considera l'obbligo di specificazione non derogabile neppure in tale settore, cfr. Trib. Roma 21 marzo 2008, cit.; Trib. Milano 24 novembre 2007, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2008, n. 1,

pp. 159 ss., con nota di richiami; Trib. Milano 29 giugno 2007, in q. *Riv.*, 2008, n. 1, II, pp. 155 ss., con nota di M. Lozito, *op. cit.*; Trib. Foggia 11 aprile e 19 marzo 2007, in *Arg. dir. lav.*, 2008, n. 3, pp. 837 ss., con nota di commento di A. Olivieri, *Contratto a tempo determinato e abuso di posizione dominante*, e in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2007, n. 3, pp. 728 ss., con nota di commento di M. Paulli, *Il nuovo contratto a termine di Poste Italiane Spa*).

2. — Segue: *Il possibile contrasto con il Diritto comunitario* — Premessa la natura non aggiuntiva e a-causale (nel senso innanzi precisato) della norma in oggetto, la giurisprudenza si è poi però chiesta se, così ragionando, tale disciplina non sia in contrasto con il Diritto comunitario. Sotto tale profilo, accanto a quelle pronunce che affermano l'illegittimità della suddetta disciplina (Sul punto cfr. Trib. di Foggia 11 aprile e 19 marzo 2007, in *Arg. dir. lav.*, 2008, n. 3, pp. 837 ss., con nota di commento di A. Olivieri, *op. cit.*, e in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, n. 3, pp. 728 ss., con nota di M. Paulli, *op. cit.*), ve ne sono, tuttavia, altre che, invece, negano alcuna incompatibilità con la Direttiva n. 1999/70/Ce. Ciò in base a una pluralità di rilievi: non ultimo quello secondo cui la regola della causalità del primo contratto a termine sarebbe da ritenere completamente estranea all'oggetto della citata direttiva [Cfr. Trib. Napoli 23 ottobre 2007, Trib. Roma 15 gennaio 2008 (s. m.), in *Lav. giur.*, 2008, n. 8, con nota di L. Martino, *op. cit.*].

E, difatti, se si ritiene che quest'ultima attenga soltanto alla prevenzione degli abusi da ripetizione di contratti a tempo determinato e alla parità di trattamento (Come ha affermato anche la Corte Cost. con la sentenza 4 marzo 2008, n. 44, in *www.cigl.giuridico.it*, con nota di A. Andreoni, *Contratto a termine e diritto di precedenza: l'onda lunga della Corte Costituzionale*, nonché la Corte di Giustizia Ce nelle pronunce *Mangold*, in q. *Riv.*, 2006, n. 2, II, pp. 205 ss., con nota di L. Calafà, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, *Adeneler*, *Marrosu e Vassallo*, in *Foro it.*, 2007, n. 6, I, c. 343, con nota di L. De Angelis, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, e in q. *Riv.*, 2006, n. 4, II, pp. 602 ss., con nota di A. Gabriele, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della p.a. al vaglio della Corte di Giustizia*), il problema causale dell'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368 del 2001 resta fuori dalla direttiva comunitaria [Così come, del resto, resta fuori quello di cui all'art. 1, d.lgs. citato, cfr. T. Vettor, *Princìpi della delega e rinvio alla Direttiva 1999/70/Ce nella sentenza n. 44 del 2008 della Corte Costituzionale (e nella successiva giurisprudenza di merito)*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, n. 6, pp. 1459 ss., e, ivi, i richiami alla dottrina e alla giurisprudenza conforme].

In questi termini ha argomentato anche il Tribunale di Roma, il quale, con l'ordinanza di rimessione in epigrafe, ha non di meno ritenuto di dover sollevare il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1-*bis*, sotto un altro profilo, e cioè non tanto per supposta violazione del Diritto europeo, quanto piuttosto per contrasto con la regola di eguaglianza.

3. — *Questioni di legittimità costituzionale* — E invero, una volta esaurito il controllo pregiudiziale di compatibilità della disposizione in parola con il Diritto co-

munitario, all'autorità giudiziaria è ancora concesso un ulteriore livello di raffronto della normativa interna con i valori fondamentali del nostro Stato, e fra questi con il principio costituzionale espressamente contenuto nell'art. 3, comma 1, Cost. (In senso conforme, cfr. la pronuncia in rassegna, nonché le sentenze della Consulta, ivi richiamate, n. 349 e n. 348 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, n. 5, pp. 3564 ss., con nota di commento di V. Sciarabba, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*).

A tale proposito, occorre dunque domandarsi, come affermato dalla Corte Costituzionale ogni qualvolta abbia fatto applicazione di quest'ultimo principio, quali sono le ragioni che giustificano la differente disciplina nascente dal combinato disposto degli artt. 1 e 2, comma 1-*bis* (tenuto conto che nella pronuncia in rassegna la diversa disciplina consiste non solo nella dispensa dall'obbligo di specificazione dei motivi del limite di durata, ma anche nella mancata applicazione della disciplina sanzionatoria della conversione prevista dall'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 368); ragioni che se nel caso del settore del trasporto aereo *ex* art. 2, comma 1, potevano (e possono) ritenersi *in re ipsa*, almeno per quanto concerne la fattispecie delle assunzioni da aprile a ottobre, altrettanto non può essere sostenuto nel caso del settore delle Poste.

Risulta, infatti, difficile prefigurare in entrambe le ipotesi previste dall'art. 2, comma 1-*bis*, quei picchi stagionali in forza dei quali sarebbe invece plausibile sottrarsi all'obbligo della giustificazione scritta del termine, stabilito *ex* art. 1 in tutti gli altri casi, nonché al connesso controllo giudiziario sugli stessi. A tal proposito, osserva in particolare il Tribunale di Roma, «mentre per il settore aeroportuale può affermarsi che – anche per comune esperienza – il periodo aprile/ottobre rappresenta un momento di maggiore incisività/utilizzo dei servizi con la conseguenza che a una maggiore domanda della clientela deve corrispondere una adeguata risposta delle imprese e che, pertanto, trattasi di esigenza fisiologica se non patologica di maggior personale, per il settore dei servizi postali non si conoscono le ragioni che giustificano le dette assunzioni» (In senso conforme, cfr. Trib. Busto Arsizio 22 marzo 2006, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2006, n. 4, pp. 1080 ss., con nota di commento di F. Bernini, *L'art. 2, d.lgs. n. 368/2001, e il contratto a termine nel trasporto aereo*; Trib. Foggia 11 aprile-19 marzo 2007, in *Arg. dir. lav.*, 2008, n. 3, pp. 837 ss., con nota di commento di A. Olivieri, *op. cit.*, e in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2007, n. 3, pp. 728 ss., con nota di commento di M. Paulli, *op. cit.*).

A ulteriore conforto di questa tesi (e cioè quella secondo cui l'art. 2, comma 1-*bis*, sarebbe intrinsecamente privo del requisito dell'oggettività e della temporaneità) concorrono, peraltro, gli stessi lavori parlamentari relativi all'art. 1, comma 558, legge n. 266 del 2005, riprodotto nella disposizione in parola, ove si chiarisce che il legislatore intendeva «porre un freno al fenomeno della precarizzazione nel settore postale, oltre che limitare le spese di giustizia dell'annoso contenzioso in corso» (cfr. la sentenza in commento). Una considerazione alla luce della quale il giudicante ha poi potuto evidenziare un ulteriore motivo di non violazione dell'art. 2, comma 1-*bis*, del Diritto comunitario, ovvero sotto il profilo della clausola di non regresso di cui all'art. 8, n. 3, della Direttiva n. 1999/70/Ce che, come noto, non impedisce agli Stati membri la possibilità di modificare (*in peius*) la legislazione attuativa di una direttiva Ue, a condizione però che tale revisione venga fatta al di fuori della trasposi-

zione della medesima normativa e sia giustificata da un disegno riformatore motivato da nuove e reali esigenze di interesse generale.

In base alla *ratio legis* appena richiamata della norma in esame, appare, infatti, evidente come il legislatore, con l'art. 2, comma 1-*bis*, abbia compiuto a favore di Poste Italiane Spa una scelta di politica legislativa, in alcun modo collegata all'applicazione della stessa disciplina europea [In senso conforme cfr. la pronuncia in commento; nonché Trib. Milano 6 novembre e 13 settembre, inedite; in senso contrario cfr. Trib. Trani 6 maggio 2008 (s. m.), in *Lav. giur.*, 2008, n. 7, p. 706, con nota di V. De Michele, *op. cit.*]. Peraltro, anche diversamente opinando – osserva ancora il Tribunale di Roma – la disposizione in parola non sarebbe comunque censurabile in relazione alla clausola testè citata, essendo estranea all'oggetto della Direttiva n. 1999/70/Ce (Vedi *supra*, par. 2). E difatti, nel momento in cui si deve decidere della violazione dell'art. 8, n. 3, «non dovrebbe invocarsi […] ogni riduzione di tutela apportata dal legislatore nazionale nella complessiva materia del contratto a termine, ma soltanto quando la riduzione riguardi profili direttamente e specificamente disciplinati dalla direttiva comunitaria» (Cfr. S. Ciucciovino, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368 del 2001*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, n. 3, p. 484).

4. — *La regola di eguaglianza, tra memoria e presente* — Non resta allora che attendere un nuovo pronunciamento della Corte Costituzionale rispetto a questo settore lavorativo. Ben sapendo che ai fini del giudizio di legittimità del caso in questione, coerente con l'art. 3, comma 1, Cost., «nell'assenza di un'occasione di lavoro provvisoria, solo l'esigenza di salvaguardare prioritari interessi di ordine generale può comportare un sacrificio di un rapporto a tempo indeterminato» (Cfr. L. Menghini, *Il lavoro a termine*, Utet, Torino, 2009, in corso di pubblicazione).

In questi termini si è pronunciata la stessa Consulta con la sentenza del 13 ottobre del 2000, n. 419 (In q. *Riv.*, 2001, II, pp. 33 ss., in *Dir. lav.*, 2000, 3, pp. 178 ss., con nota di Pizzuti, *Referendum e limiti derivanti dal Diritto comunitario*). In quella occasione la Corte, per salvare il precedente intervento legislativo a favore di Poste Italiane, conseguente al contenzioso concomitante alla trasformazione dell'Ente Poste in Società per azioni (Vedi art. 9, comma 21, d.l. n. 501 del 1996), aveva infatti dovuto invocare una situazione di assoluta eccezionalità e considerare espressamente le gravissime conseguenze economiche che sarebbero derivate dal fatto di mantenere in servizio tanti dipendenti precari.

«Condizioni che alla data di entrata in vigore della legge n. 266 del 2005 non risultano più sussistere, sicché i problemi economici della società Poste Italiane» – peraltro ingenerati dall'utilizzo, da anni e anni posto in essere da questo datore, del lavoro a tempo determinato più per far fronte a carenze di organico strutturali che a esigenze temporanee (Cfr. L. Menghini, *op. cit.*) – «non possono assurgere a interessi generali preminenti sui diritti dei lavoratori» (Cfr. la pronuncia in rassegna, nonché P. G. Alleva, *L'incostituzionalità della norma antiprecari*, in *www.cgil.giuridico.it*, il quale, sulla base di analoghe considerazioni, ha evidenziato l'incostituzionalità, sempre per violazione della regola di eguaglianza, di un ulteriore successivo intervento di legge in favore di questo datore di lavoro rappresentato dall'art. 21, comma 1-*bis*, del d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, con la legge n. 133 del 2008, a seguito del quale, come è noto, è stato inserito nel corpo del d.lgs. n. 368 del 2001 l'art. 4-*bis*; sul-

la domanda di legittimità costituzionale dell'art. 21, citato, in relazione all'art. 3 Cost., ma non solo, cfr. altresì in giurisprudenza l'elenco delle numerose ordinanze di rimessione raccolte in D. Carpagnano, *Sull'art. 21 della l. n. 133 del 2008: ovvero la cronaca di una storia annunciata*, in *www.cgil.giuridico.it*).

Ovverosia, non possono essere considerati tali da consentire il venir meno della regola della stabilità del rapporto. Trattasi, questo, infatti, di un principio del quale non solo è innervata la Direttiva n. 1999/70/Ce, comunque si guardi a essa (Cfr., in particolare, G. De Simone, *Il valore della stabilità nel Diritto comunitario e il sistema nazionale di tutele differenziate*, in *Lav. dir.*, 2007, n. 4, pp. 559 ss., secondo la quale la stabilità del rapporto di lavoro – intrinsecamente inficiata dall'apposizione del termine – è ivi affermata come un valore da salvaguardare), ma, soprattutto, la normativa dell'ordinamento giuridico italiano, a livello sia delle sue disposizioni fondamentali (Cfr. L. Menghini, *op. cit.*, e ivi, in senso conforme, il richiamo a Corte d'App. Firenze 11 giugno 2006, secondo il quale «la nostra Costituzione […] ammette il lavoro a termine solo in presenza di un'occasione temporanea di lavoro»), sia (ora esplicitamente) della disciplina imperativa di regolamentazione dell'impiego privato (Vedi l'art. 1, comma 1, d.lgs. citato, come introdotto dalla legge n. 247 del 2007; in senso conforme cfr. M. Aimo, *Il contratto a tempo determinato riformato: le scelte compiuto e le implicazioni possibili*, in *Lav. dir.*, 2008, 3, pp. 459 ss.) e dell'impiego pubblico (Vedi l'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001, come sostituito dall'art. 3, comma 79, della legge n. 244 del 2007, e successivamente modificato dall'art. 49, d.l. n. 112 del 2008, convertito con legge n. 133 del 2008; in termini consimili cfr., per tutti, M. Roccella, *Manuale di Diritto del lavoro*, G. Giappichelli, Torino, 2008).

Tiziana Vettor
*Professore Associato di Diritto del lavoro*
*nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca*

CASSAZIONE, 23 maggio 2008, n. 13381, Sez. lav. – Pres. Mattone, Rel. Consigliere Picone, P.M. Riello – R. G. (avv.ti D'Angelo e Poto) c. Ideal Standard – Divisione American Standard Italia Srl (avv. Scocozza). Conf. App. Salerno 19 maggio 2004.

**Licenziamento collettivo – Informazione e consultazione dei sindacati – Irrituale – Inefficacia dei licenziamenti – Esclusione**

*In tema di licenziamento collettivo, nel caso in cui venga disposta la chiusura di un settore o ramo d'azienda, la mancata indicazione da parte del datore di lavoro, nella comunicazione resa alle organizzazioni sindacali ai sensi dell'art. 4, legge n. 223 del 1991, delle ragioni che non hanno consentito l'adozione di misure alternative al recesso, non comporta l'inefficacia dei licenziamenti. (Massima non ufficiale)*

*Svolgimento del processo*

La Corte d'Appello di Salerno, con sentenza del 19 maggio 2004, n. 576, confermava la sentenza n. 3843/2003 del Tribunale di Salerno che rigettava la domanda di accertamento dell'inefficacia del licenziamento per riduzione del personale effettuato dalla Ideal Standard – Divisione American Standard Italia Srl nei confronti di R. G., avente decorrenza al 31 dicembre 1999, rigettando, conseguentemente, anche la richiesta di emanazione delle statuizioni di condanna.

Avverso tale sentenza R. G. proponeva ricorso di fronte la Suprema Corte nei confronti della Ideal Standard – Divisione American Standard Italia Srl denunciando, in primo luogo, la violazione dell'art. 4, comma 3, della legge n. 223 del 1991, a seguito della mancata indicazione dei motivi che impedivano l'adozione di misure alternative al licenziamento.

In secondo luogo si denunciava la violazione dell'art. 4, comma 7, della legge n. 223 del 1991, dato il mancato rispetto del termine previsto per l'incontro presso l'Ufficio provinciale del lavoro.

Era lamentata, infine, la violazione dell'art. 5 della legge n. 223 del 1991 perché la sentenza della Corte d'Appello aveva escluso che la comparazione dovesse avvenire tra tutti i lavoratori alle dipendenze della società, compresi quelli addetti a stabilimenti diversi aventi attività omogenee.

*Motivi della decisione*

1. Con il primo motivo è denunciata violazione della legge n. 223 del 1991, art. 4, comma 3, unitamente a vizio di motivazione, deducendosi che la mancata indicazione dei motivi che impedivano l'adozione di misure alternative al licenziamento, non specificati neppure nei successivi incontri sindacali, costituiva violazione procedimentale determinante l'inefficacia del licenziamento, tenuto conto, in particolare, del comportamento complessivo dell'azienda, che aveva contemporaneamente proceduto ad altrettante assunzioni presso gli stabilimenti di (*Omissis*), e ciò andava posto in stretta relazione con l'omessa indicazione delle misure alternative, tra cui, in particolare, il trasferimento dei lavoratori in esubero ad altri stabilimenti.

(*Omissis*)

3. Con il terzo motivo è denunciata violazione della legge n. 223 del 1991, art. 5, per avere escluso la sentenza impugnata che la comparazione dovesse avvenire tra tutti i dipendenti della Società, anche addetti a stabilimenti diversi, ma con attività omogenea.

(*Omissis*)

5. La giurisprudenza della Corte enuncia il principio secondo il quale, in materia di licenziamenti collettivi per riduzione del personale, la legge 23 luglio 1991, n. 223, nel prevedere, agli artt. 4 e 5, la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato *ex post* nel precedente assetto ordinamentale, a un controllo dell'iniziativa imprenditoriale, concernente il ridimensionamento dell'impresa, devoluto *ex ante* alle organizzazioni sindacali, destinatarie di incisivi poteri di informazione e consultazione secondo una metodica già collaudata in materia di trasferimento di azienda.

I residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale (a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo), ma la correttezza procedurale dell'operazione (*Omissis*).

6. Ciò premesso, va subito rilevata l'infondatezza di tutte le censure che, direttamente o indirettamente, concernono il mancato coinvolgimento nella procedura delle situazioni degli stabilimenti di (*Omissis*), sia ai fini della completezza delle informazioni rese ai sindacati e agli organi pub-

blici, sia ai fini della determinazione dell'ambito dei lavoratori destinatari dei licenziamenti.

Ai sensi della legge 23 luglio 1991, n. 223, art. 24, comma 1 (nel testo vigente al tempo del licenziamento), le disposizioni di cui all'art. 4, commi da 2 a 12 e 15-*bis*, e all'art. 5, commi da 1 a 5, si applicano alle imprese che occupino più di quindici dipendenti e che, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro (ovvero della cessazione di attività, ai sensi del comma 2), intendano effettuare «almeno cinque licenziamenti, nell'arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia…». La lettera della legge, quindi, non consente di dubitare che «la riduzione o trasformazione di attività o di lavoro», ovvero la cessazione di attività, e il connesso numero minimo di licenziamenti, può riguardare una singola unita produttiva (vedi, per tutte, Cass. n. 12711/2000 e n. 809/2002).

Ne consegue che, siccome non è contestato che la cessazione dell'attività, per effetto di scelta organizzativa insindacabile nel merito in sede giurisdizionale, concerneva esclusivamente lo stabilimento di Salerno, la comunicazione scritta di cui alla legge n. 223 del 1991, art. 4, comma 3, doveva essere effettuata soltanto nei confronti delle Rsu costituite presso l'unità produttiva interessata, non di altre, e con indicazione della sola situazione concernente il detto stabilimento e i dipendenti ivi occupati, come si desume anche dal collegamento tra indicazione del personale eccedente e indicazione del personale abitualmente impiegato, che significa sicuramente precisazione del rapporto tra licenziandi e organico previsto per l'unità produttiva interessata al processo di ristrutturazione (in termini, Cass. n. 13182/2003).

7. Indubbiamente, il nuovo quadro normativo delineato al n. 5 giustifica il particolare rigore nella valutazione della conformità a legge della procedura posta in essere dall'impresa che intende ridurre il personale.

(*Omissis*)

L'inadeguatezza delle informazioni comporta l'inefficacia delle comunicazioni effettuate a norma del comma 9 e, conseguentemente, l'inefficacia di recessi a norma dell'art. 5, comma 3, della stessa legge, senza che possa attribuirsi alcun rilievo, o effetto sanante, a informazioni fornite successivamente e neppure all'eventuale accordo raggiunto con le organizzazioni sindacali secondo la previsione dell'art. 4, commi 5 e 6 (Cass. nn. 14760/2000, 14679/2000, 1923/2000, 5770/2003, 9015/2003, 13196/2003; le fattispecie esaminate concernevano, tra l'altro, la genericità di indicazioni sulla «crisi di mercato», ovvero dei motivi tecnici, organizzativi o produttivi che non consentivano di porre rimedio altrimenti all'eccedenza di personale).

Orbene, certamente la sentenza impugnata contiene un errore di diritto, laddove assegna al termine «indicazione» il significato di contenuto facolta-

tivo e non obbligatorio delle informazioni. E tuttavia, l'errore non incide sulla conformità al diritto della decisione, alla stregua del principio di diritto secondo cui la regola dell'estensione della disciplina della procedura di mobilità, legge n. 223 del 1991, art. 24, comma 2, anche ai licenziamenti collettivi conseguenti alla chiusura dell'insediamento produttivo deve essere intesa nei limiti di compatibilità di tale disciplina con i risultati in concreto perseguibili in relazione alla cessazione dell'attività aziendale, così da dispensare il datore di lavoro dall'obbligo di specificare, nella comunicazione di cui alla legge n. 223 del 1991, art. 4, cit., i motivi del mancato ricorso ad altre forme occupazionali, nel caso in cui sia disposta la chiusura di un settore o ramo d'azienda, tenuto conto che, ai fini dell'applicazione dei criteri di scelta dettati dalla legge n. 223 del 1991, art. 5, la comparazione dei lavoratori da avviare alla mobilità può essere effettuata avendo riguardo soltanto ai lavoratori addetti al settore o al ramo interessato dalla chiusura o dalla ristrutturazione e non a quelli addetti all'intero complesso organizzativo e produttivo, qualora si accerti che queste riguardino effettivamente in via esclusiva detto settore o ramo d'azienda ed esauriscano in tale ambito i loro effetti, dovendosi giudicare della completezza delle informazioni esclusivamente sotto il profilo funzionale di consentire il controllo sindacale sulla effettività della scelta di cessare l'attività, insindacabile del merito.

A questo principio si è attenuta la sentenza impugnata motivando in modo sufficiente e logico in ordine alla completezza dell'informazione sulla programmata chiusura dello stabilimento di Salerno (crisi del settore dell'edilizia, dimensioni produttive non efficienti e competitive).

8. In ordine, infine, alla censura concernente la violazione della legge n. 223 del 1991, art. 4, comma 7, è assorbente la considerazione (correggendo sul punto la motivazione della sentenza *ex* art. 384 cod. proc. civ., comma 2) che, risultando pacificamente accertato l'invio all'ufficio pubblico della comunicazione dell'esito negativo dell'esame congiunto, non vi erano inadempimenti imputabili alla Società, atteso che, come riconosce lo stesso ricorrente, l'organo pubblico competente non aveva proceduto alla convocazione delle parti.

9. Al rigetto del ricorso consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio di cassazione, nella misura determinata in dispositivo.

Per questi motivi

La Suprema Corte rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio di cassazione, liquidate le prime in euro 10,00, oltre alle spese generali, Iva e Cpa, e i secondi in euro 2000,00.

(1) SULLA COMUNICAZIONE DEI CRITERI DI SCELTA ALLE RSA

Con la pronuncia in epigrafe la Suprema Corte affronta diverse questioni riconducibili all'ambito del dovere di informazione del datore di lavoro alle rappresentanze sindacali, quali il contenuto della comunicazione, il suo ambito di riferimento e le conseguenze del mancato rispetto della procedura. La disciplina legislativa in materia di licenziamenti collettivi si caratterizza per la funzione di contemperare due contrapposti interessi che, in caso di una situazione di eccedenza di personale, entrano in insanabile conflitto tra loro: il datore di lavoro ha, infatti, interesse a raggiungere un dimensionamento delle strutture e dell'attività d'impresa riconducibile a una contrazione dell'occupazione; i lavoratori, d'altro canto, hanno un interesse individuale al posto di lavoro e un interesse collettivo al mantenimento dell'occupazione.

Originariamente la legge n. 223 del 1991 intervenne in attuazione della Direttiva comunitaria n. 129 del 1975, che prevedeva una procedura di consultazione sindacale obbligatoria, cui doveva seguire un intervento obbligatorio dell'autorità pubblica, che era, a sua volta, finalizzato a ricercare una soluzione al problema occupazionale posto dal licenziamento collettivo. Nell'intenzione del legislatore, quindi, l'obbligo di comunicazione non era rispettato quando questa fosse incompleta o inesatta, quando fosse limitata la funzione sindacale di controllo e valutazione e, infine, qualora sussistesse un rapporto causale fra l'indicata carenza e la limitazione della funzione sindacale.

Come noto, con l'informativa indirizzata alle rappresentanze sindacali aziendali o unitarie e alle rispettive associazioni di categoria oppure, in mancanza delle prime, alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative (In merito alle questioni relative ai destinatari della comunicazione O. Mazzotta, *I licenziamenti*, Commentario, Milano, 1999, pp. 667 ss.), il legislatore ha voluto apprestare una forte tutela al lavoratore in quanto il contenuto della comunicazione deve costituire la base per l'esame congiunto che può essere richiesto dalle rappresentanze sindacali; la procedura di comunicazione ha inoltre la funzione di rendere trasparente il processo decisionale datoriale nei confronti dei lavoratori destinati a essere estromessi dall'azienda. È di facile intuizione, quindi, come il mancato o l'inesatto espletamento di tale obbligo da parte del datore di lavoro precluda questo fondamentale diritto del lavoratore.

La Suprema Corte, nella pronuncia in esame, affronta, *in primis*, il delicato tema dell'applicabilità dell'art. 4, comma 3, della legge 23 luglio 1991, n. 223, alla particolare fattispecie del licenziamento collettivo di lavoratori dipendenti di un'unità produttiva in cui cessa l'attività aziendale.

La lettera della legge prescrive che il datore di lavoro debba comunicare i motivi per cui non è possibile adottare misure alternative al licenziamento, indicando come conseguenze generali della violazione di tale obbligo l'illegittimità del recesso e la configurazione di una condotta antisindacale; la giurisprudenza della Corte di legittimità è concorde nel sottolineare che non è possibile porre in capo al datore di lavoro un obbligo generale all'indicazione di tutti i rimedi alternativi al licenziamento astrattamente ipotizzabili, senza poter far riferimento al preciso contesto aziendale, bensì l'estensione della disciplina in materia di mobilità ai licenziamenti collettivi deve essere letta alla luce dei limiti di compatibilità di tale normativa con i risultati perseguibili in relazione alla cessazione dell'attività aziendale (Cass. 27 no-

vembre 2007, n. 24646, in *Mass. Foro it.*, 2007, 1891; Cass. 7 giugno 2007, n. 13297, in *Mass. Foro it.*, 2007, 1304).

La stessa Corte Costituzionale, nel definire la questione di legittimità costituzionale sul combinato disposto dell'art. 4, commi 4 e 9, della legge 23 luglio 1991, n. 223, con gli artt. 6, comma 1, e 7, comma 1, della legge stessa, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 38 della Costituzione, ha affermato che, in caso di cessazione dell'attività aziendale, la procedura di mobilità trovi applicazione soltanto per la parte compatibile, in particolare quella che tende ad assicurare ai lavoratori la tutela previdenziale e sociale; le motivazioni addotte dal datore di lavoro, in relazione alla decisione di cessare l'attività, quindi, risulterebbero insindacabili da parte del giudice, né sarebbe possibile l'effettiva reintegrazione del lavoratore ove fosse accertata l'invalidità o l'inefficacia del recesso (Corte Cost. 21 gennaio 1999, n. 6).

La decisione della Corte, quindi, muove dalla semplice constatazione che la stessa circostanza della cessazione dell'attività dell'azienda fa cadere la *ratio* sottesa a tale prescrizione, e conferma l'applicabilità della legge n. 223 del 1991 ai licenziamenti collettivi conseguenti alla chiusura di un insediamento produttivo solo nei «limiti di compatibilità di tale disciplina con i risultati in concreto perseguibili»; la procedura d'informazione, infatti, ha principalmente una funzione di tutela del lavoratore, che si esplica non solo nella possibilità data ai sindacati di inserirsi nelle scelte del datore di lavoro (Per quella dottrina che finalizza tale procedura alla partecipazione sindacale nel processo decisionale dell'impresa: Zoli, *I licenziamenti collettivi*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, XIX, 1997, p. 71), ma, soprattutto, nel potere di verifica delle ragioni di tali scelte; in questo caso la logica coincidenza, tra le ragioni della decisione di cessare l'attività e le ragioni della mancanza di alternative, precluderebbe in ogni caso la possibilità di continuazione del rapporto di lavoro svuotando di significato anche la dialettica tra le parti sociali [Per tutti, G. Zilio Grandi, *La nozione di licenziamento collettivo*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 1998, pp. 423 ss.].

È necessario sottolineare come una consolidata giurisprudenza affermi che la mancata indicazione nella comunicazione di avvio della procedura di tutti gli elementi previsti dall'art. 4, comma 3, della legge n. 223 non viene sanata automaticamente dalla successiva informazione o stipulazione di un accordo sindacale di riduzione del personale e dalla indicazione in esso di un criterio di scelta dei dipendenti da licenziare (Per tutte, Cass. 11 luglio 2007, n. 15479, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 7); contrariamente parte della dottrina ha evidenziato come una soluzione di tal genere dovrebbe essere considerata sotto il profilo funzionale, in vista dell'effettiva partecipazione del sindacato al processo decisionale. Appare evidente come in caso di cessazione completa dell'attività, a differenza dell'ipotesi di riduzione o trasformazione, le informazioni necessarie alla correttezza della comunicazione dovranno riguardare le ragioni della «fine dell'impresa» (L. Angiello, *La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, in *Lav. giur.*, 2004, pp. 1121 ss.).

In quest'ottica la procedura potrà considerarsi regolare solo ove la medesima comunicazione consenta alle organizzazioni sindacali di verificare il nesso tra le ragioni che determinano l'esubero di personale e le unità che, in concreto, l'azienda intende espellere, di modo che sia evidenziabile la connessione tra le enunciate esigenze aziendali e l'individuazione del personale da licenziare. La *ratio* della norma viene

così ridimensionata alla funzione che la comunicazione in concreto assolve e il vizio di comunicazione, quindi, assume rilevanza nella misura in cui impedisce il corretto svolgimento della consultazione sindacale (Cass. 5 aprile 2000, n. 4228, in *Foro it.*, 2000, I, 2842).

Rispetto alla denunciata violazione dell'art. 5 della legge n. 223 del 1991, la Corte esclude il dovere del datore di lavoro di comparazione con i dipendenti di altri stabilimenti dislocati in altre parti del territorio nazionale, in quanto tali unità produttive, non essendo interessate alla crisi, conservano la propria autonomia; anche nel caso in cui, in tali strutture, si proceda a nuove assunzioni, infatti, il datore di lavoro non può avere l'onere d'indicare quale misura alternativa al licenziamento la possibilità di trasferimento geografico.

La giurisprudenza della Cassazione è concorde nell'affermare che in caso di licenziamento collettivo l'applicazione dei criteri di scelta, dettati dall'art. 5, legge n. 223 del 1991, non deve necessariamente interessare l'intera azienda, ma può avvenire nell'ambito della singola unità produttiva o del settore interessato alla ristrutturazione, nel caso in cui tale scelta non sia dovuta a una decisione unilaterale del datore di lavoro ma sia giustificata dalle esigenze tecnico-produttive e organizzative che hanno dato luogo alla riduzione del personale (Per tutte, Cass. 14 luglio 2006, n. 16000, in q. *Riv.*, 2007, 3, p. 433, con nota di Lucarelli).

La giurisprudenza ha più volte sottolineato come i licenziamenti per riduzione di personale sono inefficaci in caso di violazione delle procedure previste dal medesimo articolo, che prevede la comunicazione ai competenti uffici e alle rappresentanze sindacali delle specifiche modalità di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori coinvolti dai provvedimenti risolutivi, onde permettere il controllo della loro corretta applicazione da parte del datore di lavoro (Per tutte, Trib. Napoli 28 marzo 2007, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 229, con nota di Aniballi). La mera indicazione dei criteri di scelta utilizzati, senza la disamina sulla comparazione tra gli stessi e sulla loro applicabilità ai lavoratori interessati, anche in ragione della diversa anzianità di servizio e della differente situazione familiare, non soddisfa tale esigenza di verifica.

Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ribadito come la scelta dei dipendenti destinatari dei licenziamenti possa essere fatta anche senza il raffronto con i dipendenti impiegati in altri stabilimenti dell'azienda, perché unità produttive autonome non interessate alla crisi. Nell'adempimento dell'obbligo di informare le organizzazioni sindacali il datore di lavoro è dispensato dall'obbligo di specificare i motivi del mancato ricorso ad altre forme occupazionali, nel caso in cui sia disposta la chiusura di un settore o ramo d'azienda. La comparazione dei lavoratori da avviare alla mobilità può essere effettuata avendo riguardo solo ai dipendenti addetti al settore o ramo interessato dalla chiusura o dalla ristrutturazione e non a quelli addetti all'intero complesso organizzativo produttivo, se si accerti che queste riguardino effettivamente in via esclusiva un certo stabilimento ed esauriscano in tale ambito i loro effetti.

Sono infondate, quindi, quelle censure che si riferiscono al mancato coinvolgimento di quegli stabilimenti diversi aventi attività omogenee sia al fine del dovere di informazione alle rappresentanze sindacali, sia ai fini della determinazione dei lavoratori destinatari dei licenziamenti; la cessazione di attività, ai sensi dell'art. 24, comma 1, della legge n. 223 del 1991, nel testo vigente al momento dei licenziamenti, può riguardare esclusivamente una singola unità produttiva e, in questo caso, il dovere

d'informazione e consultazione sindacale viene ottemperato in riferimento alle Rsu costituite presso l'unità produttiva interessata.

La cessazione dell'attività di una unità produttiva specifica, quindi, può essere facilmente ed evidentemente ricondotta a tale fattispecie e si può quindi escludere l'illegittimità della condotta datoriale che ha ristretto la scelta dei lavoratori da licenziare allo stabilimento interessato dalla procedura; resta, comunque, in capo al datore di lavoro l'obbligo di provare il fatto che determina l'oggettività di tale limitazione, e di giustificare il più ristretto spazio nel quale la scelta è stata effettuata (Cass. 23 giugno 2006, n. 14612, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 6).

Flavia Schiavetti
*Dottoranda in Diritto del lavoro nella Facoltà di Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Roma «La Sapienza»*

CASSAZIONE, 24 gennaio 2008, n. 1582, Sez. lav. – Pres. Ciceretti, Est. Picone – Fa. Ci. Um. (avv. Ghera) c. Co. De. Bum. (avv. Centofanti). Diff. Corte d'Appello Perugia 12 luglio 2006.

**Condotta antisindacale – Legittimazione ad agire – Organismi locali periferici – Individuazione – Rsa – Costituzione «nell'ambito» di determinate associazioni sindacali – Direttore amministrativo – Rappresentante sindacale – Incompatibilità – Non sussiste.**

*La legge n. 300 del 1970, art. 19, attribuisce ai lavoratori il diritto di costituire rappresentanze sindacali aziendali in ogni unità produttiva, «nell'ambito delle associazioni sindacali, che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva», dovendosi l'espressione «nell'ambito» interpretare nel senso che queste ultime non possono limitare in alcun modo tale facoltà, restando solo libere di accogliere o non nel proprio seno le predette rappresentanze; ne discende che ben possono i dirigenti delle Rsa non essere iscritti al sindacato e persino appartenere a categorie professionali non rappresentante dal sindacato. (Massima non ufficiale)*

*Ritenuto in fatto*

1. La sentenza di cui si domanda la cassazione accoglie l'appello (principale) del Consorzio della bonificazione umbra e, in riforma della decisione del Tribunale di Spoleto in data 9 dicembre 2005 – di accoglimento dell'opposizione contro il decreto di rigetto del ricorso proposto ai sensi dell'art. 28, legge n. 300/1970 –, rigetta la domanda proposta da Fai Cisl Umbria per la cessazione di comportamento antisindacale e rimozione degli effetti. Rigetta, di conseguenza, l'appello incidentale.

2. La Corte di Perugia premette la sussistenza della legittimazione della rappresentanza regionale della Fai Cils ad avvalersi dello strumento di tutela di cui all'art. 28, legge n. 300/1970, contestata dall'appellante Consorzio sia sotto il profilo della diversità dalla struttura territoriale locale prevista dallo Statuto dell'associazione sindacale, sia sotto quello che la condotta asserita antisindacale sarebbe stata tenuta in pregiudizio di dirigente di azienda, che non avrebbe potuto essere componente della rappresentanza sindacale aziendale perché appartenente a categoria professionale non tutelata dal sindacato.

3. Esclude, quindi, la violazione dei diritti di informazione garantiti alle rappresentanze sindacali aziendali dall'art. 13 del Ccnl, osservando che l'oggetto era costituito dalle misure generali concernenti il personale, e non dagli atti di gestione riguardanti singoli lavoratori; esclude che, in relazione ai provvedimenti di modificazione parziale dei piani di organizzazione variabi-

le, in particolare alla delibera di soppressione del posto di dirigente amministrativo, sussistesse, ai sensi della stessa clausola contrattuale, l'obbligo di esame congiunto con la Rsa. Ritiene, infine, che i provvedimenti assunti nei confronti del rappresentante sindacale F. F., direttore amministrativo, non avevano inciso sull'espletamento dell'attività sindacale perché la soppressione del posto non aveva comportato il suo allontanamento dalla struttura, né l'eventuale illegittimità (dequalificazione) aveva leso le prerogative del sindacato; che, inoltre, le decisioni organizzative circa la soppressione del posto di direttore amministrativo, unitamente a quello di direttore tecnico, risultavano adeguatamente motivate e non vi erano elementi per ritenerle adottate per ledere le prerogative sindacali.

4. La cassazione della sentenza è chiesta dall'organizzazione sindacale con ricorso per due motivi, nonché, condizionatamente all'accoglimento del ricorso principale, dal Consorzio, resistente con controricorso, con ricorso incidentale per due motivi. Entrambe le parti hanno depositato memoria; la ricorrente principale ha replicato per iscritto alle conclusioni del P.M.

*Considerato in diritto*

(*Omissis*)

3. Il primo motivo del ricorso incidentale denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 36 cod. civ. e 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ., unitamente a vizio della motivazione, per avere la sentenza impugnata affermato che, sebbene lo Statuto nazionale dell'associazione sindacale contemplasse strutture locali quali articolazioni di quelle regionali, il fatto che non si fosse provveduto alla loro istituzione faceva sì che l'unica struttura locale dovesse essere considerata quella regionale, aggiungendo altresì che comunque, anche se istituita, sarebbe stata localizzata ugualmente in Perugia, sede della struttura regionale.

Formula, quindi, il coerente principio di diritto nel senso che, ai fini della legittimazione *ex* art. 28, legge n. 300/1970, deve attribuirsi rilevanza soltanto allo Statuto e che la nozione di struttura più periferica non è alterata dal fatto che la localizzazione coincida con altra struttura centrale.

3.1. Il motivo non può trovare accoglimento perché la motivazione della sentenza impugnata è corretta quanto al primo ordine di argomentazioni, restando assorbito l'esame del secondo.

Il quesito di diritto, così circoscritto, deve essere risolto nel senso che, ove le previsioni statutarie non istituiscano direttamente determinate articolazioni locali, definendone l'organizzazione, ma si limitino a contemplare l'iniziativa di altre strutture (nella specie quelle regionali, i cui consigli regionali devono elaborare le necessarie indicazioni: art. 23 dello Statuto, riportato nel ricorso incidentale), la circostanza che non risultino di fatto costituite strutture più periferiche rispetto a quelle regionali vale a qualifi-

care queste ultime come organismi locali ai sensi e per gli effetti dell'art. 28, legge n. 300/1970.

4. Il secondo motivo del ricorso incidentale non è attinente propriamente alla legittimazione dell'organizzazione sindacale, ma pone ugualmente una questione logicamente preliminare sotto il profilo del difetto di valida costituzione di una rappresentanza sindacale aziendale, siccome la categoria professionale dei dirigenti non era compresa, secondo le previsioni statutarie, tra quelle rappresentate. Il quesito di diritto sottoposto alla Corte è se la rappresentanza sindacale possa estendersi al di fuori delle specifiche categorie professionali previste per statuto e se l'iniziativa per la costituzione di Rsu possa essere assunta da dipendenti che non possono iscriversi all'organizzazione.

4.1. Anche questo motivo del ricorso incidentale non è fondato, dovendo la Corte rispondere al quesito di diritto nel senso che l'art. 19, legge n. 300/1970 (nel testo modificato dal d.P.R. 28 luglio 1995, n. 312), attribuisce ai lavoratori il diritto di costituire rappresentanze sindacali aziendali in ogni unità produttiva, «nell'ambito delle associazioni sindacali, che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva», dovendosi l'espressione «nell'ambito» interpretare nel senso che queste ultime non possono limitare in alcun modo tale facoltà, restando solo libere di accogliere o non nel proprio seno le predette rappresentanze (vedi Cass. 5 novembre 1977, n. 4718); ne discende che ben possono i dirigenti delle Rsa non essere iscritti al sindacato e persino appartenere a categorie professionali non rappresentante dal sindacato.

5. Ritenute infondate le questioni preliminari poste dal ricorso incidentale, si può passare all'esame del primo motivo del ricorso principale, che denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 13 Ccnl per i dipendenti dei consorzi di bonifica e di miglioramento fondiario stipulato in data 2 luglio 2004, in relazione all'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nonché il difetto di motivazione su fatto controverso e decisivo. Si sostiene che le norme contrattuali obbligavano l'amministrazione consortile a sottoporre gli schemi di organizzazione variabile all'esame congiunto con le Rsa prima dell'adozione delle relative delibere.

(*Omissis*)

5.3. Nelle parti ammissibili, alla stregua del principio sopra enunciato, il motivo denuncia violazione dell'art. 1362 cod. civ., perché l'intenzione delle parti doveva essere ricostruita senza fermarsi al dato letterale, e dell'art. 1363 cod. civ., per la mancata valutazione del complesso delle clausole.

Le riferite censure sono prive di fondamento.

5.4. Il testo dell'art. 13 del Ccnl 2 luglio 2004 – Compiti dei dirigenti delle Rsa/Rsu – è richiamato a sostegno del motivo in esame nei punti di se-

guito riportati. Compito fondamentale dei dirigenti delle Rsa/Rsu è tutelare i diritti dei dipendenti sul posto di lavoro in un quadro di costruttive relazioni sindacali. Spetta in particolare ai dirigenti medesimi:

(1) Esaminare con l'amministrazione consortile, ai fini di una valutazione globale, nel corso di un apposito incontro che dovrà avvenire entro il 15 novembre di ogni anno, i prevedibili interventi di manutenzione ordinaria delle opere nell'ambito del comprensorio e l'attività di esercizio delle stesse, nonché acquisire i dati previsionali di bilancio relativi agli interventi di manutenzione e di esercizio; (*Omissis*); (4) Allo scopo di realizzare il maggiore consenso possibile sui piani di organizzazione variabile, esaminare con l'amministrazione consortile, prima che vengano adottati i relativi provvedimenti, gli schemi dei piani di organizzazione da questa predisposti ed esprimere un parere su tali schemi. I predetti schemi devono essere consegnati alle Rsa/Rsu di norma almeno 40 giorni prima che siano adottati i relativi provvedimenti. Nel caso di variazioni parziali dei piani di organizzazione variabile gli schemi dei provvedimenti di variazione devono essere consegnati alle Rsa/Rsu, di norma, almeno 30 giorni prima. All'inizio di ogni anno il Consorzio informerà le Rsa/Rsu sul prevedibile utilizzo del personale che sarà improntato al miglior funzionamento degli uffici nel rispetto di una equa ripartizione dei carichi di lavoro.

5.5. Sul piano del significato delle parole usate, le espressioni contenute al punto 4 («esaminare con l'amministrazione») farebbero pensare a una forma di esame congiunto, cui è naturalmente funzionale l'indizione di un incontro; e tuttavia questo possibile significato è nettamente smentito dalla successiva specificazione delle modalità con le quale l'esame avviene (trasmissione preventiva degli schemi di provvedimento ed eventuale formulazione di una parere della Rsa/Rsu, necessariamente per iscritto e che deve, ove reso, essere specificamente richiamato nei provvedimenti, secondo le disposizioni dell'ultima parte dell'articolo). Si è convenuta, quindi, una forma di partecipazione che si attua con la tempestiva e preventiva trasmissione dello schema di provvedimento, funzionale all'eventuale emissione di un parere scritto. Resta escluso, pertanto l'obbligo di esame congiunto e, quindi, di trattativa.

5.6. L'indicato significato, lungi dall'essere contraddetto, è confermato dall'esame delle altre clausole: nel punto 1, è precisato specificamente che l'esame deve avvenire in apposito incontro; un «incontro» è anche specificamente contemplato al punto 8; vi sono altre previsioni di esame con l'amministrazione senza alcuna specificazione delle modalità (punto 5); in talune ipotesi sono previste vere e proprie «intese» (punti 7, 9-13, 15) o «accordi» (punto 14) e dunque veri e propri obblighi a trattare.

5.7. Il quesito di diritto va, pertanto, risolto nel senso che, ai sensi dell'art. 13, punto 4, Ccnl 2 luglio 2004 per il personale non dirigente dei consorzi di bonifica, l'amministrazione consortile non è tenuta a promuovere forme di esame congiunto, essendo obbligata solo alla preventiva trasmissione dei progetti di determinazione organizzativa perché sia consentito all'interlocutore sindacale di formulare un parere per iscritto. Il primo motivo del ricorso principale va, di conseguenza rigettato.

(*Omissis*)

## (1) LEGITTIMITÀ DEL DIRETTORE AMMINISTRATIVO ALLO SVOLGIMENTO DELLA FUNZIONE DI RAPPRESENTANTE SINDACALE AZIENDALE

1. — *Legittimazione ad agire degli organismi locali periferici* — Ovviamente non si entra in questa sede nel merito del giudizio effettuato da parte della Suprema Corte, che ricorda nel dispositivo della sentenza in esame l'insindacabilità delle valutazioni di merito operate da parte della Corte d'Appello di Perugia in relazione ai fatti denunciati come condotta antisindacale. Tali fatti potrebbero rientrare fra quelli censurabili *ex* art. 28, legge n. 300 del 1970, in base alla tesi sostanzialistica per l'individuazione della condotta antisindacale, per la quale quest'ultima consiste oramai pacificamente in qualsivoglia condotta attiva del datore di lavoro che, pur non risultando altrimenti illegittima, sia diretta a limitare l'esercizio della libertà sindacale (Tipologia di condotta chiaramente riportabile al caso di specie; Ghera, *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori nella prospettiva dell'ordinamento intersindacale*, in *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1973, p. 224; Scognamiglio, *Considerazioni sull'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in q. *Riv.*, 1971, I, p. 169; Simi, *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, II, p. 945). La Cassazione ha peraltro ritenuto, contraddicendo la tesi appena citata, sposata da parte dei giudici del «Palazzaccio» in parecchie occasioni (A titolo esemplificativo, Cass. 11 ottobre 1989, n. 4063, in *Mass. Giur. lav.*, 1989, p. 520), e confermando il giudizio della Corte d'Appello di Perugia, che le decisioni organizzative circa la soppressione del posto di direttore amministrativo, unitamente a quello di direttore tecnico, risultavano adeguatamente motivate e non vi erano elementi tali per ritenerle adottate per ledere le prerogative sindacali. Occorre precisare che la Corte di Cassazione, con la pronuncia oggetto dell'attuale commento, ribadisce in via preliminare un concetto espresso da parte della dottrina sin dall'emanazione dello Statuto dei lavoratori, e giustamente sollevato da parte del ricorrente principale: quando le norme dello Statuto dell'associazione sindacale non istituiscono determinate articolazioni locali e si limitano a contemplare l'iniziativa di altre strutture più periferiche rispetto a quelle regionali, la legittimazione ad agire con il procedimento per la repressione della condotta antisindacale spetta a tali strutture, qualificate come organismi periferici, legittimati ad agire *ex* art. 28, legge n. 300/1970. In questi termini, infatti, come hanno statuito il legislatore e la stessa Corte di legittimità, nel silenzio della norma di legge, spetta dunque all'articolazione più periferica il compito di promuovere l'azione *ex* art. 28 (Cass., Ss.Uu., 17 marzo 1995, n. 3105; Cass. 17 giugno 1998, n. 6058, in *Repertorio Lex24*; in dottrina Giugni, *Diritto Sindacale*, Bari, 2000).

2. — *Costituzione delle Rsa «nell'ambito» di determinate associazioni sindacali e legittimità del dirigente a svolgere le funzioni di rappresentante sindacale aziendale* — Una ulteriore questione preliminare viene posta dal ricorso incidentale ai giudici della Suprema Corte, ossia il difetto di valida costituzione della rappresentanza sindacale, non essendo la categoria dei dirigenti fra quelle ricomprese nello Statuto della Rsa in qualità di soggetti rappresentati. Ora, l'art. 19 della legge n. 300 del 1970, così come modificato dal d.P.R. n. 312 del 1995, attribuisce ai lavoratori il diritto di costituire rappresentanze sindacali aziendali in ogni unità produttiva «nell'ambito» delle associazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi applicati all'unità produttiva. L'espressione «nell'ambito» deve essere interpretata nel senso che le associazioni sindacali medesime non possono limitare tale facoltà, ben potendo gli stessi dirigenti delle Rsa, dunque, non essere iscritti al sindacato e perfino appartenere a categorie professionali non rappresentate dal sindacato medesimo.

È, infatti, oramai invalsa in dottrina e in giurisprudenza l'interpretazione del concetto di «ambito sindacale» quale nesso (O «riconoscimento», Giugni, cit., p. 84; Cass. 8 settembre 1981, n. 5057, in *Foro it.*, 1982, 1011) tra l'organizzazione sindacale e la rappresentanza aziendale, escludendo che quest'ultima possa essere considerata quale organo interno delle associazioni; pertanto tanto gli elettori, quanto gli eletti, possono non essere iscritti alle associazioni sindacali nel cui ambito sono elette le singole rappresentanze. In tale ottica, il collegamento si sostanzia nel senso che l'iniziativa spetta ai lavoratori addetti all'unità produttiva, iscritti o non iscritti alle associazioni sindacali (Ferraro, *Rappresentanze Sindacali Unitarie*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. comm.*, Torino, 1996, p. 61; Cessari, *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, cit., p. 646; Pera, *Funzione delle Rsa a tutela dei singoli lavoratori nei luoghi di lavoro*, in *L'Attività sindacale nei luoghi di lavoro*, Milano, 1976, p. 39; Mazzoni, voce *Diritti Sindacali*, in *Enc. giur.*, Roma, pp. 11 ss.).

La Sezione lavoro della Corte di Cassazione ha stabilito che il direttore amministrativo di una azienda è legittimato a prendere l'incarico di dirigente di una rappresentanza sindacale aziendale e a svolgere la relativa attività sindacale, pur se non è iscritto al sindacato. Dunque, la tutela dei diritti dei dipendenti sul posto di lavoro può essere affidata anche al direttore amministrativo, sebbene appartenente a una categoria professionale non tutelata da alcuna associazione.

Alessandro Veltri
*Collaboratore della cattedra di Diritto del lavoro*
*nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma «La Sapienza»*

CASSAZIONE, 11 gennaio 2008, n. 528, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Vidiri, P.M. Salvi – Soc. Varta Batterie (avv.ti Magrini, Damoli e Pisa) c. S. M. G. (avv. Panici).
Diff. Corte d'Appello Venezia 12 febbraio 2004.

**Licenziamento collettivo – Procedimento – Incompletezza delle comunicazioni prescritte per l'avvio della procedura di mobilità – Stipula di accordi sindacali – Effetti.**

*In ragione del fine delle informative sulla procedura di mobilità, che è quello di favorire la gestione contrattata della crisi, la circostanza che sia stato in concreto raggiunto tale fine, per essere stato stipulato un accordo con le organizzazioni sindacali, assume rilevanza nel giudizio di completezza della comunicazione di cui all'art. 4, comma 3, legge n. 223 del 1991. Eventuali insufficienze o inadempienze informative possono, in ogni caso, essere fatte valere dalle organizzazioni sindacali e non dai singoli lavoratori, salvo che questi ultimi dimostrino la idoneità in concreto di siffatte informative a fuorviare o ledere l'esercizio dei poteri di controllo preventivo attribuiti alle organizzazioni sindacali, con ricadute a essi lavoratori pregiudizievoli. (1)*

(*Omissis*)

Con ricorso depositato in data 6 marzo 2003 S. M. G. proponeva appello avverso la sentenza del Tribunale di Vicenza di rigetto della impugnativa da essa proposta del licenziamento intimatole dalla società Varta Batterie Spa in data 15 settembre 1999. Chiedeva l'appellante che, in riforma della impugnata sentenza, fosse dichiarata la inefficacia o illegittimità del licenziamento e fosse ordinata alla società la sua immediata reintegrazione nel posto di lavoro nonché che la stessa società fosse condannata al pagamento delle retribuzioni globali di fatto maturate dalla data del licenziamento alla reintegrazione, con regolarizzazione della posizione assicurativa oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria con vittorie di spese e onorari.

Costituitosi il contraddittorio, la società chiedeva il rigetto del gravame; in subordine instava affinché nel caso di accoglimento dell'appello dalla somma riconosciuta alla lavoratrice venisse sottratta la somma alla stessa corrisposta a titolo di mancato preavviso e di Tfr oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla domanda.

Con sentenza del 12 febbraio 2004 la Corte d'Appello di Venezia dichiarava inefficace il licenziamento intimato alla S.

(*Omissis*) Nel pervenire a tale conclusione la Corte territoriale – dopo avere premesso che la procedura di cui alla legge n. 223 del 1991, artt. 4 e 5, è finalizzata alla tutela non solo delle organizzazioni sindacali di avere una

completa informazione (in modo da essere in grado di esercitare un effettivo controllo sulla programmata riduzione del personale) ma anche alla tutela dei singoli lavoratori e in particolar modo al loro interesse alla conservazione del posto e alla corretta applicazione dei criteri di scelta per la messa in mobilità – evidenziava come la S., difformemente da quanto ritenuto dal primo giudice, era legittimata direttamente a far valere l'incompletezza dell'informazione data dall'imprenditore con la comunicazione di apertura della procedura di mobilità in quanto la comunicazione rituale e completa della mancanza di alternative ai licenziamenti rappresenta «una cadenza legale», che se mancante risulta ontologicamente impeditiva di una proficua partecipazione alla cogestione da parte del sindacato. Nel caso di specie la suddetta comunicazione non risultava rispondere a detti requisiti perché era stato evidenziato unicamente che la riduzione di personale nella misura di 32 lavoratori (di cui n. 2 con la qualifica di quadro e 30 con la qualifica di impiegato) era resa necessaria «dal consistente calo di lavoro intervenuto negli ultimi due anni, con conseguente calo del fatturato», dovuto alla penetrazione nel nostro mercato di prodotti di provenienza orientale. Per di più non vi era stata una indicazione della «impossibilità» di adottare misure adatte per fronteggiare la situazione determinatasi perché si era fatto riferimento alla mancata previsione di una ripresa dell'attività a fronte della crisi aziendale relativa alle vendite in atto e della congiuntura nazionale del settore, cui si era fatto richiamo anche per giustificare l'eccedenza del personale.

La S., in accoglimento della domanda proposta dalla società, andava però condannata alla restituzione alla società degli importi percepiti alla cessazione del rapporto lavorativo.

Avverso tale sentenza la Spa Varta Batteria Spa propone ricorso per Cassazione, affidato a un duplice motivo.

(*Omissis*)

*Motivi della decisione*

(*Omissis*)

2. Con il primo motivo del ricorso principale la società deduce violazione e falsa applicazione della legge n. 223 del 1991, art. 4, comma 3, e art. 1362 cod. civ., e art. 12 disp. gen. in relazione alla ritenuta insufficiente e tautologica indicazione, nella comunicazione di avvio della procedura di riduzione del personale, dei motivi per i quali non potevano essere adottate misure alternative ai licenziamenti nonché vizio di motivazione circa un punto decisivo della controversia (art. 360 cod. proc. civ., nn. 3 e 5). La conclusione cui era pervenuto il giudice d'Appello non risultava condivisibile perché se è vero che la indicazione di misure alternative al licenziamento collettivo ha come scopo quello di consentire il confronto sindacale sull'ecce-

denza di personale, non può poi negarsi che gli elementi da indicare nell'atto di avvio della procedura di mobilità devono essere considerati in relazione al loro profilo funzionale e soprattutto in vista dello scopo cui sono diretti sicché l'adeguatezza di tale atto va vista anche in relazione al fine che esso persegue, che è quello appunto di sollecitare e favorire la gestione contrattata della crisi per cui non può tralasciarsi la circostanza che sia stato raggiunto sul punto un accordo tra le parti.

Per di più non si era tenuto conto che la sentenza impugnata, nel valutare l'accordo sindacale raggiunto tra l'azienda e le organizzazioni sindacali, non aveva rispettato i canoni ermeneutici di cui all'artt. 1362 ss. cod. civ., e per di più non aveva considerato che nel caso di specie non era stato oggetto di esame la considerazione che in tema di informazione e consultazione da fornire dal datore di lavoro era stata rispettata dalla società la Direttiva n. 75/129/Cee – di cui la legge n. 223 del 1991 costituisce attuazione – atteso che erano state fornite tutte le indicazioni necessarie affinché il sindacato svolgesse il controllo a esso demandato a tutela dei lavoratori. Per concludere risultava incongrua la valutazione d'incompletezza della comunicazione *de qua*, operata dal giudice d'Appello, sia in relazione alla informazione dovuta sia con riferimento alla connessione esistente nel caso concreto tra la dedotta impossibilità di ripresa dell'attività aziendale e l'adozione di misure alternative al licenziamento.

3. Il motivo è fondato e, pertanto, va accolto.

3.1. Questa Corte di Cassazione ha statuito che, in materia di licenziamenti collettivi per riduzione del personale, la legge n. 223 del 1991, nel prevedere agli artt. 4 e 5 la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato *ex post* nel precedente assetto ordinamentale, a un controllo dell'iniziativa imprenditoriale, concernente il ridimensionamento dell'impresa, devoluto *ex ante* alle organizzazioni sindacali, destinatarie di incisivi poteri di informazione e consultazione secondo una metodica già collaudata in materia di trasferimenti di azienda, sicché i residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale (a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo) ma la correttezza procedurale dell'operazione, con la conseguenza che non possono trovare ingresso in sede giudiziaria quelle censure con le quali si investe il giudice di una indagine sulla presenza di «effettive» esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva (cfr., in tali sensi: Cass. 12 ottobre 1999, n. 11455, cui *adde*, da ultimo, in motivazione, Cass. 16 marzo 2007, n. 6225).

3.2. Il potere di controllo del giudice è limitato, dunque, alla valutazione della correttezza procedurale dell'operazione e dell'effettività della scelta imprenditoriale, allo scopo di accertare elusioni del dettato normativo concernente il diritto dei lavoratori alla prosecuzione del rapporto lavorativo nell'ipotesi in cui la cessazione dell'attività lavorativa dissimuli la cessione dell'azienda o la ripresa dell'attività stessa sotto diversa denominazione o in diverso luogo (cfr., al riguardo, in motivazione: Cass. 16 marzo 2007, n. 6225, cit., e in precedenza, seppure con distinti *iter* argomentativi: Cass. 22 marzo 2004, n. 5700; Cass. 19 aprile 2003, n. 6385; Cass. 9 aprile 2003, n. 5516) o nell'ipotesi in cui la mancata adozione di strumenti alternativi alla riduzione del personale sia volta a discriminare i lavoratori (sul punto, cfr.: Cass. 12 ottobre 1999, n. 11455, cit.).

3.3. E in un approccio ermeneutico, ricalcante i molti passaggi in dieta sopra enunciati, trovano il loro supporto motivazionale anche altre statuizioni della Corte di Cassazione. I giudici di legittimità hanno, infatti, affermato che il datore di lavoro, nella comunicazione preventiva con cui dà inizio alla stessa, deve compiutamente e correttamente adempiere l'obbligo di fornire le informazioni specificate dalla legge n. 223 del 1991, art. 4, comma 3, e che la valutazione della adeguatezza della comunicazione spetta al giudice di merito, e deve essere compiuta anche in relazione al fine che la comunicazione stessa persegue, che è quello di sollecitare e favorire la gestione contrattata delle crisi, sicché la circostanza che tale fine sia stato in concreto raggiunto, per essere stato stipulato tra le parti un accordo sindacale, è rilevante ai fini del giudizio di completezza della comunicazione ai sensi della citata legge n. 223 del 1991, art. 4, comma 3 (cfr., in tali sensi: Cass. 5 giugno 2003, n. 9015, cit.); e hanno altresì rimarcato che – pur reputando che le eventuali insufficienze della comunicazione di avvio della procedura di mobilità non perdono rilievo per il solo fatto che sia stato stipulato un accordo di mobilità giacché gli adempimenti imposti dalla legge n. 223, art. 4, sono intesi a garantire la trasparenza delle scelte aziendali e l'effettività del ruolo svolto dal sindacato attraverso una corretta e completa informazione preventiva onde l'inosservanza degli obblighi connessi risolvendosi in un inadempimento non può essere sanato in successivi incontri sindacali e con le informazioni rese in quel contesto – il lavoratore, per non essere destinatario della comunicazione di avvio della procedura, non è abilitato a partecipare all'esame della situazione di crisi e a proporre soluzioni della stessa, e non può, dunque, far valere in giudizio, a propria tutela, l'inadeguatezza della comunicazione, dovendo a tal fine provare non solo l'incompletezza o insufficienza delle informazioni rese con la comunicazione, ma anche la rilevanza di esse, ossia la loro idoneità, in concreto, a fuorviare o eludere l'esercizio dei poteri di controllo preventivo attribuiti alle organizzazioni sindacali, a meno

che la comunicazione a esse non sia mancata del tutto (cfr., in tali sensi: Cass. 13 novembre 2000, n. 14679, cit.).

4. L'indirizzo giurisprudenziale, di cui si sono sintetizzati i più significativi passaggi, è stato condiviso anche dalla dottrina, che ha patrocinato la tesi che nel licenziamento collettivo il rispetto degli obblighi di informazione e consultazione sindacale e degli altri adempimenti prescritti dalla legge n. 223 del 1991, art. 4, vale a garantire la legittimità della procedura di mobilità nonostante una drastica riduzione degli spazi di controllo giudiziario sulle scelte imprenditoriali, perché la correttezza e la trasparenza delle scelte imprenditoriali devono trovare il primo e più rilevante momento di verifica nelle organizzazioni sindacali in ragione del riconosciuto, e sempre maggiore e più incisivo, ruolo di cogestione delle crisi produttive a esse assegnato dal legislatore, come è attestato anche dalle modifiche apportate in tema di trasferimento d'azienda all'iniziale testo dell'art. 2112 cod. civ. dalla legge n. 429 del 1990, art. 47, e poi dal d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, in attuazione della Direttiva n. 98/50/Ce.

5. Gli enunciati princìpi sono stati disattesi dalla impugnata sentenza, che, nel dissentire da quanto deciso dal primo giudice, ha ritenuto che il lavoratore è legittimato direttamente a far valere l'incompletezza della informazione data dall'imprenditore con la comunicazione di apertura della procedura di mobilità in quanto la comunicazione «rituale e completa» della mancanza di alternative ai licenziamenti rappresenta, nell'ambito della procedura, «una cadenza legale», che se mancante risulta ontologicamente impeditiva di una proficua partecipazione alla cogestione del sindacato, senza che ricorra «la necessità di dovere esercitare la prova della inidoneità della incompletezza o insufficienza delle informazioni comunicate a fuorviare o eludere l'esercizio dei poteri di controllo preventivo attribuiti all'organizzazione sindacale».

5.1. Orbene, tale passaggio argomentativo del giudice d'Appello ha il torto di non dare il dovuto rilievo alla funzione – alla stregua di quanto si evince dalla lettera della legge n. 223 del 1991, art. 4 –, propria della comunicazione di apertura della procedura di mobilità, che è quella di notiziare, come si è detto, le organizzazioni sindacali sui programmi imprenditoriali, e, quindi, di non riconoscere che i destinatari delle prescritte informative sono le suddette organizzazioni, le sole deputate a valutare la loro sufficienza ai fini dell'adempimento dei compiti, a esse devoluti, di controllo della trasparenza e della correttezza delle condotte datoriali e di intervento nella gestione della crisi produttiva della impresa.

5.2. Ma la soluzione cui è approdata la sentenza impugnata va censurata anche per l'ulteriore ragione che essa si pone in contrasto con la *ratio* della legge n. 223 del 1991, art. 4, comma 3, specificamente per quanto attiene

alla prescrizione – il cui mancato rispetto è stato posto dal giudice d'Appello a supporto della sua decisione – secondo la quale la comunicazione alle organizzazioni sindacali deve contenere «i motivi tecnici, organizzativi e produttivi» per i quali si ritiene di potere adottare le misure idonee alla situazione di eccedenza del personale. E, infatti, se la finalità sottesa a tale disposizione è quella, come detto, di praticare tutte le iniziative utilizzabili per porre rimedio alla eccedenza di personale (ad esempio, contratti di solidarietà e forme flessibili di gestione del tempo di lavoro) e per evitare, dunque, un consequenziale accrescimento del tasso di disoccupazione, non può negarsi poi che la mancata valutazione, sia della natura e dell'entità delle conseguenze scaturenti dalle (denunziate) carenze informative e sia della stipula tra le parti di un accordo, finisce di certo per contraddire la logica sottesa alla norma scrutinata atteso che il ricollegare l'invalidità della procedura a meri inadempimenti formali o a una mera carenza di alcuni dati informativi può incidere – talvolta in senso irreversibile per i danni da ciò scaturenti – sul recupero della produttività dell'impresa con un consequenziale ingiustificato accrescimento delle aree di disoccupazione.

6. Le precedenti considerazioni vengono confortate dal contenuto della Direttiva n. 75/129/Cee (modificata e integrata dalla Direttiva n. 92/56/Cee) – di cui la legge n. 223 del 1991 costituisce attuazione nel nostro paese –, che attesta con la sua lettera, per quanto riguarda le informazioni (aventi a oggetto tra l'altro le ragioni del licenziamento, il numero e le categorie dei lavoratori da licenziare, i criteri di scelta da seguire), che i destinatari, cui dette informazioni devono a opera del datore di lavoro fornirsi in tempo utile nel corso delle consultazioni, sono «i rappresentanti dei lavoratori», mostrando in tal modo anche essa di assegnare a detti «rappresentanti» il ruolo primario di garantire la legittimità della procedura di riduzione del personale in un'ottica volta ad assegnare alla normativa disciplinante detta procedura una portata contenutistica, volta a condizionarne la legittimità al verificarsi di una effettiva lesione degli interessi di trasparenza e correttezza, che vanno in ogni caso salvaguardati – a tutela non del solo singolo ma di intere categorie dei lavoratori – in un settore quale quello in esame di particolare rilevanza sul versante socio-economico.

7. Dalle argomentazioni svolte emerge poi una insufficienza motivazionale della sentenza impugnata nella parte in cui si addebita alla società di non avere rispettato il disposto dalla legge n. 223 del 1991, art. 4, comma 3, per avere omesso l'indicazione dei motivi che impedivano il ricorso ai cd. ammortizzatori sociali, per avere cioè reputato meramente apodittica la dichiarazione di «impossibilità» dell'adozione di alcuna misura adatta a fronteggiare la situazione determinatasi per la mancata previsione di una ripresa dell'attività produttiva. E invero, risulta carente sul piano logico, perché privo

di alcuna valida giustificazione, l'assunto del giudice d'Appello sul punto decisivo relativo all'accertamento di una effettiva limitazione, causata da irregolarità della comunicazione, della funzione sindacale di controllo e di valutazione della correttezza della procedura di mobilità.

7.1. L'attestazione da parte dello stesso sindacato, stipulante l'accordo all'esito delle consultazioni, dell'esistenza di motivi impeditivi di soluzioni alternative alla riduzione del personale – stante la grave crisi scaturente dalla penetrazione nel mercato di prodotti di paesi orientali – e il congiunto accertamento dell'impossibilità di evitare la riduzione di personale attraverso una diversa utilizzazione del personale o di una sua parte mostrano come, in un siffatto contesto, la dichiarazione della società non poteva che articolarsi nei termini e nei modi attraverso cui è stata espressa.

8. L'accoglimento del primo motivo del ricorso comporta l'assorbimento del secondo motivo del ricorso principale (*Omissis*).

9. Per concludere va, dunque, accolto il primo motivo del ricorso principale – con assorbimento del secondo motivo e del ricorso incidentale – e la sentenza impugnata va cassata.

9.1. Alla stregua dell'art. 384 cod. proc. civ., per essere necessari ulteriori accertamenti di fatto la causa va rimessa ad altro giudice di merito, designato nella Corte d'Appello di Trieste che, nel procedere a un nuovo esame della controversia, dovrà attenersi al seguente principio di diritto: «In materia di licenziamenti collettivi per riduzione di personale la legge 23 luglio 1991, n. 223, nel prevedere la completa e cadenzata procedimentalizzazione dell'atto datoriale di messa in mobilità, ha introdotto il passaggio da un controllo giurisdizionale effettuato *ex post* a un preventivo controllo dell'iniziativa imprenditoriale, devoluto alle organizzazioni sindacali, e in funzione del quale è stato dal legislatore introdotto l'obbligo di fornire le informazioni specificate dalla suddetta legge, art. 4, comma 3. Un siffatto controllo che, in ragione della libertà di impresa tutelata dall'art. 41 Cost., non può tradursi in indagini o giudizi sulla convenienza di effettive esigenze di riduzione del personale o di trasformazione dell'attività produttiva, consente al giudice di valutare il rispetto del prescritto *iter* procedimentale relativo all'adempimento del suddetto obbligo informativo, allo scopo di accertare eventuali elusioni del dettato normativo concernente il diritto dei lavoratori alla prosecuzione del rapporto lavorativo, anche attraverso il compimento di atti discriminatori, dovendosi in ogni caso in tale valutazione tenere conto del fine che la comunicazione persegue, che è quello di sollecitare e favorire la cogestione della crisi, con la conseguenza che se tale fine è stato in concreto raggiunto con la stipula di un accordo sindacale, a detta circostanza deve assegnarsi la dovuta rilevanza nel giudizio sulla completezza della comunicazione di cui alla citata legge n. 223 del 1991, art. 4, comma 3».

10. E lo stesso giudice di rinvio dovrà inoltre attenersi anche al seguente principio: «In ragione del fine delle informative sulla procedura di mobilità, che è quello di favorire la gestione contrattata della crisi, la circostanza che sia stato in concreto raggiunto tale fine, per essere stato stipulato un accordo con le organizzazioni sindacali, assume rilevanza nel giudizio di completezza della comunicazione di cui la legge n. 223 del 1991, art. 4, comma 3. Eventuali insufficienze o inadempienze informative possono, in ogni caso, essere fatte valere dalle organizzazioni sindacali e non dai singoli lavoratori, salvo che questi ultimi dimostrino la idoneità in concreto di siffatte informative a fuorviare o ledere l'esercizio dei poteri di controllo preventivo attribuiti alle organizzazioni sindacali, con ricadute a essi lavoratori pregiudizievoli».

11. Al giudice di rinvio va rimessa anche la statuizione sulle spese del presente giudizio di Cassazione.

(*Omissis*)

(1) SULL'EFFICACIA SANANTE DELLE IRREGOLARITÀ DELLA PROCEDURA IN CASO DI ACCORDO DELLE ORGANIZZAZIONI SINDACALI

1. — La sentenza che si commenta offre l'occasione per riflettere sulla rilevanza delle irregolarità compiute nel corso della procedura di mobilità ai fini della legittimità dei licenziamenti intimati ai singoli lavoratori. Nel caso di specie, nell'ambito della comunicazione preventiva fornita alle organizzazioni sindacali *ex* art. 4, comma 3, legge n. 223/1991, si contestava la mancata indicazione dei «motivi che determinano la situazione di eccedenza» (genericamente individuati in un «calo di fatturato») e, soprattutto, dei «motivi tecnici, organizzativi e produttivi, per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare, in tutto o in parte, la dichiarazione di mobilità» (altrettanto genericamente individuati nella «mancata previsione di una ripresa dell'attività a fronte della crisi aziendale e della congiuntura nazionale del settore»).

Poiché nel corso della consultazione si è pervenuto comunque a un accordo con i sindacati, la Cassazione ritiene che tale circostanza attesti la piena regolarità della procedura prescritta dalla citata disposizione, essendo stata comunque garantita la finalità perseguita dal legislatore, ossia la gestione contrattata della crisi.

È bene precisare che non *sembrerebbe* in discussione – almeno secondo l'orientamento prevalente – la possibilità per il singolo di impugnare il proprio licenziamento in caso di violazione delle procedure di informazione e consultazione sindacale [In dottrina vi è, sul punto, sostanziale unanimità. Cfr. U. Carabelli, *Conclusioni*, in Aa.Vv., *Il sistema delle fonti nel Diritto del lavoro* (Atti giornate Aidlass, Baia delle Zagare 25-26 maggio 2001), Milano, 2002, p. 354; M. Persiani, *Art. 4 – Commento alla legge 23 luglio 1991 n. 223*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 918; M. D'Antona, *Art. 5 – Commento alla legge 23 luglio 1991 n. 223*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, specialmente p. 929; sempre, M. D'Antona, *«Riduzione di personale» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91*, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2034; P. Chieco, voce

*Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi – Nuova disciplina*, in *Enc. giur. Treccani*, 1998, specialmente pp. 22-23; M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci*, III, Torino, 2007, specialmente pp. 514-515; M. G. Garofalo, *Eccedenze di personale e conflitto: profili giuridici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 46/1990, 2, specialmente p. 254; F. Liso, *La mobilità dei lavoratori in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, p. 114; C. Zoli, *La procedura*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1997, n. 19, p. 73; E. Balletti, *Potere di recesso e tutela della mobilità nella legge 223/1991*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, p. 113. Da ultimo, C. Zoli, *I diritti di informazione e di cd. consultazione: il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 161. In giurisprudenza, Corte Cost. 27 luglio 1995, n. 413, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 1995, p. 837; Cass., Ss.Uu., 11 maggio 2000, n. 302, in *Mass. Giur. lav.*, 2000, n. 8-9, p. 915, con nota di Liebman; Cass., Ss.Uu., 13 giugno 2000, n. 419, in *Lav. giur.*, 2001, p. 247, con nota di Ferraù; Cass. 19 febbraio 2000, n. 1923, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1337].

Diversamente, risulterebbe privo di qualsiasi pregnanza il disposto dell'art. 5, comma 3, legge n. 223/1991, secondo cui il recesso è inefficace qualora sia stato intimato in violazione di tali procedure. Non vi è dubbio, infatti, che se, da un lato, la violazione della procedura di messa in mobilità prevista dall'art. 4, legge n. 223/1991, può assumere carattere di antisindacalità, nel momento in cui offende l'interesse del sindacato a essere informato e consultato (Cass. 18 marzo 1999, n. 2509, *Juris Data*, 2006; Trib. Bolzano, Sez. lav., 20 giugno 2006, *Juris Data*, 2006), dall'altro, lede la posizione del singolo lavoratore, che subisce gli effetti del provvedimento adottato a conclusione di un *iter* procedurale viziato, perché difforme da quanto imposto per legge.

In sintonia con tale orientamento, nella pronuncia di appello, cassata dalla decisione in esame, si evidenziava la piena legittimazione della lavoratrice a far valere l'incompletezza dell'informazione data dall'imprenditore con la comunicazione di apertura della procedura di mobilità, sulla base del presupposto che la procedura di cui agli artt. 4 e 5, legge n. 223/1991, è finalizzata non solo alla tutela dell'interesse delle organizzazioni sindacali ad avere una completa informazione, ma anche alla tutela dell'interesse dei singoli lavoratori alla conservazione del posto e alla corretta applicazione dei criteri di scelta per la messa in mobilità.

Tuttavia, nell'aderire alla tesi dell'efficacia sanante dell'accordo raggiunto tra le parti in caso di comunicazione incompleta, la Cassazione attinge a un corredo motivazionale che sembra contraddire l'orientamento testè riportato, finendo così per sovrapporre profili tra loro distinti.

Nel ragionamento della Suprema Corte, infatti, le carenze informative possono essere fatte valere *solo* dalle Oo.Ss., salvo che i singoli lavoratori *dimostrino* la capacità del vizio di incidere sul corretto svolgimento della consultazione sindacale, con ricadute pregiudizievoli per gli stessi lavoratori (Non si tratta, per la verità, di un'affermazione isolata. Nello stesso senso, Cass. 5 aprile 2000, n. 4228, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 779; Cass. 29 luglio 2003, n. 11651, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, p. 861; Cass. 19 febbraio 2000, n. 1923, cit.).

In tal modo, il giudice di legittimità pare confondere il piano collettivo – che vede il sindacato destinatario delle comunicazioni previste dalla legge n. 223 – con il piano individuale della patologia del provvedimento finale conseguente al vizio formale del-

le comunicazioni stesse (Cfr. M. D'onghia, *La forma vincolata nel Diritto del lavoro*, Milano, 2005, pp. 342 ss.) poiché inferisce dalla natura collettiva dei destinatari delle comunicazioni l'inesistenza in capo al singolo di un interesse alla regolarità procedurale. E, infatti, se è corretto affermare che è esclusa la configurabilità di una condotta antisindacale qualora, pur mancando nell'informativa iniziale la comunicazione di alcuni fatti rilevanti, l'esame congiunto abbia avuto a oggetto tali elementi (*Contra*, C. Zoli, *La procedura*, cit., p. 77), sul piano del rapporto individuale il lavoratore, in caso di inefficacia del recesso per violazione della procedura, e quindi per «difetto di legittimazione del titolare del potere» (M. D'Antona, *Art. 5*, cit., specialmente p. 929; cfr., pure, C. De Marchis, *Le scosse di assestamento della Corte di Cassazione [ovvero i tentativi di ricondurre a sistema le procedure di informazione della legge 223/1991*, in q. *Riv.*, 1997, II, p. 446), ha diritto, per esplicito richiamo, all'applicazione dell'art. 18 Stat. lav. [Sempre, M. D'onghia, *op. cit.*, nonché, M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., specialmente pp. 512 ss.; F. Liso, *op. cit.*, p. 114; L. Guaglianone, *Le procedure di informazione e consultazione sindacale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, specialmente p. 647]. Il che equivale a dire che *durante* la fase della procedimentalizzazione l'antisindacalità andrà valutata caso per caso, ma, una volta posto in essere l'evento «lesivo» per il singolo (il recesso inefficace), ciascun lavoratore avrà diritto al ripristino del rapporto e al risarcimento del danno. E ciò proprio perché non è affatto vero che il singolo non abbia alcun interesse alla correttezza della procedura, che anzi rappresenta il nucleo essenziale della tutela per i lavoratori (M. D'onghia, *op. cit.*, p. 358; U. Carabelli, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in Aa.Vv., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001, p. 198).

In realtà, l'esistenza in capo al singolo dell'interesse alla correttezza procedurale è implicitamente ammessa anche dalla sentenza in esame, quando essa afferma l'impossibilità per il lavoratore di far valere in giudizio l'inadeguatezza della comunicazione, *dovendo a tal fine fornire la prova della lesione effettiva dell'esercizio dei poteri di controllo preventivo attribuiti alle Oo.Ss.* Come dire che non esiste un interesse individuale a un'informazione corretta e trasparente, ma è consentito al singolo dimostrare che dall'informazione lacunosa è derivata una consultazione non completa. Traspare una certa incoerenza: se è vero che se un interesse alla regolarità della procedura sussiste (anche) in capo al singolo, ciò non può non valere sin dal momento della comunicazione iniziale, a prescindere dall'effettiva elusione del potere di controllo sindacale.

2. — Ciò premesso, nel ragionamento svolto dalla Cassazione la presenza di un accordo sanerebbe qualunque eventuale vizio nella comunicazione preliminare alle organizzazioni sindacali. La questione – come è noto – è stata ampiamente discussa in dottrina e in giurisprudenza, dando luogo a una pluralità di posizioni (Cfr. C. De Marchis, *Obblighi di informazione a rilevanza collettiva: «lo stato dell'arte»*, in q. *Riv.*, 1995, II, p. 229).

L'orientamento più rigoroso conferisce estremo rilievo alla comunicazione iniziale della procedura di riduzione del personale, sul presupposto che l'esigenza di chiarezza iniziale è strumentalmente volta a favorire l'effettiva partecipazione sindacale al processo decisionale dell'impresa [Cfr. M. T. Salimbeni, *La procedura ed i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in R. De Luca Tamajo, F. Bianchi D'Urso (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006,

specialmente p. 6; G. Mannacio, *Riflessioni sull'accordo di mobilità*, in M. Cinelli (a cura di), *Il fattore occupazionale nelle crisi d'impresa*, Torino, 1993, p. 105]. Di conseguenza l'incompletezza e/o la genericità dell'informativa non può essere sanata *de facto* nei successivi incontri in sede sindacale né è sostituibile con il generico riconoscimento delle parti circa la effettuazione della procedura o la correttezza del comportamento aziendale (C. Zoli, *La procedura*, cit., p. 77; M. Persiani, *Art. 4*, cit., p. 917; U. Carabelli, *op. ult. cit.*, specialmente pp. 192 ss.; G. Ferraro, *Crisi aziendale e mobilità*, in q. *Riv.*, 1992, II, specialmente p. 63. In giurisprudenza, Cass. 18 novembre 1997, n. 11465, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 627; Cass. 12 gennaio 1999, n. 265, in *Foro it.*, 1999, c. 476; Cass. 30 ottobre 1997, n. 10716, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 367; Cass. 24 luglio 2001, n. 10047, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 1039; Cass. 25 luglio 2001, n. 10171, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2774; Cass. 15 ottobre 2002, n. 14616, in *Dir. prat. lav.*, 2002, p. 2975, con nota di Petrucci; Cass. 9 aprile 2004, n. 6984, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 662). Non si trascuri, infatti, che l'art. 5, legge n. 223/1991, sanziona l'inosservanza della procedura «senza distinguere se essa sia sfociata o meno in un accordo» (Cass., Ss.Uu., 13 giugno 2000, n. 419, cit.; Cass., Ss.Uu., 27 giugno 2000, n. 461, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 144, con nota di Papaleoni; Cass. 4 luglio 2000, n. 14679, in q. *Riv.*, 2001, p. 589, con nota di Casamento; Cass., Ss.Uu., 11 maggio 2000, n. 302, cit.; Cass. 14 giugno 2007, n. 13876, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 185, con nota di Caffio; Cass. 21 luglio 1998, n. 7169, in *Mass. Giur. lav.*, 1998, n. 4-5, p. 692; Cass. 2 ottobre 1999, n. 10961, in *Or. giur. lav.*, 1999, p. 1055).

Questa lettura pare condivisibile poiché ricostruisce il tradizionale rapporto tra tutela collettiva e tutela individuale, che si sostanzia nella possibilità per il singolo di impugnare il licenziamento intimato in violazione delle procedure prescritte dalla legge n. 223, in termini di *concorrenza*, piuttosto che di *alternatività* e/o *contrapposizione* (Si veda, in proposito, R. Del Punta, *Individuale e collettivo: una coppia da ripensare?*, in *Lav. dir.*, 2008, n. 2, pp. 305 ss.). Attraverso la partecipazione sindacale, cioè, il legislatore ha inteso rafforzare la tutela del singolo lavoratore e non esautorarla e, per questo, gli ha attribuito un diritto di azione autonomo (da quello del sindacato) in caso di violazione dei vincoli procedurali (C. Zoli, *La procedura*, cit., p. 89).

Tuttavia, tale orientamento apre il campo a problemi di notevole rilevanza teorico-pratica che non è possibile in questa sede affrontare: nel momento in cui il lavoratore impugna il proprio licenziamento, intimato sulla scorta di un accordo raggiunto in seguito a un'informativa incompleta, quale è la sorte che spetta all'accordo stesso? Si può impugnare il singolo atto di recesso unilaterale senza passare dall'annullamento dell'accordo sindacale? E, ancora, potrebbe mai il singolo lavoratore chiedere l'annullamento di un accordo del quale, per definizione, non è parte?

Pur riconoscendo la rilevanza della regolarità procedurale sul piano dell'interesse individuale, la giurisprudenza – talora – impone al lavoratore l'onere di provare che l'incompletezza e l'erroneità delle informazioni sono sfuggite al sindacato e riguardano, comunque, dati che avrebbero potuto condizionare diversamente l'accordo (Cfr. Cass. 29 luglio 2003, n. 11651, cit.; Cass. 19 febbraio 2000, n. 1923, cit.; Cass. 15 novembre 2000, n. 14760, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2865).

Non è sfuggita alla dottrina l'«interna contraddizione argomentativa» che traspare da tale rilievo (Così, L. Montuschi, *Procedure e forme: comunicare è bello?*, in *Arg. dir.*

*lav.*, 2000, p. 662. Per la confutazione di tale impostazione, si veda, altresì, Cass. 9 settembre 2003, n. 13196, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, p. 844, con nota di Maretti, secondo cui in tal modo si collocano le irregolarità della procedura nell'ambito delle cd. nullità «innocue», e si contraddice la funzione assegnata al sindacato di controllo e contenimento del potere datoriale). Infatti, o si ammette che il vizio è sanabile qualora la trattativa si sia comunque svolta senza pregiudizio alcuno, ma, allora, il rispetto della forma non può essere ritenuto un requisito essenziale, o, se si afferma che la procedura formale è condizione di validità sostanziale, si deve ritenere che ogni irregolarità invalidi l'atto finale del procedimento senza alcuna possibilità di recuperare *ex post* la procedura anche ove lo scopo perseguito dal legislatore sia stato comunque raggiunto (M. T. Salimbeni, *op. cit.*, pp. 12-13).

Nelle sue più recenti pronunce, la giurisprudenza opta per una lettura definita «sostanzialistico-funzionalistica» dell'art. 4, commi 2 e 3, legge n. 223/1991 [R. Del Punta, *La legge n. 223/1991*, cit.; M. Pivetti, *Alcune osservazioni su licenziamenti collettivi e mobilità nella legge n. 223 del 1991*, in q. *Riv.*, I, 1993, pp. 51 ss.; L. Angiello, *La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, in *Lav. giur.*, 2004, pp. 1121; O. Mazzotta, *I licenziamenti. Commentario*, Milano, 1999, specialmente p. 671. Cfr. L. Montuschi, *op. cit.*, p. 663, e, da ultimo, M. T. Salimbeni, *op. cit.*, pp. 16-17. M. Persiani, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 36-38; C. Zoli, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel Diritto del lavoro*, in Aa.Vv., *Il sistema delle fonti nel Diritto del lavoro* (Atti giornate Aidlass, Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001), Milano, 2002, p. 303. G. Natullo, *Il licenziamento collettivo, Interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004], nell'ottica della quale la procedura «si pone a garanzia della legittimità dei licenziamenti non in quanto, in sé e per sé, scrupolosamente osservata, ma se e in quanto realmente produttiva di un confronto tra le parti serio e corretto. E prova dell'avvenuto confronto e dello svolgimento di concrete trattative è il raggiunto accordo sindacale» (Cass. 5 giugno 2003, n. 9015, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 105; Cass. 5 febbraio 2003, n. 6998, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 104; Cass. 16 marzo 2007, n. 6225, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 197, con nota di Vincieri). In altri termini, tale lettura si pone un problema di valutazione *ex post* della correttezza della avvenuta comunicazione in base alla capacità che la stessa ha dimostrato di informare il sindacato e metterlo in grado di valutare la situazione dell'azienda e dei lavoratori coinvolti, dal momento che se la parte sindacale è stata in grado di negoziare l'accordo in questione è perché ha avuto la comunicazione di cui all'art. 4.

L'impostazione funzionalistica è ben presente in alcune pronunce dalla giurisprudenza di legittimità in materia di Cigs (Cfr. Cass. 3 maggio 2004, n. 8353, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 167; Cass. 2 agosto 2004, n. 14721, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 475): anche qui – si afferma – gli obblighi procedurali non perdono la loro rilevanza *sostanziale*, ma l'eventuale mancanza di alcuno dei requisiti procedurali deve essere giudicata alla luce di un criterio di *ragionevolezza*. Proprio la valorizzazione del profilo funzionale del controllo sindacale dà spazio a una concezione finalistica dei comportamenti, che ritiene irrilevanti i vizi formali purché questi non si rivelino tali da rendere la comunicazione del tutto inidonea allo scopo, provocando un pregiudizio apprezzabile e irrimediabile dell'interesse collettivo e individuale, secondo una valutazione riservata al giudice di merito.

La soluzione cui giunge la sentenza che si commenta si inserisce nel filone dell'interpretazione funzionalistica della procedura e sarebbe stata del tutto condivisibile se avesse concentrato la propria attenzione proprio sul problema dell'efficacia sanante della conseguita cogestione della crisi aziendale, piuttosto che sul diverso e, inutile ai fini della decisione, profilo della carenza di interesse a impugnare del lavoratore. La Cassazione, infatti, avrebbe potuto affermare che la violazione della procedura nei confronti dei sindacati costituisce irregolarità che porta all'illegittimità («inefficacia») dei licenziamenti nei confronti dei singoli lavoratori; che essi hanno tutto l'interesse e il diritto di far valere le irregolarità in sede giudiziale, in quanto destinatari degli effetti dell'atto in cui il detto procedimento culmina, ma che, per esigenze di *ragionevolezza*, non può non tenersi conto del raggiungimento di un accordo sindacale, al fine di dedurre, con un ragionamento *a ritroso*, l'adeguatezza della precedente comunicazione e, conseguentemente, il grado di soddisfacimento dell'interesse sindacale.

Loretta Ferramosca
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro*

CASSAZIONE, 11 gennaio 2008, n. 520, Sez. lav. – Pres. Ciciretti, Est. Vidiri, P.M. Velardi (conf.) – C. B. H. Spa (avv.ti Ghera e Garofalo) c. Fials.
Conf. Corte d'Appello Bari 8 febbraio 2005.

**Condotta antisindacale – Procedimento *ex* art. 28 Stat. lav. – Legittimazione attiva – Carattere nazionale del sindacato – Criteri.**

**Rappresentanze sindacali aziendali – Disciplina conseguente al *referendum* dell'11 luglio 1995 – Incidenza sui presupposti di applicazione della legislazione di sostegno dei sindacati.**

**Rappresentanze sindacali aziendali – Costituzione – Criteri – Sottoscrizione di accordi collettivi gestionali.**

*Al fine del riconoscimento del carattere «nazionale» dell'associazione sindacale – richiesto per legittimare, a fronte di condotte lesive dei diritti sindacali, l'azione per repressione della condotta antisindacale* ex *articolo 28 Stat. lav. – assume rilievo, più che la diffusione della articolazione territoriale delle strutture dell'associazione, la capacità di contrarre con la parte datoriale accordi o contratti collettivi che trovano applicazione in tutto il territorio nazionale e che non possono che essere, a loro volta, espressione di una forza e capacità negoziale comprovanti un generale e diffuso collegamento del sindacato con il contesto socio-economico dell'intero paese. (1)*

*In seguito al* referendum *abrogativo relativo all'art. 19 della legge n. 300 del 1970, le rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite a iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva soltanto nell'ambito delle associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro – di qualsiasi tipo (nazionali, provinciali o aziendali) – applicati nell'unità produttiva di appartenenza, sicché, per effetto della suddetta innovazione, l'acquisto dei diritti sindacali nell'azienda viene oggi a essere condizionato unicamente dal dato empirico della «effettività» dell'azione sindacale costituito dalla suddetta rappresentatività negoziale. (2)*

*Le regole contemplate negli accordi gestionali sono volte a delimitare l'ambito del potere del datore di lavoro, concorrendo a disciplinare importanti aspetti del rapporto di lavoro volti a costituire fonte di diritti per i lavoratori che ne possono pretendere l'attuazione. Detti accordi, inoltre, tenuto conto dell'importanza economica e vincolante per il datore di lavoro del loro contenuto obbligatorio, esprimono la capacità negoziale delle organizzazioni sindacali firmatarie, che è il*

*presupposto per il riconoscimento del diritto di queste a costituire rappresentanze sindacali aziendali. (3)*

(*Omissis*)

Con ricorso depositato in data 20 agosto 2003 la CC. di. Cu. Ri. Srl in liquidazione proponeva appello avverso la sentenza del giudice del lavoro del Tribunale di Bari del 2 luglio 2002, che aveva accolto l'opposizione del sindacato Fials al decreto che aveva respinto il ricorso proposto dal suddetto sindacato ai sensi della legge 20 maggio 1970, n. 300, articolo 28. Analogo ricorso proponeva la C. ci. di. Ba. Ho. Spa.

La Corte d'Appello di Bari con sentenza dell'8 febbraio 2005 rigettava l'appello e condannava le società appellanti al pagamento delle spese del giudizio.

Nel pervenire a tale conclusione la Corte territoriale evidenziava in fatto che il sindacato ricorrente aveva lamentato di essere stato escluso dall'esame congiunto di cui alla legge n. 428 del 1990, articolo 47, e chiedeva, pertanto, che venisse accertata – previa la declaratoria di antinsindacalità della condotta tenuta dalle suddette società – la nullità dell'Accordo del 13 giugno 2000, sottoscritto (nel corso della procedura del trasferimento dei lavoratori tra la CC. e la CB.) dalle suddette società e da altre organizzazioni sindacali.

In diritto osservava, poi, la Corte territoriale che non poteva dubitarsi in alcun modo sulla legittimazione attiva della Fials ad adire *ex* articolo 28 Stat. lav. l'autorità giudiziaria, atteso che la indicata federazione, come emergeva dal suo Statuto, aveva una articolazione su tutto il territorio nazionale; per di più aveva sottoscritto contratti collettivi nazionali nel settore della sanità. Circostanze, queste, per le quali, dunque, l'eccezione di carenza di legittimazione andava rigettata, perché nel caso di specie il ricorso per condotta antisindacale era stato proposto dalla segreteria provinciale di una organizzazione di categoria (Fials) avente carattere nazionale, e cioè – così come prescritto dall'articolo 28 Stat. lav. – da un «organismo locale» di una associazione nazionale che a tale ricorso aveva interesse. Né poteva negarsi il carattere antisindacale della condotta tenuta dalle società. E, invero, dovendosi per il dettato della legge n. 428 del 1990, articolo 47, in caso di trasferimento d'azienda dare da parte del datore di lavoro comunicazione scritta alle rappresentanze sindacali aziendali, ed essendo l'alienante e l'acquirente tenuti ad avviare un esame congiunto con le organizzazioni sindacali, la condotta tenuta dalla società doveva considerarsi contraria al dettato della legge e, conseguentemente sanzionabile ai sensi statutari. Le società, infatti, dopo avere comunicato alle Fials Sanità, oltre che alle altre associazioni sindacali, l'intento di procedere al trasferimento dell'azienda, avevano poi convocato per l'esame congiunto solo alcune organizzazioni sindacali, escludendo la suddetta

Fials, le cui rappresentanze avevano i requisiti richiesti dall'articolo 19 Stat. lav., per avere il sindacato sottoscritto contratti collettivi applicabili nell'unità produttiva. Avverso tale sentenza la CB. – Ci. di. Ba. Ho. Spa propone ricorso per cassazione, affidato a due motivi. La Fials non si è costituita in giudizio.

*Motivi della decisione*

1. Con il primo motivo la società ricorrente deduce il difetto di legittimazione della Fials a ricorrere *ex* articolo 28 Stat. lav. addebitando alla sentenza impugnata di avere ritenuto che il requisito della nazionalità del sindacato fosse soddisfatto dalla autodefinizione di «nazionale» operata dallo stesso sindacato nel suo Statuto laddove, di contro, detto requisito deve essere valutato in base al principio della effettività, nel senso che il sindacato deve di fatto possedere una organizzazione in buona misura nazionale in quanto estesa nel territorio, pur se non presente in ogni suo ambito.

Con il secondo motivo di ricorso la società lamenta invece che la Corte territoriale ha errato per avere riconosciuto il diritto della Fials a costituire rappresentanze sindacali *ex* articolo 19 Stat. lav. Per effetto del *referendum* del 1995 l'entrata in vigore del nuovo testo di detta norma porta a selezionare le associazioni sindacali, cui si assicura sostegno nelle aziende, in base alla capacità dell'organizzazione di conquistarsi in azienda una effettiva rappresentatività attraverso la propria forza negoziatrice, che si concretizza con la stipula di contratti collettivi applicabili nell'unità produttiva. Tra detti contratti non possono però annoverarsi quelli gestionali (da stipularsi, ad esempio, in tema di trasferimento d'azienda, di collocazione dei lavoratori in cassa integrazione, di riduzione di personale e di scelta dei lavoratori da licenziare), perché tali atti negoziali, previsti dalle norme di leggi, non valgono a costituire un valido elemento della rappresentatività del sindacato. Per di più, la sentenza impugnata non ha esposto in maniera adeguata le ragioni per le quali i diversi contratti scrutinati risultavano idonei ad attestare la rappresentatività della Fials. Ne conseguiva, pertanto, che nel caso di specie risultavano carenti gli estremi della condotta antisindacale per non esservi alcun obbligo a procedere a un esame congiunto sul trasferimento d'azienda con la suddetta organizzazione sindacale.

2. I motivi di ricorso da esaminarsi congiuntamente, per comportare la soluzione di questioni tra loro strettamente connesse, vanno rigettati perché privi di fondamento.

3. Le esigenze che l'*iter* motivazionale risponda a necessari requisiti di ordine espositivo non può che partire dalla lettera del disposto dell'articolo 28 Stat. lav., secondo cui qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti a impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sin-

dacale nonché del diritto di sciopero, su «ricorso degli organismi locali delle associazioni nazionali che vi abbiano interesse», il pretore (da intendersi ora come Tribunale in composizione monocratica), convocate le parti, qualora ritenga sussistenti detti comportamenti, ordina al datore di lavoro la cessazione e la rimozione degli effetti.

4. In relazione al requisito della «nazionalità» dell'associazione sindacale – oggetto specifico del primo motivo del ricorso – richiesto *ex* art. 28 Stat. lav., per la legittimazione ad agire per la repressione dell'attività antisindacale, questa Corte ha di recente statuito che il sindacato nazionale, il cui organismo locale è legittimato a proporre ricorso per la repressione della condotta antisindacale, è quello che non solo ha effettiva diffusione su tutto il territorio nazionale ma che svolge, altresì, in concreto un'attività sindacale (anche con riferimento al momento contrattuale) a livello nazionale; e ha altresì precisato che le rappresentanze sindacali unitarie, costituite in virtù della stessa legge n. 300 del 1970, art. 19, non sono invece legittimate, esclusivamente in quanto tali, a proporre il ricorso disciplinato dal citato art. 28 (cfr., in tali sensi: Cass. 23 marzo 2006, n. 6429).

4.1. I giudici di legittimità, nell'individuazione della *ratio* sottesa al requisito di nazionalità che deve avere l'associazione sindacale, hanno poi evidenziato come la ragione giustificatrice della limitazione della legittimazione dell'articolo 28 Stat. lav. debba essere sostanziale (legata all'attività del sindacato e agli interessi collettivi tutelati) e non già solo formale (discendente dalla mera dislocazione del sindacato sul territorio), e che, anzi, è soprattutto la ragione sostanziale della differenziazione tra organizzazioni sindacali che rende la stessa compatibile con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost., comma 1) e con quello della libertà di azione sindacale (art. 39 Cost., comma 1) (cfr. sempre: Cass. 23 marzo 2006, n. 6429, cit.).

4.2. Tale affermazione per essere rivolta a individuare la ragione qualificante della «nazionalità» dell'associazione (il cui organismo locale può spiegare ricorso *ex* art. 28 Stat. lav.) va condivisa seppure appaiono opportune alcune puntualizzazioni al riguardo.

È stato osservato da più parti che l'art. 28 Stat. lav., nel non riconoscere a tutte le organizzazioni sindacali la legittimazione ad agire, detta una disciplina differenziata, che opera una distinzione tra associazioni sindacali che hanno accesso (anche) a questo strumento processuale di rafforzata e incisiva tutela dell'attività sindacale (tutela peraltro presidiata anche da una sanzione penale), e associazioni sindacali che hanno invece accesso (solo) alla tutela ordinaria del giudizio *ex* art. 414 cod. proc. civ.

Ed è stato, ancora, ricordato che la ragione giustificatrice di questo trattamento differenziato va individuata sulla base della giurisprudenza costituzionale in quanto con la sentenza n. 54/1974 – quasi «a ridosso» della pro-

mulgazione della legge n. 300 del 1970 – la Corte Costituzionale ebbe a sottolineare «la razionalità della norma, la quale attribuisce questo mezzo, di per sé stesso efficace, a organizzazioni responsabili che hanno un'effettiva rappresentatività nel campo del lavoro e possano operare consapevolmente delle scelte concrete, valutando – in vista di interessi di categorie lavorative e non limitandosi a casi isolati e alla protezione di interessi soggettivi di singoli lavoratori, protetti questi dalle norme comuni spettanti a ogni individuo – l'opportunità di ricorrere alla speciale procedura prevista dall'art. 28». Gli interessi che la procedura dell'art. 28 Stat. lav. intende proteggere trascendono, infatti, sia quelli soggettivi dei singoli lavoratori, sia quelli localistici, ma sono quelli di un'associazione sindacale che si propone di operare e opera a livello nazionale per tutelare gli interessi di una o più categorie di lavoratori a quel livello (cfr., al riguardo: Cass. 23 marzo 2006, n. 6429, cit.).

4.3. In questo quadro ricostruttivo, al fine di definire la nozione di «nazionalità» richiesta per legittimare l'associazione sindacale ad adire il giudice *ex* art. 28 Stat. lav., non può prescindersi dal considerare la lettera dell'art. 19 Stat. lav. nonché la giurisprudenza di legittimità e quella del giudice delle leggi intervenute in materia.

È giurisprudenza consolidata di questa Corte di Cassazione che l'art. 28 Stat. lav. attribuisce la legittimazione ad agire alle articolazioni più periferiche delle strutture sindacali nazionali e, cioè, di norma ai sindacati provinciali di categoria dotati di una soggettività distinta, in quanto autonomi titolari di interessi collettivi (cfr., in tali sensi: Cass. 17 giugno 1998, n. 6058; Cass., Ss.Uu., 17 marzo 1995, n. 3105; Cass. 6 marzo 1987, n. 2392; Cass. 29 marzo 1979, n. 1826, e, più di recente, Cass. 20 aprile 2002, n. 5765).

La considerazione che l'esclusività della legittimazione trovi la sua *ratio* nella esigenza di porre il sindacato a più vicino contatto con le reali condizioni esistenti nei singoli luoghi di lavoro – e pertanto con i termini di riferimento delle garanzie apprestate dallo Statuto dei lavoratori – ha portato la richiamata giurisprudenza a negare, conseguentemente, la legittimazione alle strutture regionali del sindacato e a tutti gli organismi di livello superiore a quello provinciale (cfr. Cass. 29 marzo 1979, n. 1826, cit.; Cass., Ss.Uu., 17 marzo 1995, n. 3105, cit.), e a escludere, nel contempo, anche la legittimazione di organismi locali delle confederazioni nazionali, che non sono incardinati in un sindacato di categoria nazionale e che risultino anche privi di interesse ad agire non rientrando nei loro compiti istituzionali la tutela di una specifica categoria (cfr., al riguardo: Cass. 17 giugno 1998, n. 6058, che ha escluso anche, sulla base della carenza dell'interesse, la legittimazione degli indicati organismi all'intervento *ad adiuvandum*).

4.4. Come è stato osservato, la questione dei soggetti legittimati ad agire *ex* art. 28 Stat. lav. è diventata oggetto di controversie a seguito dell'acuirsi

della crisi di rappresentatività dei sindacati tradizionali e della frantumazione della rappresentatività sindacale.

Così, al fine di meglio individuare i presupposti per il riconoscimento della legittimazione *ex* art. 28 Stat. lav., la dottrina – oltre ad affermare che il criterio selettivo per detta legittimazione (del tutto diverso da quello *ex* art. 19 Stat. lav.) passa attraverso il carattere «nazionale» dell'associazione (per non esservi nessuna necessità che detta associazione operi all'interno di una confederazione maggiormente rappresentativa né che abbia stipulato alcun contratto collettivo) – mostra di volere condividere l'opinione secondo cui la specificazione di quali siano gli organismi locali delle associazioni nazionali legittimati ad agire debba desumersi dagli statuti interni di queste, dovendosi quindi fare riferimento alle strutture zonali o provinciali che in detti statuti sono state individuate.

4.5. Orbene, questa Corte ritiene di condividere, aderendo alla giurisprudenza formatasi in materia, la tesi – oggetto della censura di cui al primo motivo del ricorso – diretta a valorizzare la portata e il contenuto degli statuti come strumento di identificazione della legittimazione legge 20 maggio 1970, n. 300, *ex* art. 28, sia per il rispetto dell'autonomia e libertà sindacale, che proprio nel momento organizzativo trova uno dei momenti più qualificanti, sia perché per tale via si realizza meglio l'intento legislativo di valorizzare le articolazioni periferiche dell'organizzazione sindacale, in quanto più vicine alle concrete situazioni aziendali. E, invero, il lasciare all'organizzazione sindacale la piena libertà di darsi una propria struttura a livello locale e di individuare, in tale strutture, gli organismi zonali (e quindi provinciali) deputati ad agire *ex* art. 28 Stat. lav. – in quanto ritenuti maggiormente idonei alla tutela degli interessi locali –, lungi dal vanificare le finalità sottese al suddetto art. 28, ne garantisce il rispetto e la completa realizzazione.

4.6. Sulla base delle esposte ragioni, questa Corte di Cassazione ha poi affermato che, in seguito al *referendum* abrogativo relativo alla legge n. 300 del 1970, art. 19, le rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite a iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva soltanto nell'ambito delle associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro – di qualsiasi tipo (nazionali, provinciali o aziendali) – applicati nell'unità produttiva di appartenenza, sicché, per effetto della suddetta innovazione, l'acquisto dei diritti sindacali nell'azienda viene oggi a essere condizionato unicamente dal dato empirico della «effettività» dell'azione sindacale costituito dalla suddetta rappresentatività negoziale (cfr. in tali termini: Cass. 20 aprile 2002, n. 5765).

4.7. Tutto ciò porta a reputare infondato il primo motivo del ricorso in quanto la Fials ha spiegato azione *ex* art. 28 Stat. lav., tramite la sua segreteria provinciale, e cioè tramite un suo «organismo locale», lamentando che la

sua rappresentanza sindacale fosse stata discriminata per non essere stata convocata ai colloqui intercorsi nella procedura di trasferimento del personale della società CC. con la controparte datoriale.

5. Ma anche il secondo motivo del ricorso risulta infondato e, pertanto, va rigettato, non potendosi condividere l'assunto della ricorrente società secondo cui non sussisteva nella fattispecie in esame alcun obbligo di comunicazione alle Rsa della Fials da parte della società della legge n. 428 del 1990, *ex* art. 47 (e tanto meno di nessun obbligo di esame congiunto delle vicende relative al trasferimento d'azienda), per non potersi ritenere tale Rsa in possesso dei requisiti prescritti dall'art. 19 Stat. lav., perché non firmataria di contratti collettivi applicati in azienda.

5.1. Come è noto la legge 20 maggio 1970, n. 300, devolveva i diritti sindacali posti nel Titolo terzo della stessa legge alle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito delle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale (art. 19, lett. *a*), nonché alle associazioni sindacali non affiliate alle suddette confederazioni ma risultanti firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva. La norma risultava fondata su un criterio selettivo della rappresentanza sindacale perché era volta a riconoscere ampi poteri alle organizzazioni dei lavoratori storicamente collaudate, quali quelle espresse dal sindacalismo confederale, e a estendere detti poteri anche a quelle associazioni la cui stipula di contratti «nazionali o provinciali» dimostrava nei fatti una non marginale capacità di consenso in non ristretti ambiti territoriali.

L'esito del *referendum*, svoltosi l'11 luglio 1995, di approvazione del secondo quesito diretto a investire la lett. *a* e le parole «nazionali o provinciali» dell'art. 19 Stat. lav., lett. *b*, hanno determinato il risultato che oggi le rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite a iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva solo nell'ambito delle associazioni «che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva».

5.2. È opinione comune in dottrina che l'abrogazione referendaria della qualificazione, come nazionale o provinciale, dei contratti collettivi la cui stipulazione dà titolo alla costituzione delle Rsa ha portato a un allargamento delle maglie selettive attraverso le quali misurare la legittimazione delle organizzazioni a esercitare le loro prerogative nelle diverse unità produttive. La validità di un tale assunto appare incontestabile se si osserva come, attraverso l'abrogazione dell'art. 19 Stat. lav., lett. *a*, possa ora in astratto diminuirsi l'operatività a livello di singole unità produttive anche di organizzazioni sindacali che, pur maggiormente rappresentative sul piano nazionale, non risultino però firmatarie di contratti collettivi applicabili all'unità produttiva, e come di contro possano notevolmente am-

pliarsi nei luoghi di lavoro i poteri di organismi non collaudati sul piano storico e con seguito limitato a un ristretto ambito territoriale.

5.3. La rappresentatività utile per l'acquisto dei diritti sindacali nell'azienda finisce per essere condizionata unicamente da un dato empirico di effettività dell'azione sindacale, concretizzantesi nella stipula di qualsiasi contratto «collettivo (nazionale, provinciale o aziendale) applicato nell'unità produttiva. Criterio questo che – come è doveroso ricordare in una ricostruzione storica delle diverse forme di "rappresentatività sindacale" – ha superato lo scrutinio di legittimità costituzionale (con riferimento agli articoli 3 e 39 Cost.) sul rilievo che "l'esigenza di oggettività del criterio legale di selezione comporta una interpretazione rigorosa della fattispecie dell'art. 19 tale da far coincidere il criterio con la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale", sicché non è "sufficiente la mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati, ma occorre una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto", e "nemmeno è sufficiente la stipulazione di un contratto qualsiasi, ma deve trattarsi di un contratto normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante della loro disciplina, anche in via integrativa, a livello aziendale, di un contratto nazionale o provinciale già applicato nella stessa unità produttiva"» (in tali esatti sensi: Corte Cost. 12 luglio 1996, n. 244, cui *adde*, per la statuizione che la rappresentatività negoziale valorizza l'effettività dell'azione sindacale, Corte Cost. 4 dicembre 1995, n. 492).

5.4. Ed è ora un approdo giurisprudenziale, di costante seguito, il principio che alla stregua del nuova normativa ben possono le rappresentanze sindacali aziendali, in ragione propria dell'indicato criterio della effettività dell'azione sindacale, essere costituite anche da una organizzazione sindacale di non rilevanza nazionale ma che sia tuttavia sottoscrittrice di un accordo collettivo (di qualsiasi natura: nazionale, regionale, provinciale, aziendale) che trova concreta applicazione nell'unità produttiva.

5.5. Quanto ora esposto finisce per assumere una portata espansiva, capace di influenzare – per il maggiore rilievo ora assunto dalla concreta forza negoziale espressa dalla singola organizzazione sindacale nei confronti della parte datoriale – anche la soluzione del problema del carattere «nazionale» dell'associazione sindacale, sicché può concludersi sul punto che in materia debba trovare applicazione il seguente principio di diritto: «l'espresso riconoscimento del criterio dell'effettività dell'azione sindacale attesta una sottolineatura del valore, da parte del legislatore, della capacità negoziale del sindacato e della sua rilevanza in termini di regolamentazione dei rapporti lavorativi. Ne consegue che, al fine del riconoscimento del carattere "nazionale" dell'associazione sindacale – richiesto per legittimare, a fronte di condot-

te lesive dei diritti sindacali, l'azione per repressione della condotta antisindacale *ex* art. 28 Stat. lav. –, assume rilievo, più che la diffusione della articolazione territoriale delle strutture dell'associazione, la capacità di contrarre con la parte datoriale accordi o contratti collettivi che trovano applicazione in tutto il territorio nazionale e che non possono che essere, a loro volta, espressione di una forza e capacità negoziale comprovanti un generale e diffuso collegamento del sindacato con il contesto socio-economico dell'intero paese, di cui la concreta ed effettiva organizzazione territoriale può configurarsi come elemento di riscontro del suo carattere nazionale e non certo come elemento condizionante il detto requisito della nazionalità».

6. Né può accogliersi per pervenire all'accoglimento del ricorso la tesi che la sottoscrizione di un contratto collettivo cd. gestionale – come di contratti collettivi di diversa natura – applicabile a una intera categoria di lavoratori non sia suscettibile di valutazione ai fini della «rappresentatività» del sindacato e, conseguentemente, della legittimazione delle sue rappresentanze aziendali, in quanto l'imporre, o contribuire con la propria condotta negoziale a rendere applicabile su tutto il territorio del paese, le regole dettate da detto contratto è indice di una incisiva e concreta «effettività» della sua specifica forza negoziale.

6.1. Ciò detto contro quanto sostenuto nel corso del giudizio dalla Fials, che ha dichiarato di essere firmataria di accordi e contratti a livello nazionale, il ricorso della società non si presenta dotato del requisito della specificità e della autosufficienza, né sembra condivisibile, sotto altro versante, l'assunto della stessa società, che i contratti gestionali non siano di per sé idonei a contrassegnare la rappresentatività del sindacato.

È stato statuito da questa Corte di Cassazione che le regole contemplate negli accordi gestionali sono volti a delimitare l'ambito del potere del datore di lavoro concorrendo a disciplinare importanti aspetti del rapporto di lavoro volti a costituire fonte di diritti per i lavoratori, che ne possono pretendere l'attuazione. Detti accordi, inoltre, tenuto conto della importanza economica e vincolante per il datore di lavoro del loro contenuto obbligatorio, esprimono la capacità negoziale delle organizzazioni sindacali firmatarie, che è il presupposto per il riconoscimento del diritto di queste a costituire rappresentanze sindacali aziendali (così Cass. 24 settembre 2004, n. 19271).

La causa del contratto collettivo di lavoro non può, infatti, essere ridotta alla funzione normativa, cioè alla funzione di determinare i contenuti dei futuri contratti individuali di lavoro, in quanto ogni contratto collettivo contiene una serie di clausole non riconducibili a tale funzione (ad esempio, le clausole che predispongono le procedure di conciliazione e arbitrato o le clausole che impongono ai datori di lavoro di fornire infor-

mazioni alle organizzazioni sindacali), perché la caratteristica di tali contratti può limitarsi anche al fatto che esse instaurano rapporti obbligatori che non hanno effetti diretti sui futuri contratti di lavoro, ma producono effetti giuridici esclusivamente nei confronti dei sindacati stipulanti o dei datori stipulanti che risultano obbligati a tenere comportamenti pattiziamente definiti, sicché – come è stato precisato dalla dottrina – alle tradizionali funzioni del contratto collettivo se ne deve aggiungere un'altra ormai divenuta non meno tipica e socialmente importante. I contratti collettivi e gli accordi sindacali costituiscono, infatti, sovente lo strumento di gestione delle crisi aziendali, col quale le soluzioni dei problemi che tale crisi pone per i lavoratori occupati nell'azienda vengono preventivamente contrattate con il sindacato (come avviene, ad esempio, nei cosiddetti contratti gestionali riguardanti la mobilità, le procedure di cassa integrazione guadagni o i contratti di solidarietà). Non c'è dubbio, dunque, che tali accordi, pur se riguardano un solo istituto, disciplinano un momento importante dei rapporti di lavoro (come richiesto da Corte Cost. n. 244/96), contenendo regole generali per il datore di lavoro che predeterminano il contenuto di alcuni istituti capaci di incidere in vario modo nello svolgimento e nell'attuazione dei singoli rapporti di lavoro (criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, collocamento in cassa integrazione, sospensioni e criteri di rotazione dei lavoratori sospesi ecc.) (cfr. Cass. 24 settembre 2004, n. 19271, cit., cui *adde*, anche per la ribadita statuizione che da detti accordi derivano posizioni di diritto e di obbligo per i soggetti del rapporto individuale, Cass. 22 luglio 2004, n. 11634).

7. Tutto ciò premesso, la rappresentanza sindacale della Fials – per avere stipulato unitamente ad altre organizzazioni sindacali l'Accordo di natura sicuramente gestionale del 24 febbraio 1999 (secondo cui si estendevano alle organizzazioni sindacali firmatarie tutti i diritti e le prerogative sindacali previste dalla contrattazione nazionale e dalle leggi vigenti, tra le quali entrava a far parte anche il diritto delineato dal combinato disposto dalla legge n. 428 del 1990, art. 47, e art. 19 Stat. lav.) e, come è dato evincere dall'espletata istruttoria, anche altri accordi – rivestiva i requisiti richiesti dall'art. 19 Stat. lav., e non poteva, quindi, essere esclusa – come ha evidenziato la Corte territoriale con argomentazioni che si sottraggono a ogni censura in questa sede di legittimità – dal tavolo dell'esame congiunto con la parte datoriale sul trasferimento del personale della CC. ad altro soggetto. E invero la suddetta rappresentanza era stata destinataria della comunicazione di cui alla legge n. 428 del 1990, art. 47, e successivamente non era stata invitata all'esame congiunto a cui avevano invece partecipato altre organizzazioni sindacali.

(*Omissis*)

## (1-3) ANCORA SULLA SELEZIONE DELLE ORGANIZZAZIONI SINDACALI LEGITTIMATE *EX* ARTT. 19 E 28 DELLO STATUTO DEI LAVORATORI

1. — *Premessa* — La sentenza in epigrafe si segnala in quanto interviene nuovamente sul delicato problema della selezione delle organizzazioni sindacali: a) ammesse a costituire le Rsa di cui all'art. 19 della legge n. 300/70 – quindi, titolari delle prerogative riconosciute dal Titolo III della stessa legge: assemblea, art. 20; permessi retribuiti e non, artt. 23 e 24 ecc. –; b) legittimate a proporre ricorso ai sensi dell'art. 28, Stat. lav.

In merito alla prima questione, la S.C. si sofferma sul significato da attribuire all'unico criterio selettivo presente oggi nell'art. 19, Stat. lav., e consistente nella firma dei contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva.

Come è noto, a seguito del *referendum* abrogativo dell'11 giugno 1995, l'acquisto delle prerogative sindacali all'interno dei luoghi di lavoro, almeno per il settore privato, risulta essere condizionato unicamente dal dato empirico della effettività dell'azione sindacale (meglio: dell'azione contrattuale). Tanto ha comportato, oltre a un allargamento delle maglie selettive, essendo oggi sufficiente da parte dell'organizzazione sindacale avere un raggio d'azione anche solo aziendale, lo spostamento del baricentro della norma cardine dello Statuto dalla nozione di sindacato maggiormente rappresentativo (In merito alla quale cfr. B. Veneziani, *Il sindacato dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1989, pp. 373 ss., e G. Santoro Passarelli, *Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale*, *ivi*, pp. 329 ss.) a quella, non meno complessa da decifrare, di «contratto collettivo di lavoro».

Sul punto è bene sgombrare subito il campo da un equivoco spesso presente nei contributi della dottrina e della giurisprudenza (e nel quale incorre anche la sentenza in esame: cfr. parr. 4.6., 5.3. e 6.): nella legge n. 300/70 non vi è più traccia della (maggiore) rappresentatività sindacale (Per tutti, G. Giugni, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, pp. 357 ss.; *contra*, G. Amoroso, *Nuovo intervento della Corte Costituzionale sulla nozione di «maggiore rappresentatività» delle associazioni sindacali e possibili riflessi sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, in *Foro it.*, 1996, I, cc. 6 ss.), non potendosi la stessa desumere da un solo, anche se importante, elemento/requisito (nel caso di specie, la sigla di un qualsiasi accordo collettivo) [Come insegna da tempo, sia pure con riferimento al requisito del numero degli iscritti, la migliore dottrina: F. Mancini, *Commento all'art. 19*, in U. Romagnoli, L. Montuschi, G. F. Mancini (diretto da), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, *Commentario*, Zanichelli, Bologna, 1972, pp. 303 ss.; G. Giugni, P. Curzio, *Commento all'art. 19*, in G. Giugni (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 303 ss].

Venendo alla problematica *sub* b), la sentenza in esame valorizza l'attività negoziale del sindacato (e, in particolare, la capacità di siglare accordi di valenza nazionale) anche al fine di dimostrare la sussistenza del criterio selettivo presente nell'art. 28, Stat. lav. (in merito a tale aspetto, per brevità di spazio, verranno dedicati brevi cenni).

2. — *Fatto* — La società datrice di lavoro, impegnata in un'operazione di trasferimento di ramo d'azienda, in ottemperanza all'obbligo di cui all'art. 47, comma 1, legge n. 428/1990, inviava alle Rsa costituite in azienda la prescritta comunicazione, in-

dirizzandola anche alla Rsa della Fials (Federazione italiana autonoma lavoratori sanità). Quest'ultima, però, non veniva convocata per l'esame congiunto della questione, preferendo l'azienda discutere soltanto con alcune delle organizzazioni sindacali destinatarie della comunicazione. A fronte di tale comportamento, il sindacato escluso dalla trattativa proponeva ricorso *ex* art. 28, Stat. lav., per violazione della procedura prescritta dall'art. 47, comma 3, legge n. 428/1990. Dal canto suo l'azienda resisteva in giudizio sostenendo la legittimità di tale esclusione sulla base, tra l'altro, del fatto che l'organizzazione sindacale ricorrente risultava firmataria unicamente di un contratto cd. gestionale; elemento ritenuto insufficiente ai fini della legittimazione alla costituzione della Rsa. Il Tribunale di Bari, con sentenza del 2 luglio 2002, accoglieva l'opposizione presentata dal sindacato Fials avverso il decreto che aveva respinto il ricorso presentato da quel sindacato ai sensi dell'art. 28 dello Statuto. Il comportamento aziendale veniva censurato anche da parte della Corte d'Appello di Bari (Sentenza 8 febbraio 2005, n. 174, la cui massima è apparsa in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, n. 20/2005, p. 25; il testo integrale della sentenza, sia pure riportata con data e numero differenti, può leggersi in *Lav. giur.*, n. 4/2006, pp. 339 ss., con nota critica di R. Garofalo, *La rappresentatività sindacale tra incertezze interpretative e possibile intervento del legislatore*), la cui pronuncia ha ricevuto l'avallo da parte della Cassazione nella sentenza che si annota (Per un primo commento vedi N. R. Toscano, *Le rappresentatività sindacali nello Statuto dei lavoratori: convergenze e divergenze*, in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, n. 8/2008, pp. 24 ss., e R. Del Punta, *Una messa a punto in tema di carattere «nazionale» del sindacato ex art. 28 e di rappresentatività ex art. 19 Stat. lav.*, in *Mass. Giur. lav.*, n. 7/2008, pp. 535 ss.).

3. — *Ma di quali contratti parla l'art. 19, Stat. lav.?* — Il vero nodo interpretativo dell'attuale formulazione della norma statutaria riguarda, come già detto in apertura, l'esatta individuazione dei «contratti collettivi di lavoro» la (negoziazione e) firma dei quali costituisce requisito essenziale per la costituzione delle Rsa. Più specificamente, il problema affrontato nella sentenza in commento riguarda la possibilità di ricomprendere nel novero dei contratti richiesti dall'art. 19, Stat. lav. anche quelli cd. gestionali [In generale, su tali accordi, vedi M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003, pp. 198 ss., e G. Natullo, *La contrattazione «gestionale»: distinzioni reali ed apparenti dal contratto «normativo»*, in R. Santucci, L. Zoppoli (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 49 ss., ove ampi rinvii].

3.1. — *La posizione della dottrina* — Nel dibattito sviluppatosi a seguito della consultazione referendaria del 1995 [In merito al quale vedi, almeno, G. Giugni, cit.; A. Maresca, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum (problemi interpretativi e prime osservazioni)*, in *Quad. arg. dir. lav.*, 1996, n. 1, pp. 19 ss.; P. Ichino, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, pp. 113 ss.; G. Ghezzi, *Forme di rappresentanza degli interessi organizzati e relazioni industriali in azienda: le ragioni per un intervento legislativo*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, pp. 37 ss.] sono emerse, grosso modo, due differenti posizioni: a) una, attenta a rispettare la lettera della legge e che nei fatti potremmo definire estensiva, in quanto tesa a ricomprendere nell'alveo della nuova formulazione tutti i prodotti dell'autonomia collettiva (Per

tutti, vedi G. Giugni, cit., e G. Ghezzi, cit.); l'altra, più restrittiva, impegnata a dimostrare che nella logica dell'art. 19, Stat. lav., per contratto collettivo di lavoro si deve intendere unicamente quello contenente una stabile regolamentazione delle relazioni di lavoro: l'unico in grado di dimostrare la natura rappresentativa del sindacato firmatario (Tale posizione è stata sostenuta, tra gli altri, da A. Maresca, cit.).

3.2. — *La posizione della Consulta* — Anche la Consulta si è pronunciata sulla questione con la sentenza. n. 224 del 1996 (Vedila in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, pp. 447 ss., con nota di G. Pera, *Va tutto bene nella norma relativa alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali deliberata dal popolo sovrano?*). Nell'occasione, i giudici delle leggi, ribadendo la conformità alla Costituzione, e precisamente agli artt. 3 e 39, comma 1, dell'art. 19, Stat. lav., anche nella formulazione scaturita all'esito del *referendum* del 1995, hanno statuito l'insufficienza (oltre che della mera adesione formale a un contratto negoziato da altre sigle sindacali, anche) della sigla di un qualsiasi accordo collettivo, dovendosi trattare, invece, di «un *contratto normativo* [corsivo mio] che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o per un istituto importante della loro disciplina, anche in via integrativa, a livello aziendale di un contratto nazionale o provinciale già applicato nella stessa unità produttiva».

Quindi, non tutti i contratti collettivi sono utili ai fini della costituzione della Rsa, essendo necessario che si tratti di un contratto collettivo normativo (peraltro dotato di un contenuto importante). A questo punto occorre indagare se il contratto cd. gestionale rispetti tali requisiti.

Anche per rispondere a tale quesito occorre prendere le mosse da una (nota) sentenza della Corte Cost. (La n. 268/94, in *Not. giur. lav.*, 1994, pp. 394 ss.), la quale ha affermato la non appartenenza dei contratti cd. gestionali (e in particolare di quelli previsti dall'art. 5, legge n. 223/91) alla specie dei contratti collettivi normativi: gli unici previsti dall'art. 39, commi 2 ss., Cost. Tale diversità dei contratti collettivi cd. gestionali veniva motivata dal fatto che gli stessi esplicano i loro effetti esclusivamente nei confronti del datore di lavoro (firmatario o aderente all'organizzazione stipulante) e solo indirettamente nei confronti dei lavoratori.

In conclusione, per i giudici costituzionali, i contratti collettivi cd. gestionali non appartengono alla famiglia dei contratti normativi, sicché, non solo risultano estranei alla disciplina costituzionale dettata in materia di efficacia *erga omnes*, ma, aspetto che più rileva ai nostri fini, non costituiscono requisito sufficiente per la costituzione della Rsa (peraltro, proprio l'estraneità degli accordi in esame alla tipologia dei contratti normativi esime l'interprete dall'indagare l'importanza del settore o istituto disciplinato dall'accordo gestionale).

Riassunto, sia pure a grandi linee, il pensiero della Corte, non potendo in questa sede attardarci in merito alla differenziazione tipologica dei contratti collettivi, risulta doveroso, quanto meno, ricordare che, stando all'opinione espressa da autorevole dottrina (G. Giugni, cit., ove ulteriori richiami), il contratto collettivo di diritto comune, pur essendo stato caratterizzato nel corso del secolo scorso da una evidente evoluzione funzionale, sotto il profilo della propria natura giuridica e produzione degli effetti si presenta come un istituto unitario. In altri termini, la dottrina dominante continua a ritenere il contratto collettivo di diritto comune come un *genus* indifferenziato, per il quale l'unica differenziazione ammessa attiene alle funzioni svolte dalle clausole ivi

contenute, distinguendosi al riguardo tra funzione normativa, obbligatoria, istituzionale, gestionale e compositiva (Per tale classificazione vedi G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, p. 143).

3.3. — *Cass. n. 520/2008* — La ricostruzione restrittiva sopra evidenziata viene ora, sia pure in parte, disattesa da Cass. n. 520/2008 (Ma vedi già Cass. n. 19271/2004, ampiamente richiamata dalla sentenza in esame, in q. *Riv.*, 2005, II, pp. 331 ss., con nota di L. Valente, *Contratti gestionali, riconoscimento della Rsa e art. 19 Stat. lav.*, e in *Mass. Giur. lav.*, 2005, pp. 124 ss., con nota di G. Gramiccia, *Idoneità della firma di un contratto collettivo gestionale a consentire la costituzione della Rsa*), la quale, pur continuando a tenere ferma l'interpretazione fornita da Corte Cost. n. 244/96, ritiene i contratti gestionali rispettosi dei requisiti ivi previsti.

In pratica, si afferma che «le regole contemplate negli accordi gestionali sono volt[e] a delimitare l'ambito del potere del datore di lavoro concorrendo a disciplinare importanti aspetti del rapporto di lavoro volti a costituire fonte di diritti per i lavoratori, che ne possono pretendere l'applicazione», specificando che tali accordi (in particolare il riferimento è a quelli riguardanti la mobilità, la Cig e i contratti di solidarietà *ex* legge n. 836/84), «pur se riguardano un solo istituto, disciplinano un momento importante dei rapporti di lavoro (come richiesto da Corte Cost. n. 244/96)».

Quindi, secondo questo recente filone giurisprudenziale, anche la negoziazione e stipula degli accordi gestionali è espressione della capacità negoziale delle organizzazioni sindacali firmatarie, che rappresenta, come già detto in apertura, l'unico criterio selettivo presente nell'attuale formulazione dell'art. 19, Stat. lav.

Come si vede, non è l'interpretazione della norma statutaria a uscirne modificata. Ciò che muta è la definizione del contratto gestionale e la sua riconduzione nell'ambito degli accordi normativi.

3.4. — *Conclusioni* — La suddetta posizione non ha ricevuto unanime accoglimento in dottrina. A fronte di giudizi positivi (N. Toscano, cit., e G. Gramiccia, cit.; da ultimo, condivide la posizione della S.C. anche Del Punta, cit.), ve ne sono stati altri fortemente critici (L. Valente, cit., e R. Garofalo, cit.). Questi ultimi hanno rimproverato alla S.C. di avallare un'interpretazione che, pur rispettosa del dato letterale, non tiene conto delle conseguenze abnormi che potrebbero realizzarsi nel campo delle relazioni industriali. Anzi, la Corte è stata accusata di aver voluto perseguire «un risultato precostituito, vale a dire l'ingresso in azienda anche di associazioni sindacali non rappresentative» (L. Valente, cit., p. 337). Al fine di argomentare tale assunto, è stato evidenziato, tra l'altro, che la sigla dei contratti gestionali non è altro che la fase conclusiva di una procedura imposta per legge, ricavando da ciò l'impossibilità di verificare la rappresentatività dei sindacati firmatari (Cfr. L. Valente, cit., p. 337).

Diciamo subito che le critiche rivolte a questo nuovo filone giurisprudenziale non appaiono condivisibili né sul piano giuridico né su quello politico.

Per quanto attiene il primo ambito, a titolo di premessa generale bisogna ribadire che la sigla di un accordo collettivo, anche del più importante (sempre ammesso che tale aspetto possa essere accertato), non è (e mai è stato) un elemento che, da solo, possa essere utile al fine dell'accertamento della natura rappresentativa dell'ente firmatario. Più precisamente, la sigla di un accordo (ovviamente avvenuta dopo una vera fase

negoziale) dimostra che il sindacato esiste oltre un piano meramente formale, ma non anche che l'organizzazione è realmente capace di interpretare i bisogni della collettività che rappresenta, fatta di iscritti e non.

Il ragionamento appena svolto non muta di una virgola nell'ipotesi di accordi (gestionali) siglati a seguito di una procedura prescritta per legge. Al riguardo, è sufficiente ricordare che, al realizzarsi di precise fattispecie (trasferimento d'azienda, eccedenze di personale ecc.), il datore è obbligato dalla legge a informare le Oo.Ss. e, successivamente, solo su loro richiesta, ad aprire una fase negoziale, che non è detto si concluda con la sigla di un accordo. In altri termini, la norma non prescrive, e mai potrebbe farlo visto le regole che disciplinano la nostra materia, il raggiungimento di un'intesa, alla quale le parti pervengono (eventualmente) dopo una *normale* fase negoziale.

Passando a esaminare le conseguenze politiche addebitabili al recente orientamento giurisprudenziale, è sufficiente evidenziare che quel risultato – accesso alle prerogative sindacali di organizzazioni non rappresentative – è da addebitarsi unicamente all'inerzia del legislatore, essendosi i giudici limitati a fornire un'interpretazione in linea con il (nuovo) dato letterale della norma, ma soprattutto con la sua *ratio*.

Infatti, pur condividendo l'insegnamento metodologico che invita a fornire del criterio selettivo presente nell'art. 19, Stat. lav., un'interpretazione rigorosa, non può essere accolta la visione eccessivamente restrittiva fornita da una parte della giurisprudenza e della dottrina circa la tipologia e contenuto dell'accordo collettivo di cui alla norma in esame. A ben guardare, ciò che chiede il legislatore alle associazioni sindacali, ai fini dell'attribuzione di precise prerogative, è l'essere «firmatarie di contratti collettivi di lavoro» (di qualsiasi livello). Quindi, ciò che conta è la capacità del sindacato di astringere la controparte, in un regime di libertà sindacale, a negoziare e firmare un testo contrattuale.

Di conseguenza, piuttosto che sul contenuto del contratto collettivo – atteso che ogni firma apposta in calce a un testo realmente negoziato dimostra la capacità negoziale del sindacato – l'indagine dovrà concentrarsi sulla genuinità dell'organizzazione stessa, vista peraltro l'esistenza nel nostro ordinamento di una norma (l'art. 17 della legge n. 300/70) che vieta il fenomeno dei sindacati di comodo.

Invero, e concludendo, se una critica va mossa nei confronti di Cass. n. 520/2008 (Oltre a quella di aver definito gestionale un accordo avente contenuto meramente obbligatorio; in termini, Del Punta, cit. p. 536) è quella di non aver avuto il coraggio di superare la posizione espressa da Corte Cost. n. 244/96 in merito alla natura necessariamente *normativa* dei contratti di cui all'art. 19. Infatti, pur in presenza di un'ambigua apertura al riguardo (Cfr. par. 6.1. di Cass. n. 520/2008), dalla sentenza in esame (e nemmeno da quelle qui richiamate) non è possibile ricavare il principio in virtù del quale anche la sigla di accordi aventi contenuto meramente obbligatorio è sufficiente al fine dell'ottenimento delle garanzie sindacali previste per legge (Più possibilista N. R. Toscano, cit.).

4. — *Nazionalità dei sindacati e legittimazione ad agire* ex *art. 28* — Come già detto in premessa, la sentenza in commento torna nuovamente ad affrontare anche il problema della individuazione delle organizzazioni sindacali nazionali legittimate, per il tramite dei loro organismi locali, a proporre ricorso *ex* art. 28, Stat. lav.

Al riguardo, Cass. n. 520/2008, nel condividere l'orientamento secondo cui il requisito della nazionalità vada dimostrato in concreto, essendo «la ragione giustificatrice della limitazione della legittimazione dell'art. 28 […] sostanziale (legata all'attività del sindacato e agli interessi collettivi tutelati) e non già solo formale (discendente dalla mera dislocazione del sindacato sul territorio)», ribadisce l'importanza, al suddetto fine, anche del momento contrattuale a livello nazionale (Cfr. Cass. n. 6429/2006, in q. *Riv.*, 2006, II, pp. 691 ss., con nota di E. M. Terenzio, *Il requisito della «nazionalità» delle associazioni sindacali e la legittimazione ad agire ex art. 28, legge n. 300/70*, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici).

Infatti, viene precisato che «al fine del riconoscimento del carattere "nazionale" […] assume rilievo più che la diffusione della articolazione territoriale delle strutture dell'associazione, la capacità di contrarre con la parte datoriale accordi o contratti collettivi che trovano applicazione in tutto il territorio nazionale».

In relazione a tale ultimo aspetto, pur condividendo l'impostazione metodologica seguita dalla S.C., a destare non poche perplessità è la scelta argomentativa di utilizzare il «nuovo» criterio selettivo di cui all'art. 19 anche al fine di individuare le organizzazioni sindacali nazionali legittimate, per il tramite dei propri organismi locali, a proporre ricorso *ex* art. 28.

A tal proposito, non appare superfluo ricordare che tale interpretazione eccessivamente restrittiva del criterio della nazionalità presente nell'art. 28 (In termini, E. M. Terenzio, cit., p. 701; N. R. Toscano, cit., p. 27) si pone in netto contrasto con la tesi dominante in dottrina e giurisprudenza, la quale ha sempre tenuto distinti i piani operativi delle norme statutarie richiamate.

Francesco Corallo
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro*
*presso l'Università degli Studi di Bari*

TRIBUNALE TORRE ANNUNZIATA, 20 marzo 2008, Sez. lav. – Est. Rocco – F. C. e al. (avv. Riccio) c. L. P. Srl (avv.ti Pignataro, Di Blasio e Fortunato).

**Licenziamento collettivo – Procedura – Mancata richiesta esame congiunto – Omessa comunicazione all'autorità amministrativa dell'esito della cd. fase sindacale – Art. 4, comma 6, legge n. 223/1991 – Inosservanza – Licenziamento – Inefficacia.**

*È nullo, ai sensi dell'art. 5, comma 3, legge n. 223/1991, il licenziamento disposto in esito alla procedura di mobilità nel caso in cui il datore di lavoro ometta di dare comunicazione all'autorità amministrativa,* ex *art. 4, comma 6, della stessa legge, dell'esito della fase sindacale, anche nel caso in cui la consultazione non abbia avuto corso a causa della mancata richiesta da parte delle rappresentanze e associazioni sindacali dell'esame congiunto. (1)*

(*Omissis*)

Nel merito, la domanda proposta dai ricorrenti nei confronti della Srl L. P. va accolta, e va dichiarata l'inefficacia del licenziamento intimato ai ricorrenti per l'inosservanza delle procedure previste dall'art. 4, legge n. 223/91.

Osserva il giudicante che, nel caso di licenziamenti collettivi, la legge n. 223/91, in considerazione della estrema delicatezza degli interessi coinvolti (possibilità di perdita del posto di lavoro per una pluralità di lavoratori), ha previsto una articolata procedura per consentire alle imprese interessate, alle parti sociali e agli Enti preposti alla cura degli interessi pubblici di trovare una soluzione che salvaguardi quanto più possibile i livelli di occupazionali e garantisca la possibilità di ricollocazione sul mercato dei soggetti deboli che, in caso contrario, una volta esaurita l'efficacia temporale degli ammortizzatori sociali, verrebbero a trovarsi privi di qualsiasi mezzo di sostentamento.

Alla luce di tale *ratio*, appare evidente che anche l'omissione di un singolo passaggio della procedura *de qua* è idoneo a frustrare irrimediabilmente l'obiettivo perseguito dal legislatore, e viziare, pertanto, in maniera insanabile, rendendolo inefficace, l'atto risolutivo del rapporto adottato all'esito di un *iter* procedurale monco.

Pertanto, ad avviso di questo giudice, la comunicazione prevista dal comma 6 dell'art. 4, legge n. 223/91, in ordine al mancato raggiungimento dell'accordo con le Oo.Ss., da effettuarsi all'organo amministrativo deputato alla cura degli interessi pubblici, non assume la valenza di un vuoto passaggio burocratico che può essere tranquillamente omesso senza alcuna conseguenza, ma rappresenta un indispensabile atto di impulso nei confronti di tale

soggetto per consentirgli di esercitare le funzioni di controllo, conciliative e propositive previste dal successivo comma 7.

Al riguardo, la lettera della norma è chiarissima, prevedendo che tale comunicazione debba essere effettuata, per iscritto, dall'impresa, anche nel caso di esito negativo, prevedendo finanche l'obbligo di indicare i motivi del mancato raggiungimento dell'accordo.

Uno dei motivi del mancato accordo ben può essere rappresentato dal fatto che l'incontro tra l'impresa e le Oo.Ss. non sia avvenuto, sia pure per l'inerzia della parte sindacale.

La mancata consultazione tra imprenditore e sindacati, infatti, non fa venir meno il potere/dovere dell'Amministrazione preposta alla cura dell'interesse pubblico, se sollecitata nelle forme di legge, di convocare le parti al fine di un ulteriore esame delle materie di cui al comma 5, anche formulando proposte per la realizzazione di un accordo (cfr. comma 7 del suindicato art. 4).

L'autonomia della fase amministrativa rispetto a quella sindacale fa sì che l'aver omesso un fondamentale passaggio della procedura prevista in tema di licenziamento collettivo determini l'inefficacia del negozio risolutivo posto in essere all'esito della procedura in oggetto.

Si osserva altresì che la fase procedimentale che nel caso di specie è stata completamente saltata è proprio quella posta a tutela degli interessi pubblici coinvolti, atteso che nell'ambito dei licenziamenti collettivi vengono in rilievo non solo gli interessi privati dei lavoratori e del sindacato, ma anche il preminente interesse pubblico a che vengano fronteggiate, nella maniera più adeguata, le conseguenze che possono derivare, sul piano sociale, dall'attuazione del programma di mobilità, anche attraverso la possibilità di ricorrere a misure sociali indirizzate a consentire la riqualificazione e riconversione dei lavoratori licenziati (possibilità, quest'ultima, introdotta dal d.lgs. n. 151/97, in ossequio alle previsioni della normativa comunitaria).

Ad avviso del giudicante, inoltre, la convocazione da parte dell'organo amministrativo, dopo la comunicazione avviata dall'impresa ai sensi del comma 6 del succitato art. 4, ben può produrre l'effetto di responsabilizzare un sindacato in precedenza rimasto inerte, spingendolo a esercitare, per così dire, in seconda battuta quelle prerogative e funzioni propositive e di controllo che in precedenza aveva omesso di fare valere.

Deve altresì rilevarsi che la *ratio* della normativa in oggetto, tesa ad apprestare la massima tutela ai beni da salvaguardare, induce a ritenere che l'esigenza di responsabilizzare e coinvolgere al massimo i soggetti privati coinvolti sia stata tenuta ben presente dal legislatore nel momento in cui ha previsto come obbligatorio l'intervento di un apposito organo amministrativo nella procedura *de qua*, con funzioni di mediazione tra le parti e di stimolo alla ricerca di soluzioni alternative ai licenziamenti.

Inoltre, proprio la rigida procedimentalizzazione di cui all'art. 4, legge n. 223/91, attuata dal legislatore non solo a tutela di interessi privati, ma anche e soprattutto di un preciso e rilevante interesse pubblico, impone di ritenere che la conseguenza dell'omissione della fase amministrativa debba essere necessariamente l'inefficacia del recesso intimato ai lavoratori.

(*Omissis*)

(1) ANCORA IN TEMA DI PROCEDURA SUI LICENZIAMENTI COLLETTIVI

La sentenza in commento riguarda il caso di una procedura per licenziamento collettivo in cui la società datrice, in esito a una complessa vicenda di successione di due imprese nella gestione di un appalto di vigilanza, aveva disposto il licenziamento delle maestranze in violazione delle prescrizioni dell'art. 4, legge n. 223/1991, in particolare omettendo la comunicazione all'autorità amministrativa dell'esito della fase sindacale.

Nel caso di specie le organizzazioni sindacali non avevano richiesto l'esame congiunto e la società non aveva dato ulteriore corso alla fase procedurale e aveva provveduto a disporre i licenziamenti programmati senza la preventiva informativa all'autorità amministrativa dell'esito della fase sindacale.

Il Tribunale ha ritenuto tale omissione *vitiat et vitiatur*, conseguendone l'inefficacia dei licenziamenti siccome disposti in violazione delle prescrizioni procedurali (art. 5, comma 3, legge n. 223/1991).

In particolare, l'effetto invalidante, a giudizio del Tribunale, sarebbe la risultante della autonomia della fase amministrativa rispetto a quella sindacale, stante la preordinazione di entrambe alla medesima funzione, la cui matrice è definita dall'art. 4, comma 5.

Il ragionamento è il seguente: se il datore di lavoro è onerato di dare comunicazione della definizione della fase sindacale anche in caso di esito negativo e indicarne i motivi, ponendo l'equivalenza tra esito negativo e mancata consultazione, la comunicazione all'autorità amministrativa è dovuta anche in tale ipotesi in quanto uno dei motivi integranti il mancato raggiungimento dell'accordo può essere l'inerzia della parte sindacale.

L'autonomia della fase amministrativa rispetto a quella sindacale fa sì che, laddove la parte sindacale abbia omesso di svolgere la sua funzione gestionale a tutela dell'interesse collettivo, non è escluso che l'atto di impulso possa procedere direttamente dall'autorità amministrativa, in quanto preposta alla realizzazione dell'autonomo interesse pubblico.

La conseguenza che accede a tale impostazione non può che essere quella cui è giunta il Tribunale: l'omissione della comunicazione alla autorità amministrativa produce lo stesso effetto della omissione della comunicazione alla controparte sindacale proprio perché nei due diversi ambiti, quello sindacale e quello amministrativo, sono rappresentati contestualmente i medesimi interessi collettivi e pubblici, che possono formare oggetto di esame congiunto autonomamente nell'una e nell'altra fase.

La verità è che la sentenza in questione pone ulteriore sostegno alla tesi secondo cui il licenziamento collettivo, pur ontologicamente distinto dal licenziamento

individuale, fondamentalmente nella sua ultima istanza tende a soddisfare lo stesso interesse che soddisfa il licenziamento individuale, in quanto si pone come limite causale al potere datoriale di recesso per soddisfare l'interesse del lavoratore alla conservazione del rapporto quale esplicazione del diritto al lavoro costituzionalmente tutelato (Cass. 9 settembre 2003, n. 13196, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, p. 844).

Il licenziamento collettivo, dunque, è, nel suo aspetto finale, una fattispecie sostanziale, che però si esplica con la modalità della fattispecie procedurale.

Più specificamente esso si inquadra nella generale categoria della fattispecie a formazione progressiva, o, meglio, procedimentale, in cui l'effetto finale è dato dalla sequenza ordinata di atti e fasi nei quali la procedura si articola.

Rispetto alla fattispecie procedimentale l'art. 4, legge n. 223/1991, pone la sequenza degli adempimenti, come se fosse una formula matematica, e l'art. 5, comma 3, stabilisce le conseguenze nel *caos* di sua inosservanza.

Per questo poi diviene fattispecie sostanziale, perché la violazione dei singoli passaggi procedurali non comporta un vizio a sé, rilevante nell'ambito della procedura, ossia tale da invalidare la procedura, ma determina una causa di invalidità della comunicazione del recesso, a carico della quale deriva l'inefficacia (*id est* la invalidità) proprio per effetto del vizio o della omissione procedurale.

In questo senso la sentenza in commento si segnala per l'assoluta novità: la comunicazione all'autorità amministrativa è una fase della procedura che ne definisce la struttura, cioè è un suo requisito e, come tale, non è solo il punto di passaggio dalla fase sindacale a quella pubblica, non è solo il ponte tra l'esame congiunto bilaterale (quello tra le parti) e l'esame congiunto trilaterale (quello con la mediazione della p.a.), ma è un elemento della fattispecie a formazione progressiva.

La conseguenza che deriva da una tale configurazione è che la comunicazione è sempre dovuta, qualunque sia l'esito della fase sindacale: quello positivo in caso di accordo, quello negativo per mancato accordo e quello, ancora una volta negativo, per la mancata richiesta di esame congiunto.

La sentenza si è occupata proprio di quest'ultimo caso: sicuramente si tratta di una ipotesi di rara evenienza, ma è la prima volta, almeno da quanto consta, che viene recensita nelle aule giudiziarie la violazione del comma 6 dell'art. 4, legge n. 223/1991, quale motivo di invalidità del licenziamento e ne vengono definite le conseguenze.

L'*iter* argomentativo su cui si snoda la sentenza poggia su due basilari princìpi: il primo, secondo cui la legge n. 223/1991 non postula solo interessi privati (individuali e collettivi), ma suppone il coinvolgimento di un interesse pubblico; il secondo, secondo cui, per la realizzazione di tale interesse, il legislatore ha inteso fornire autonomia funzionale alla fase di controllo amministrativo.

Quanto al primo principio, l'assunto in sé non è nuovo, ma sicuramente, riguardo al secondo, è nuova l'applicazione che ne ha fatto il Tribunale.

In piena franchezza il giudice sembra aver speso più ragioni di quante erano sufficienti a sostenere la propria tesi: nelle valutazioni di chi annota la sentenza, pur nella conferenza delle motivazioni, certamente portano lontano le considerazioni sulla rilevanza extraprocedimentale degli interessi pubblici alla cui cura sarebbe preposta l'autorità amministrativa non adita, se non altro perché gli interessi richiamati rilevano più per la procedura di mobilità che non per quella di licenziamento.

Altrettanto ultronee appaiono le motivazioni inerenti la supplenza in via amministrativa delle prerogative sindacali: se le rappresentanze e associazioni sindacali titolari della relativa posizione non hanno richiesto la consultazione nella fase di controllo a loro demandata, appare difficile che aderiscano all'invito di procedere all'esame congiunto nella fase di controllo amministrativo, anche perché, non corrispondendogli alcun obbligo in tal senso, il perdurare dell'inerzia non potrebbe essere vinto con strumenti coercitivi o sostitutivi.

Per le ragioni anzidette il commento viene limitato alla parte della sentenza che appare di maggiore interesse speculativo: quello della interpretazione dell'art. 4, comma 6, legge n. 223/1991, e del divieto per il datore di lavoro di procedere *per saltum*.

Il problema è molto più complesso di quanto possa ritenersi *prima facie*, perché comporta la qualificazione dell'onere in questione quale adempimento meramente formale o come tassello costitutivo dell'intera procedura.

L'ermeneutica del testo normativo sembra porre la comunicazione all'autorità amministrativa in funzione servente della fase di controllo sindacale, ponendola come elemento di congiunzione nel trapasso alla fase di controllo amministrativo.

Per tale soluzione depone la formulazione letterale dell'art. 4, comma 6, a norma del quale il datore di lavoro è onerato di dare comunicazione scritta del risultato della consultazione, supponendo che l'onere esiste in quanto la parte sindacale abbia richiesto l'esame congiunto e vi sia stato un confronto sulle cause dell'esubero di personale e sulle misure alternative (art. 4, comma 5).

Per tale soluzione depone ancora l'art. 4, comma 6, nella parte in cui conferisce alla controparte sindacale la possibilità di eseguire la comunicazione.

Conforto alla tesi è dato anche dall'art. 4, comma 7, il quale postula, per l'ulteriore corso della procedura di esame congiunto in sede amministrativa (fase eventuale subordinata allo svolgimento di quella sindacale), che non sia stato raggiunto l'accordo, e dunque che sia stata celebrata una fase di confronto sindacale; tesi suffragata dall'utilizzo della locuzione «ulteriore», che sembra ancora più chiaramente subordinare la fase amministrativa all'espletamento di quella sindacale.

Dunque, stando a una interpretazione meramente formale e letterale della normativa, dovrebbe ritenersi che, se la parte sindacale non ha richiesto l'esame congiunto, cioè non si è avvalsa della prerogativa prevista dall'art. 4, comma 5, a carico del datore di lavoro non incombe alcun altro onere nella fase di controllo e la procedura salta direttamente dalla prescrizione dell'art. 4, comma 2 (comunicazione di avvio della procedura), a quella dell'art. 4, comma 9 (esaurimento della procedura e collocazione in mobilità).

Vi è però da osservare che nessuna delle ragioni sopra esposte, nemmeno valutate congiuntamente, si presta a una interpretazione univoca.

Esaminando partitamente le ragioni, l'art. 4, comma 6, impone al datore di lavoro di dare comunicazione del risultato della consultazione, il che può significare anche che è onerato di comunicare l'esito negativo della fase per mancato impulso da parte di chi vi ha diritto.

Non è dirimente nemmeno la concessione al sindacato, sempre contenuta nell'art. 4, comma 6, della possibilità di provvedere alla stessa comunicazione cui è tenuto il datore di lavoro, perché, mentre per la parte sindacale tale possibilità si po-

ne nell'ordine delle facoltà, per la parte datoriale si pone nell'ordine degli oneri (Trib. Nocera Inferiore 20 gennaio 1995, in *Dir. lav.*, 1995, II, p. 230).

Tantomeno può essere risolutivo l'art. 4, comma 7, il quale si riferisce non all'onere di comunicazione ma a un suo effetto sequenziale: da nessuna altra parte è detto che la comunicazione in oggetto è solo adempimento prodromico alla prosecuzione in sede amministrativa della consultazione avviata in sede sindacale; dunque, il termine «ulteriore» è riferito alla eventualità che si dia corso a questa seconda fase di consultazione, ma non condiziona l'obbligo di comunicazione da cui consegue.

Questa ultima considerazione consente di accedere a una opposta opzione ermeneutica, quella ritenuta corretta nella sentenza in commento, che definisce la comunicazione all'autorità amministrativa come l'oggetto di un obbligo incombente sul datore di lavoro in virtù della autonomia che la legge n. 223/1991 riconosce al controllo pubblico rispetto a quello sindacale.

Le ragioni sono analiticamente riportate nella pronuncia e trovano il loro fondamento in un principio cardine della materia: nel licenziamento collettivo entrano in gioco non solo interessi privati (individuali e collettivi), ma anche interessi pubblici (Cass. 7 giugno 2003, n. 9153, in *Not. giur. lav.*, 2004, p. 90) alla cui cura è preposta l'autorità amministrativa destinataria della comunicazione.

L'inderogabilità della procedura, pertanto, è predicabile anche per la comunicazione di cui all'art. 4, comma 6, nell'ipotesi in cui la fase amministrativa non sia consequenziale, o meglio «ulteriore» rispetto a quella sindacale.

Una tale soluzione è incidentalmente confortata dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui il licenziamento non può essere disposto se non è stata esaurita la fase procedimentale stabilita dall'art. 4, comma 6: «Va dichiarata l'inefficacia dei licenziamenti collettivi intimati in un momento antecedente all'esaurimento della procedura di mobilità prevista dai commi 6, 7 e 8 dell'art. 4, legge n. 223/91, o al raggiungimento, in seno a detta procedura, di un accordo sindacale» (Cass. 2 agosto 2001, n. 10576, in *Foro it.*, 2001, I, 2774).

Antonio Federici
*Dottorando di ricerca*
*in Autonomia individuale e autonomia collettiva*
*presso l'Università di Roma Tor Vergata*

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, 13 novembre 2008, Causa C-46/07, IV Sezione – Pres. Lenaerts, Est. Von Danwitz – Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana.

**Parità di trattamento – Inadempimento di uno Stato – Art. 141 Ce – Politica sociale – Parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile – Nozione di «retribuzione» – Regime pensionistico dei dipendenti pubblici.**

*La normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a percepire la pensione di vecchiaia a età diverse a seconda che siano uomini o donne contrasta con gli obblighi di cui all'art. 141 Ce. (1)*

(*Omissis*)

*Giudizio della Corte*

34. Ai sensi dell'art. 141, n. 1, Ce, ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. In base al n. 2, comma 1, di tale articolo, per retribuzione si intende il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

35. Occorre ricordare che, per valutare se una pensione di vecchiaia rientri nel campo di applicazione dell'art. 141 Ce, soltanto il criterio relativo alla constatazione che la pensione è corrisposta al lavoratore per il rapporto di lavoro che lo unisce al suo *ex* datore di lavoro, ossia il criterio dell'impiego, desunto dalla lettera stessa dell'art. 141 Ce, può avere carattere determinante (sentenze citate *supra*, *Beune*, punto 43; *Griesmar*, punto 28; *Niemi*, punto 44, nonché *Schönheit e Becker*, punto 56).

36. Certo, questo criterio non può avere un carattere esclusivo, poiché le pensioni corrisposte da regimi legali previdenziali possono, in tutto o in par-

te, tener conto della retribuzione dell'attività lavorativa (sentenze citate *supra*, *Beune*, punto 44; *Griesmar*, punto 29; *Niemi*, punto 46, nonché *Schönheit e Becker*, punto 57). Ora, siffatte pensioni non costituiscono retribuzioni ai sensi dell'art. 141 Ce (v., in tal senso, sentenze 25 maggio 1971, causa n. 80/70 *Defrenne*, in *Racc.*, p. 445, punto 13; 13 maggio 1986, causa n. 170/84, *Bilka-Kaufhaus*, in *Racc.*, p. 1607, punto 18; *Beune*, cit., punto 24 e 44; *Griesmar*, cit., punto 27, nonché *Schönheit e Becker*, cit., punto 57).

37. Tuttavia, le considerazioni di politica sociale, di organizzazione dello Stato, di etica o anche le preoccupazioni di bilancio che hanno avuto o hanno potuto avere un ruolo nella determinazione di un regime pensionistico da parte di un legislatore nazionale non possono considerarsi prevalenti qualora la pensione interessi soltanto una categoria particolare di lavoratori, sia direttamente funzione degli anni di servizio prestati e il suo importo sia calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente pubblico (sentenze citate *supra*, *Beune*, punto 45; *Griesmar*, punto 30; *Niemi*, punto 47, nonché *Schönheit e Becker*, punto 58).

38. Di conseguenza, gli argomenti della Repubblica italiana, relativi al metodo di finanziamento del regime pensionistico gestito dall'Inpdap, alla sua organizzazione e alle prestazioni diverse dalle pensioni che esso conferisce, diretti a dimostrare che tale regime costituisce un regime previdenziale ai sensi della citata sentenza *Defrenne* che non rientra nel campo di applicazione dell'art. 141 Ce, non possono essere accolti. Inoltre, il fatto che l'età pensionabile sia fissata in maniera uniforme per i lavoratori che rientrano nel regime di cui è causa e per quelli che rientrano nel regime generale, ossia il sistema pensionistico gestito dall'Inps, non è pertinente per la qualificazione della pensione versata dal regime pensionistico gestito dall'Inpdap.

39. Partendo da queste precisazioni circa il senso del termine «retribuzione» nel settore dei regimi pensionistici occorre esaminare se la pensione versata in forza del regime pensionistico gestito dall'Inpdap corrisponda ai criteri ricordati al punto 37 della presente sentenza.

40. Per quanto riguarda il primo criterio, occorre rilevare che i dipendenti pubblici che beneficiano di un regime pensionistico devono essere considerati come una categoria particolare di lavoratori. Infatti, essi si distinguono dai lavoratori di un'impresa o di un gruppo di imprese, di un comparto economico o di un settore professionale o interprofessionale soltanto in ragione delle caratteristiche peculiari che disciplinano il loro rapporto di lavoro con lo Stato, con altri enti o datori di lavoro pubblici (sentenze citate *supra*, *Griesmar*, punto 31, e *Niemi*, punto 48).

41. Ne deriva che i dipendenti pubblici che beneficiano del regime pensionistico gestito dall'Inpdap costituiscono una categoria particolare di lavoratori.

42. Questo risultato non può essere confutato dagli argomenti dedotti dalla Repubblica italiana. In primo luogo, tale Stato membro fa valere che il regime pensionistico gestito dall'Inpdap comprende, oltre ai dipendenti pubblici, lavoratori del settore pubblico e lavoratori che in passato avevano prestato servizio per un ente pubblico.

43. A tal riguardo, occorre ricordare che il presente ricorso riguarda solo i dipendenti pubblici, per cui, nella presente causa, non si tratta di determinare se i lavoratori del settore pubblico e i lavoratori che in passato avevano prestato servizio per un ente pubblico costituiscano anch'essi una categoria particolare di lavoratori o se costituiscano, considerati unitamente ai dipendenti pubblici, una sola categoria particolare di lavoratori. Inoltre, il fatto che il regime pensionistico gestito dall'Inpdap si applichi non solo ai dipendenti pubblici ma anche ad altre categorie di lavoratori non può privare i dipendenti pubblici della tutela conferita dall'art. 141 Ce allorché gli altri criteri ricordati al punto 37 della presente sentenza sono soddisfatti. Come risulta dal punto 49 della sentenza *Niemi* sopramenzionata, il fatto che un regime pensionistico comprenda non solo una certa categoria di dipendenti pubblici ma anche l'insieme dei dipendenti dello Stato non ha come conseguenza che la categoria di dipendenti pubblici interessata non possa essere considerata una categoria particolare di lavoratori ai sensi della giurisprudenza della Corte.

44. La Repubblica italiana fa valere, in secondo luogo, che i numerosi e diversi gruppi di dipendenti pubblici non possono essere riuniti in un'unica categoria professionale.

45. A tale riguardo, occorre osservare che, come risulta dal punto 41 della presente sentenza, il regime pensionistico gestito dall'Inpdap si applica ai dipendenti pubblici che costituiscono una categoria particolare di lavoratori. Il fatto che, nell'ambito della categoria dei dipendenti pubblici, si potrebbero identificare diverse categorie non ha rilevanza in quanto questa categoria si distingue, come ricordato al punto 40 della presente sentenza, dagli altri gruppi di lavoratori del settore privato o pubblico per le caratteristiche proprie che disciplinano il rapporto di impiego dei dipendenti pubblici con lo Stato.

46. Di conseguenza, i dipendenti pubblici che rientrano nel regime pensionistico gestito dall'Inpdap costituiscono una categoria particolare di lavoratori ai sensi della giurisprudenza della Corte richiamata al punto 40 della presente sentenza.

47. Per quanto riguarda gli altri due criteri accolti dalla giurisprudenza menzionata al punto 37 della presente sentenza, ossia che la pensione deve essere direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati e il suo importo deve essere calcolato in base all'ultima retribuzione del dipendente

pubblico, occorre esaminare se essi siano soddisfatti di modo che la pensione versata in forza del regime pensionistico gestito dall'Inpdap possa essere considerata comparabile a quella che verserebbe un datore di lavoro privato ai suoi *ex* dipendenti.

48. La Commissione si basa a tal riguardo sulla relazione dell'Inpdap del 23 dicembre 2004, che è stata allegata dalla Repubblica italiana alla sua risposta del 10 gennaio 2005 alla lettera amministrativa della Commissione del 12 novembre 2004. Essa deduce da tale relazione che la pensione versata nell'ambito del regime pensionistico gestito dall'Inpdap viene calcolata con riferimento al numero di anni di servizio prestati dal dipendente e allo stipendio base percepito da quest'ultimo prima del suo pensionamento.

49. La Repubblica italiana, pur contestando queste affermazioni per il motivo che tale relazione è basata su disposizioni precedenti alla messa in mora, ammette tuttavia che, conformemente all'attuazione della riforma che la Repubblica italiana ha condotto a decorrere dagli anni novanta, la pensione di cui trattasi tiene conto della media delle retribuzioni percepite nell'ultimo decennio e dei contributi versati corrispondenti.

50. Partendo da quest'ultima constatazione, occorre esaminare se questo metodo di calcolo risponda ai due criteri accolti dalla giurisprudenza della Corte.

51. Per quanto riguarda questi due criteri, la Corte, ai punti 33 e 34 della sentenza *Griesman*, sopramenzionata, ha qualificato come retribuzione ai sensi dell'art. 141 Ce una pensione il cui importo deriva dal prodotto di una percentuale applicata a un importo base, il quale è costituito dallo stipendio corrispondente all'ultimo coefficiente retributivo applicabile al dipendente pubblico nel corso degli ultimi sei mesi di attività.

52. Costituisce anche una retribuzione ai sensi dell'art. 141 Ce una pensione il cui importo è calcolato sulla base del valore medio della retribuzione percepita nel corso di un periodo limitato ad alcuni anni immediatamente precedenti il ritiro dal lavoro (v. sentenza *Niemi*, cit., punto 51) nonché una pensione il cui importo è calcolato sulla base dell'importo di tutti i contributi versati durante tutto il periodo di iscrizione del lavoratore e ai quali si applica un fattore di rivalutazione (v. sentenza 1° aprile 2008, causa C-267/06, *Maruko*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 55).

53. Ne deriva che la pensione versata in forza del regime pensionistico gestito dall'Inpdap deve essere qualificata come retribuzione ai sensi dell'art. 141 Ce. Infatti, la base di calcolo di tale pensione risponde ai criteri stabiliti dalla Corte nelle citate sentenze *Griesmar*, *Niemi* e *Maruko*.

54. Pertanto, la pensione versata in forza del detto regime pensionistico costituisce una forma di retribuzione ai sensi dell'art. 141 Ce.

55. Come risulta da una costante giurisprudenza, l'art. 141 Ce vieta qualsiasi discriminazione in materia di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, quale che sia il meccanismo che genera questa ineguaglianza. Secondo questa stessa giurisprudenza, la fissazione di un requisito di età che varia secondo il sesso per la concessione di una pensione che costituisce una retribuzione ai sensi dell'art. 141 Ce è in contrasto con questa disposizione (v. sentenze *Barber*, cit., punto 32; 14 dicembre 1993, causa C-110/91, *Moroni*, in *Racc.*, p. I-6591, punti 10 e 20; 28 settembre 1994, causa C-408/92, *Avdel Systems*, in *Racc.*, p. I-4435, punto 11, nonché *Niemi*, cit., punto 53).

56. Come sostiene la Commissione, senza essere contraddetta al riguardo dalla Repubblica italiana, il regime pensionistico gestito dall'Inpdap prevede una condizione di età diversa a seconda del sesso per la concessione della pensione versata in forza di tale regime.

57. L'argomento della Repubblica italiana secondo cui la fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione di età diversa a seconda del sesso è giustificata dall'obiettivo di eliminare discriminazioni a danno delle donne non può essere accolto. Anche se l'art. 141, n. 4, Ce autorizza gli Stati membri a mantenere o ad adottare misure che prevedano vantaggi specifici, diretti a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali, al fine di assicurare una piena uguaglianza tra uomini e donne nella vita professionale, non se ne può dedurre che questa disposizione consente la fissazione di una tale condizione di età diversa a seconda del sesso. Infatti, i provvedimenti nazionali contemplati da tale disposizione debbono, in ogni caso, contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo [v., per quanto riguarda l'interpretazione dell'art. 6, n. 3, dell'Accordo sulla politica sociale concluso tra gli Stati della Comunità europea a eccezione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (*Gazz. Uff. Ce*, 1992, C-191, p. 91), sentenza *Griesmar*, cit., punto 64].

58. Ora, la fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione d'età diversa a seconda del sesso non è tale da compensare gli svantaggi ai quali sono esposte le carriere dei dipendenti pubblici di sesso femminile aiutando queste donne nella loro vita professionale e ponendo rimedio ai problemi che esse possono incontrare durante la loro carriera professionale.

59. Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre constatare che, mantenendo in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a ricevere la pensione di vecchiaia a età diverse a seconda che siano uomini o donne, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi di cui all'art. 141 Ce.

(*Omissis*)

Per questi motivi

la Corte (Quarta Sezione) dichiara e statuisce:

1) Mantenendo in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a percepire la pensione di vecchiaia a età diverse a seconda che siano uomini o donne, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi di cui all'art. 141 Ce.

2) La Repubblica italiana è condannata alle spese.

## (1) LA PROBLEMATICA DELLA DIVERSA ETÀ PENSIONABILE PER I LAVORATORI E LE LAVORATRICI TRA AMBIGUITÀ LEGISLATIVE ED EQUIVOCI: UNA DISCUTIBILE SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

La questione di principio è stata affrontata in Italia dalla dottrina già da molti anni (Cfr. Pessi, *Lavoro e discriminazioni femminili*, in *Lavoro e discriminazione*, Milano, 1996: «A meno di non riproporre modelli obsoleti di differenziali fisico-psicologici […] deve convenirsi che la previsione normativa di due diverse età pensionabili contrasta palesemente con il principio dell'uguaglianza tra i sessi»; Bracco, *Età pensionabile e parità tra uomo e donna*, in q. *Riv.*, 1977, III, pp. 321 ss.).

Ancora recentemente sono stati avanzati forti dubbi sia sulla compatibilità della diversa età pensionabile, per lavoratrici e lavoratori, con l'art. 3 Cost., sia sulla possibilità di porvi rimedio: «In realtà si potrebbe osservare che il divieto di discriminazioni discende direttamente dall'art. 3 Cost. e che dunque esso si applica anche al diritto previdenziale, tuttavia si dovrebbe in tal caso sottoporre a verifica tutta la materia pensionistica…» (Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in *Il Nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano 2007, p. 161).

La Corte Costituzionale è stata più volte chiamata ad affrontare questioni relative agli aspetti negativi connessi al requisito di età più favorevole previsto dalla legge per le lavoratrici (Corte Cost. n. 137/1986; Corte Cost. n. 498/88; Corte Cost. n. 256/2002) e ha sancito il divieto di invocare il raggiungimento dell'età pensionabile per licenziare *ad nutum* le lavoratrici sessantenni che hanno la contribuzione sufficiente per la liquidazione della pensione di vecchiaia.

Nonostante tale giurisprudenza, qualche penalizzazione connessa a tale requisito pensionistico più favorevole permane ancora oggi nella legislazione. L'art. 30, comma 1, del Codice delle pari opportunità (legge n. 246/2005 – d.lgs. n. 198/2006) stabilisce, in evidente contrasto con il dettato della Corte Costituzionale, che «le lavoratrici, anche se in possesso dei requisiti per aver diritto alla pensione di vecchiaia, possono optare di continuare a prestare la loro opera fino agli stessi limiti di età previsti per gli uomini da disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali, previa comunicazione al datore di lavoro da effettuarsi almeno tre mesi prima della data di perfezionamento del diritto alla pensione di vecchiaia». D'altra parte non si può negare che dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (Corte Cost. n. 498/1988) traspare chiaramente una valutazione negativa di principio relativa alla diversa età pensionabile per le lavoratrici e i lavoratori: «È evidente che la lavoratrice, rispetto al lavoratore, ha avuto un tratta-

mento diverso che non ha alcuna ragionevole giustificazione proprio per i princìpi affermati più volte da questa Corte sulla parità uomo-donna in materia di lavoro…».

Tuttavia la Corte Costituzionale non ha mai cancellato il cd. «privilegio» per la donna di beneficiare della pensione di vecchiaia con un requisito più favorevole: «Si ribadisce così che l'età lavorativa deve essere eguale per la donna e per l'uomo, mentre rimane fermo il diritto della donna a conseguire la pensione di vecchiaia al cinquantacinquesimo anno di età, onde poter soddisfar esigenze peculiari della donna medesima, il che non contrasta con il fondamentale principio di parità, il quale non esclude speciali profili, dettati dalla stessa posizione della lavoratrice…» (Corte Cost. n. 498/1988).

Si è determinata un'asimmetria: sul terreno del Diritto del lavoro esiste, per quanto riguarda il collocamento a riposo, inteso come cessazione *ope legis* del rapporto di impiego o di lavoro, una perfetta parità di trattamento per lavoratrici e lavoratori; sul piano previdenziale esiste un trattamento diverso, che permette alle lavoratrici di accedere alla pensione di vecchiaia a un età diversa rispetto a quella stabilita per i lavoratori di sesso maschile (in generale con 5 anni di anticipo).

Occorre sottolineare che tale asimmetria non ha nessuna ripercussione sul calcolo della pensione di vecchiaia, in quanto per i lavoratori dei due sessi il criterio di calcolo è il medesimo.

Dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale traspare la necessità di una revisione, in prospettiva, di tale asimmetria, che però viene considerata ammissibile per motivi sociali, applicando il concetto di attuazione progressiva della Carta costituzionale e vietando gli effetti negativi di un trattamento di favore, che nella realtà potrebbe rivelarsi una discriminazione, per la conseguente perdita del lavoro.

Può essere utile ricordare che la Dichiarazione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 7 novembre 1967, all'art. 10, afferma la necessità di adottare «tutte le misure adeguate per assicurare alle donne, coniugate o meno, gli stessi diritti spettanti agli uomini nel campo della vita economica e sociale…», ma non affronta la questione della parità dei diritti previdenziali. I soli riferimenti alle prestazioni sociali contenuti in tale dichiarazione riguardano genericamente il diritto per la donna a «trattamento di pensione» e «il diritto di ricevere gli assegni familiari nelle stesse condizioni per gli uomini».

Ciò non significa che siano ammissibili discriminazioni sul piano previdenziale; tuttavia possono essere considerate ammissibili differenze di trattamento dettate da contesti socio-economici differenziati, che non si prestano a un'applicazione rigida di princìpi formalmente egualitari, proprio per permettere la tutela di gruppi di soggetti più deboli.

La dottrina ha evidenziato che nella concezione dei princìpi egualitari esistono due tendenze: una mira ad assicurare la parità di opportunità; l'altra tende a verificare il risultato, verificando soprattutto se la parità di opportunità eviti effettivamente disparità di situazioni (risultati).

Mentre la Costituzione italiana si ispira alla concezione egualitaria che pone al centro della propria attenzione l'effettività della parità (Art. 3: «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli…»), i documenti internazionali seguono piuttosto l'orientamento liberale tradizionale, che privilegia soprattutto o esclusivamente la tutela delle pari opportunità, specialmente per quanto riguarda il lavoro.

L'art. 141 Ce, commi da 1 a 3, può essere annoverato tra le normative miste, finalizzate a tutelare, in generale e soprattutto, le pari opportunità mediante il divieto di ogni discriminazione che impedisca l'accesso o determini l'esclusione, senza tuttavia escludere condizioni di favore, riservate ad azioni specifiche (programmi) per superare la «sottorappresentazione» o «per evitare» o «compensare svantaggi nelle carriere professionali» (comma 4).

Per tale motivo mentre è tassativo, ai sensi dell'art. 141 Ce, il divieto di ogni disparità relativa al trattamento salariale, in applicazione del principio «a parità di lavoro, parità di salario», non sono da escludere normative differenziate in campo previdenziale, a condizione che esse non celino discriminazioni salariali.

Invece secondo i princìpi costituzionali italiani la parità di trattamento deve riguardare tutti gli aspetti, sia quelli lavorativi che quelli previdenziali, anche se, per motivi socio-economici e storici, vengono ammesse disparità previdenziali, destinate a essere superate.

Da queste considerazioni sarebbe lecito dedurre una difficoltà per la Corte Costituzionale ad ammettere una disparità di requisiti di età per accedere alla pensione di vecchiaia e l'assenza di ogni remora della Corte di Gustizia Ce ad ammettere tale disparità, che non pregiudichi né l'accesso né la permanenza nel posto di lavoro.

Invece dalla sentenza in epigrafe risulta il contrario.

Nel corso del dibattimento davanti alla Corte di Giustizia Ce è risultata un'accentuata discrasia tra le argomentazioni della Commissione e quelle dei rappresentanti della parte italiana: la prima invocava una consolidata giurisprudenza comunitaria e proponeva dei parametri precisi per valutare la norma italiana sospettata di non conformità all'art. 141 Ce; la parte italiana ricorreva a una serie di argomentazioni, tutte tratte dall'ordinamento giuridico nazionale, senza tenere conto della giurisprudenza comunitaria.

Per motivi incomprensibili essa ometteva di invocare l'unico argomento che avrebbe potuto, forse, evitare o attenuare la condanna: il raggiungimento dell'età pensionabile attribuisce il diritto della donna al trattamento pensionistico ma non comporta nessun automatismo di esclusione dal posto di lavoro (collocamento a riposo).

È incontestabile che la donna lavoratrice, pur avendo una posizione privilegiata sul terreno previdenziale, non patisce nessuna discriminazione per quanto riguarda il diritto di lavorare, e più precisamente di poter lavorare fino all'età prevista per i lavoratori di sesso maschile.

Rimane il dubbio che la Corte di Giustizia Ce avrebbe emesso un giudizio diverso se la parte italiana avesse messo in evidenza che, nella normativa italiana, concretamente l'età fissata per collocamento a riposo *ope legis* è identica per i lavoratori dei due sessi.

Tale dubbio è giustificato sia dal fatto che nella descrizione dell'*ambito normativo nazionale* (dal n. 3 al n. 13) non compare nessuna allusione al d.lgs. n. 198/2006, sia dal fatto che la parte italiana aveva omesso di rispondere alla lettera di costituzione in mora inviata dalla Commissione il 18 luglio 2005 (punto 11).

Probabilmente era questa l'occasione più favorevole per spiegare che la diversità di trattamento non riguardava il collocamento a riposo, ma solo il requisito previsto per la liquidazione della pensione, a domanda delle lavoratrici interessate, po-

tendo esse proseguire l'attività lavorativa fino al compimento dell'età prevista per il collocamento a riposo dei lavoratori di sesso maschile.

La sola documentazione nota alla Commissione ed esaminata dalla Corte era la relazione dell'Inpdap del 23 dicembre 2004. Essa, considerata la competenza dell'Istituto in materia previdenziale, si limitava a comunicare i requisiti legali per l'accesso alla pensione di vecchiaia, diversi per i lavoratori e le lavoratrici, senza tuttavia precisare con chiarezza che il limite di età per il collocamento a riposo *ope legis* è uguale per i lavoratori dei due sessi.

C'erano in definitiva diversi motivi perché si determinasse un equivoco ed effettivamente esso sembra esserci stato.

Dal punto di vista ermeneutico la sentenza in epigrafe presenta una particolarità, in quanto si discosta da una prassi giurisprudenziale, che trae il suo fondamento dalla genesi stessa e dalla finalità dei giudizi di costituzionalità (Le sentenze della Corte di Giustizia Ce possono essere assimilate a giudizi di tale tipo).

Il giudizio di costituzionalità presuppone l'esistenza di un principio di diritto da utilizzare come metro per la valutazione di una norma positiva e formale.

La Corte non può pertanto limitarsi a un'interpretazione letterale né del principio da applicare né della norma da giudicare, e, pure essendo vincolata dalla questione sottoposta, deve necessariamente porsi il problema della valutazione dei risultati determinati effettivamente dalla norma sottoposta al vaglio di legittimità.

Kelsen ha messo bene in evidenza che una singola norma giuridica risulta priva di senso se è astratta dall'ordinamento giuridico cui appartiene.

L'ermeneutica ha sempre dovuto misurarsi alla necessità di superare l'aspetto puramente letterale, cercando di collocarsi a diversi livelli (*ratio*, sistema, ricostruzione storica ecc.) per una approfondita comprensione, che non si limiti a sillogismi fondati su presupposti puramente formali.

Non sono rari i casi di giudizi di costituzionalità che utilizzano i princìpi giuridici (superiori), anche in senso meta-giuridico, per affermare la superiorità dei valori da tutelare non solo nei confronti della norma giuridica formalmente positiva, ma anche, e soprattutto, delle istituzioni che l'hanno emanata.

Tale metodica è indispensabile all'attività della Corte di Giustizia delle Comunità europee, chiamata a giudicare le norme positive di sistemi giuridici molto numerosi ed eterogenei.

Nella sentenza in epigrafe si nota un capovolgimento: la Corte applica l'art. 141 Ce come una norma positiva.

In particolare essa adotta le definizione letterale contenuta nel Considerando 14 della Direttiva n. 2006/54/Ce («…i regimi pensionistici di dipendenti pubblici rientrano nel campo di applicazione del principio della parità contributiva se le relative prestazioni sono versate al beneficiario a motivo del suo rapporto di lavoro con il datore di lavoro pubblico…»), e identifica il collocamento a riposo, di cui all'art. 9, comma 1, lettera *f*, della medesima direttiva, senza verificare se effettivamente il requisito di età per la liquidazione della pensione di vecchiaia e quello previsto per il collocamento a riposo sono identici.

È vero che la parte italiana non ha contribuito a questa ricostruzione ermeneutica, limitandosi a invocare argomenti generici; tuttavia non si può negare che la verifica relativa a una presunta disparità, o addirittura discriminazione, non può prescindere da

una valutazione dell'effettività dell'identità di requisito per il riconoscimento di diritto a pensione e di requisito per il collocamento a riposo.

Né il testo dell'art. 141 Ce né quello della Direttiva n. 2006/54/Ce aiutano a cogliere questa particolarità della normativa italiana (diversità di requisito per la pensione di vecchiaia e per il collocamento a riposo).

Tuttavia una valutazione più approfondita sia del sistema di calcolo della pensione dei pubblici dipendenti che della disparità di trattamento di natura esclusivamente previdenziale, in assenza di ogni disparità relativa al collocamento al riposo, avrebbe dovuto determinare un giudizio diverso.

La Corte si è attenuta ai termini letterali della Direttiva n. 2006/54/Ce e delle leggi italiane esaminate, senza rendersi conto del fatto che queste ultime, a volte, si… contraddicono.

L'età fissata dalla legge (da una legge) italiana per il collocamento a riposo delle lavoratrici del pubblico impiego è fissata a 60 anni, mentre per i lavoratori è fissata a 65 anni. Tuttavia un'altra legge attribuisce alle medesime lavoratrici il diritto di lavorare fino alla stessa età fissata per i loro colleghi di sesso maschile, con il solo onere di comunicare tale decisione al proprio datore di lavoro tre mesi prima di compiere l'età di 60 anni. Ma la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione hanno affermato che tale onere non sussiste.

Se la Corte di Giustizia Ce non ha colto queste sottigliezze non può essere giudicata severamente.

Forse la colpa principale è del legislatore italiano, anche se qualche colpa può essere attribuita anche a coloro che hanno «difeso» la posizione italiana.

Antonio Mazziotti
*Avvocato in Napoli*

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Grande Sezione, 1° aprile 2008, causa C-267/06 – Pres. Skouris, Est. Klucka – Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer – Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Buhnen.

**Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Direttiva n. 2000/78 – Ambito di applicazione – Pensione superstiti e regime previdenziale di categoria – Art. 141 Ce – Inclusione.**

**Parità di trattamento – Coppia omosessuale con unione stabile registrata – Pensione di reversibilità – Esclusione – Discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale.**

*Una prestazione ai superstiti rientra nella sfera di applicazione della Direttiva n. 2000/78, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, qualora siffatta prestazione sia concessa nell'ambito di un regime previdenziale di categoria gestito da un ente di previdenza di una categoria particolare di lavoratori; e, qualora tale regime abbia origine in un contratto collettivo di lavoro mirante a costituire un supplemento alle prestazioni previdenziali dovute in forza della normativa nazionale di applicazione generale, sia finanziato esclusivamente dai lavoratori e dai datori di lavoro del settore considerato, a esclusione di qualsiasi intervento finanziario pubblico, e sia destinato, ai sensi del contratto collettivo, a detta categoria di lavoratori, e l'importo della prestazione di cui trattasi sia determinato in relazione alla durata di iscrizione al regime del lavoratore coniuge del beneficiario nonché all'importo di tutti i contributi versati dal detto lavoratore. Una prestazione del genere, di conseguenza, deve essere qualificata come retribuzione ai sensi dell'art. 141 Ce, e tale conclusione non è rimessa in discussione dalla qualità di ente pubblico del citato ente previdenziale né dal carattere obbligatorio dell'iscrizione al regime che dà diritto alla prestazione ai superstiti. (1)*

*Il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della Direttiva n. 2000/78, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, osta a una normativa in base alla quale, dopo il decesso del* partner *con il quale ha contratto un'unione solidale, il* partner *superstite non percepisce una prestazione ai superstiti equivalente a quella concessa a un coniuge superstite, mentre, nel diritto nazionale, l'unione solidale porrebbe le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda la detta prestazione ai superstiti. È compito del giudice* a quo *verificare se, nell'ambito di un'unione solidale, il* partner *superstite sia in una posi-*

*zione analoga a quella di un coniuge beneficiario della prestazione ai superstiti prevista dal regime previdenziale di categoria gestito dall'ente previdenziale di cui trattasi. (2)*

(*Omissis*)

*Causa principale e questioni pregiudiziali*

19. L'8 novembre 2001 il sig. Maruko ha costituito, in forza dell'art. 1 del *LPartG* nella sua versione iniziale, un'unione solidale con un costumista teatrale.

20. Quest'ultimo era iscritto alla *VddB* dal 1° settembre 1959 e ha continuato a versare i contributi a tale ente previdenziale a titolo volontario durante i periodi nel corso dei quali non vi è stato iscritto a titolo obbligatorio.

21. Il *partner* di unione solidale del sig. Maruko è deceduto il 12 gennaio 2005.

22. Con lettera datata 17 febbraio 2005 il sig. Maruko chiedeva il beneficio di una pensione di vedovo presso la *VddB*. Quest'ultima, con decisione 28 febbraio 2005, ha respinto la domanda in quanto il suo statuto non prevedeva tale beneficio per i *partner* di unione solidale superstiti.

23. Il sig. Maruko ha proposto ricorso dinanzi al giudice *a quo*. A suo avviso, il diniego opposto dalla *VddB* vìola il principio della parità di trattamento, in quanto il legislatore tedesco, a partire dal 1° gennaio 2005, ha attuato una tale parità tra l'unione solidale e il matrimonio, introducendo in particolare l'art. 46, n. 4, nel codice della previdenza sociale. Il fatto di non accordare a una persona, dopo il decesso del suo *partner* di unione solidale, il beneficio di prestazioni ai superstiti così come a un coniuge superstite costituirebbe una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale della detta persona. Secondo il sig. Maruko, i *partner* di unione solidale sono trattati in modo meno favorevole dei coniugi, mentre, al pari di questi ultimi, essi sono tenuti a prestarsi soccorso e assistenza, si impegnano reciprocamente a una comunione di vita e assumono responsabilità l'uno nei confronti dell'altro. Il regime patrimoniale dei *partner* di unione solidale sarebbe in Germania equivalente a quello dei coniugi.

24. Chiedendosi, in primo luogo, se il regime previdenziale gestito dalla *VddB* sia assimilabile a un regime statale di sicurezza sociale ai sensi dell'art. 3, n. 3, della Direttiva n. 2000/78, e se il detto regime si trovi al di fuori dell'ambito di applicazione della detta direttiva, il giudice *a quo* rileva che il fatto che l'iscrizione presso la *VddB* sia obbligatoria per legge e che nessuna concertazione relativa all'iscrizione di cui trattasi possa essere presa in considerazione in seno alle imprese teatrali depone a favore di tale assimilazione. Esso aggiunge tuttavia che, al di fuori dei periodi lavorati, il personale dei teatri ha la possibilità di continuare volontariamente a essere iscritto al regime pre-

videnziale controverso nella causa principale, che quest'ultimo è basato sul principio della capitalizzazione, che i contributi sono pagati per metà dalle imprese teatrali, da un lato, e dagli assicurati, dall'altro, e che la *VddB* gestisce e disciplina le sue attività autonomamente, senza l'intervento del legislatore federale.

25. Tenuto conto della struttura della *VddB* e dell'influenza decisiva esercitata dalle imprese teatrali e dagli assicurati sul suo funzionamento, il giudice *a quo* asserisce di essere incline a ritenere che detto ente previdenziale non gestisca un regime assimilabile a un regime statale di sicurezza sociale, ai sensi dell'art. 3, n. 3, della Direttiva n. 2000/78.

26. Il giudice *a quo* si chiede, in secondo luogo, se la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale possa essere considerata come una «retribuzione», ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. *c*, della Direttiva n. 2000/78, il che giustificherebbe un'applicazione di quest'ultima. Il giudice *a quo* asserisce che, in via di principio, alla luce della giurisprudenza della Corte le prestazioni ai superstiti rientrano nella sfera di applicazione di detta nozione di «retribuzione». A suo avviso, tale interpretazione non è inficiata dal fatto che la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale è versata non al lavoratore, bensì al suo coniuge superstite, poiché il diritto a tale prestazione costituisce un beneficio che trova la sua origine nell'iscrizione del lavoratore al regime previdenziale gestito dalla *VddB*, di modo che la detta prestazione è ottenuta dal coniuge superstite di quest'ultimo nel contesto del rapporto di lavoro tra il datore di lavoro e il detto lavoratore.

27. Il giudice *a quo* mira, in terzo luogo, a stabilire se il combinato disposto degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. *a*, della Direttiva n. 2000/78 osti alle disposizioni di uno statuto come quello della *VddB* in base alle quali, dopo il decesso del suo *partner* di unione solidale, una persona non percepisce prestazioni ai superstiti equivalenti a quelle offerte al coniuge superstite, mentre, così come le persone coniugate, i *partner* di unione solidale hanno vissuto in seno a una comunione fondata sull'assistenza e sull'aiuto reciproco, formalmente costituita per tutta la durata della vita.

28. Secondo il giudice *a quo*, qualora la presente causa rientri nella sfera di applicazione della Direttiva n. 2000/78 e sussista una discriminazione, il sig. Maruko potrebbe invocare le disposizioni di tale direttiva.

29. Il giudice *a quo* aggiunge che, contrariamente alle coppie eterosessuali che possono contrarre matrimonio ed eventualmente beneficiare di una prestazione ai superstiti, l'assicurato e il ricorrente nella causa principale non potevano in nessun caso, dato il loro orientamento sessuale, soddisfare la condizione di matrimonio cui il regime previdenziale gestito dalla *VddB* subordina detta prestazione. Orbene, secondo il giudice *a quo*, il combinato disposto degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. *a*, della Direttiva n. 2000/78 può ostare a

che disposizioni, come quelle dello Statuto della *VddB*, limitino il beneficio della detta prestazione ai coniugi superstiti.

30. Qualora il combinato disposto degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. *a*, della Direttiva n. 2000/78 osti alle disposizioni di uno statuto come quello della *VddB*, il giudice *a quo* si chiede, in quarto luogo, se una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale sia autorizzata, alla luce del ventiduesimo «Considerando» di tale direttiva.

31. Esso rileva che questo «Considerando» non è stato riprodotto nel testo della detta direttiva. Esso si chiede se il «Considerando» in questione sia tale da restringere la sfera di applicazione della Direttiva n. 2000/78. Il giudice *a quo* considera che, alla luce dell'importanza del principio comunitario della parità di trattamento, occorre non interpretare estensivamente i «Considerando» di tale direttiva. Esso chiede a questo proposito se, nella causa principale, il diniego della *VddB* di concedere una prestazione ai superstiti a una persona il cui *partner* di unione solidale è deceduto costituisca una discriminazione autorizzata benché fondata sull'orientamento sessuale.

32. In quinto luogo, il giudice *a quo* mira ad appurare se, in forza della sentenza 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber* (in *Racc.*, p. I-1889), il beneficio delle prestazioni ai superstiti sia limitato ai periodi successivi al 17 maggio 1990. Esso asserisce che le disposizioni nazionali controverse nella causa principale rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 141 Ce e che l'effetto diretto di tale articolo può essere invocato soltanto per le prestazioni dovute in base ai periodi lavorativi successivi al 17 maggio 1990. A questo proposito, esso cita la sentenza 28 settembre 1994, causa C-200/91, *Coloroll Pension Trustees* (in *Racc.*, p. I-4389).

33. In questo contesto, il *Bayerisches Verwaltungsgericht München* ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se un regime previdenziale obbligatorio di categoria – come nella fattispecie quello gestito dalla *VddB* – costituisca un regime assimilabile a un regime statale ai sensi dell'art. 3, n. 3, della Direttiva n. 2000/78 […].

2) Se costituiscano una retribuzione ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. *c*, della Direttiva n. 2000/78 […] le prestazioni ai superstiti in forma di assegno vedovile erogate da un ente previdenziale obbligatorio.

3) Se il combinato disposto degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. *a*, della Direttiva n. 2000/78 […] osti alle disposizioni dello statuto di un regime previdenziale integrativo del tipo di cui alla presente fattispecie, ai sensi delle quali il *partner* di unione solidale registrata non ha diritto a ricevere, alla morte del suo *partner*, alcuna prestazione ai superstiti analoga a quelle previste per i coniugi, malgrado il fatto che, come i coniugi, anche il *partner* di unione solidale

viva in una comunione fondata sull'assistenza e sull'aiuto reciproco, formalmente costituita per tutta la durata della vita.

4) In caso di soluzione affermativa della questione precedente, se sia lecita una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, alla luce del ventiduesimo "Considerando" della Direttiva n. 2000/78 […].

5) Se il beneficio delle prestazioni ai superstiti sia limitato ai periodi successivi al 17 maggio 1990 in base alla sentenza *Barber* [cit.]».

*Sulle questioni pregiudiziali*

*Sulla prima, sulla seconda e sulla quarta questione*

34. Con la prima, la seconda e la quarta questione, che vanno risolte congiuntamente, il giudice *a quo* chiede, in sostanza, se una prestazione ai superstiti concessa nell'ambito di un regime previdenziale di categoria come quello gestito dalla *VddB* rientri nella sfera di applicazione della Direttiva n. 2000/78.

*Osservazioni presentate alla Corte*

35. Per quanto riguarda la prima e la seconda delle questioni sollevate, la *VddB* considera che il regime da essa gestito è un regime legale di previdenza sociale e che la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale non può essere considerata come una «retribuzione» ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. *c*, della Direttiva n. 2000/78. Tale prestazione esulerebbe quindi dalla sfera di applicazione della detta direttiva.

36. A sostegno di tale tesi, la *VddB* sottolinea, in particolare, che essa è un ente di Diritto pubblico facente parte dell'amministrazione federale e che il regime previdenziale controverso nella causa principale è un regime obbligatorio, fondato sulla legge. Essa aggiunge che il contratto collettivo ha valore di legge ed è stato integrato, con lo Statuto della *VddB*, nel Trattato di unificazione del 31 agosto 1990 e che l'obbligo di iscrizione vale per categorie di lavoratori definite in modo generale. La prestazione ai superstiti controversa nella causa principale sarebbe legata non direttamente a un impiego determinato, ma a considerazioni generali di ordine sociale. Essa non dipenderebbe direttamente dai periodi lavorativi compiuti e il suo importo non sarebbe calcolato in relazione all'ultima retribuzione.

37. La Commissione considera, per contro, che la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale rientra nella sfera di applicazione della Direttiva n. 2000/78 in quanto è concessa in base al rapporto di lavoro instaurato tra una persona e il suo datore di lavoro, rapporto da cui discende l'iscrizione obbligatoria del lavoratore presso la *VddB*. L'importo della detta prestazione sarebbe determinato in relazione alla durata del rapporto di assicurazione e ai contributi versati.

38. Per quanto riguarda la quarta questione sollevata, tanto il sig. Maruko quanto la Commissione sottolineano che il ventiduesimo «Considerando» della Direttiva n. 2000/78 non è riprodotto in nessuno degli articoli di tale direttiva. Secondo il sig. Maruko, se il legislatore comunitario avesse voluto sottrarre alla sfera di applicazione della detta direttiva tutte le prestazioni legate allo stato civile, la formulazione di detto «Considerando» sarebbe stata oggetto di un'apposita disposizione nel testo della detta direttiva. Secondo la Commissione, lo stesso «Considerando» riflette soltanto la mancanza di competenza dell'Unione europea in materia di stato civile.

39. La *VddB* e il governo del Regno Unito considerano, in particolare, che il ventiduesimo «Considerando» della Direttiva n. 2000/78 contiene un'esclusione chiara e generale e che esso fissa la sfera di applicazione di tale direttiva. Quest'ultima non si applicherebbe alle disposizioni del diritto nazionale relative allo stato civile né alle prestazioni che ne derivano, il che varrebbe per la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale.

*Risposta della Corte*

40. Dall'art. 3, nn. 1, lett. *c*, e 3, della Direttiva n. 2000/78 risulta che quest'ultima si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico sia del settore privato, compresi gli enti pubblici, per quanto concerne, in particolare, le condizioni di retribuzione, e che essa non si applica ai pagamenti di qualsiasi genere effettuati dai regimi statali o da regimi assimilabili, ivi inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale.

41. La sfera di applicazione della Direttiva n. 2000/78 deve intendersi, alla luce di dette disposizioni in combinato disposto con il tredicesimo «Considerando» della stessa direttiva, nel senso che non si estende ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni non siano assimilate a una retribuzione, nell'accezione data a tale termine ai fini dell'applicazione dell'art. 141 Ce, e nemmeno ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dallo Stato allo scopo di dare accesso al lavoro o di salvaguardare posti di lavoro.

42. Occorre pertanto stabilire se una prestazione ai superstiti concessa in base a un regime previdenziale di categoria come quello gestito dalla *VddB* possa essere assimilata a una «retribuzione» ai sensi dell'art. 141 Ce.

43. Tale articolo stabilisce che per retribuzione debbono intendersi il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

44. Come la Corte ha già affermato (v. sentenze 6 ottobre 1993, causa C-109/91, *Ten Oever*, in *Racc.*, p. I-4879, punto 8, e 28 settembre 1994, causa C-7/93, *Beune*, in *Racc.*, p. I-4471, punto 21), la circostanza che ta-

lune prestazioni siano corrisposte dopo la cessazione del rapporto di lavoro non esclude che esse possano avere carattere di «retribuzione» ai sensi dell'art. 141 Ce.

45. La Corte ha così riconosciuto che una pensione superstiti prevista da un regime pensionistico di categoria, creata con contratto collettivo, rientra nella sfera di applicazione di detto articolo. Essa ha precisato al riguardo che la circostanza che la suddetta pensione, per definizione, sia corrisposta non al lavoratore, ma al suo coniuge superstite, non è tale da infirmare questa interpretazione, in quanto tale prestazione è un vantaggio che trae origine dall'iscrizione al regime del coniuge del superstite, di modo che la pensione spetta a quest'ultimo nell'ambito del rapporto di lavoro tra il datore di lavoro e il suddetto coniuge e gli è corrisposta in conseguenza dell'attività lavorativa svolta da questo (v. sentenze *Ten Oever*, cit., punti 12 e 13; *Coloroll Pension Trustees*, cit., punto 18; 17 aprile 1997, causa C-147/95, *Evrenopoulos*, in *Racc.*, p. I-2057, punto 22, e 9 ottobre 2001, causa C-379/99, *Menauer*, in *Racc.*, p. I-7275, punto 18).

46. Peraltro, per valutare se una pensione di vecchiaia, in base alla quale è calcolata se del caso la prestazione ai superstiti come nella causa principale, rientri nella sfera di applicazione dell'art. 141 Ce, la Corte ha precisato che, fra i criteri da essa adottati a seconda delle situazioni di cui è stata investita per qualificare un regime pensionistico, soltanto il criterio relativo alla constatazione che la pensione di vecchiaia è corrisposta al lavoratore in ragione del rapporto di lavoro che lo lega al suo *ex* datore di lavoro, vale a dire il criterio dell'impiego, desunto dalla lettera stessa del detto articolo, può avere carattere determinante (v., in tal senso, sentenze *Beune*, cit., punto 43; *Evrenopoulos*, cit., punto 19; 29 novembre 2001, causa C-366/99, *Griesmar*, in *Racc.*, p. I-9383, punto 28; 12 settembre 2002, causa C-351/00, *Niemi*, in *Racc.*, p. I-7007, punti 44 e 45, nonché 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*, in *Racc.*, p. I-12575, punto 56).

47. È vero che a tale criterio non si può attribuire carattere esclusivo, dato che le pensioni corrisposte dai regimi legali previdenziali possono, in tutto o in parte, tener conto della retribuzione dell'attività lavorativa (citate sentenze *Beune*, punto 44; *Evrenopoulos*, punto 20; *Griesmar*, punto 29; *Niemi*, punto 46, nonché *Schönheit e Becker*, punto 57).

48. Tuttavia, le considerazioni di politica sociale, di organizzazione dello Stato, di etica, o anche le preoccupazioni di bilancio che hanno avuto o hanno potuto avere un ruolo nella determinazione di un regime da parte del legislatore nazionale, non possono considerarsi prevalenti se la pensione interessa soltanto una categoria particolare di lavoratori, se è direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati e se il suo importo è cal-

colato in base all'ultima retribuzione (citate sentenze *Beune*, punto 45; *Evrenopoulos*, punto 21; *Griesmar*, punto 30; *Niemi*, punto 47, nonché *Schönheit e Becker*, punto 58).

49. Per quanto attiene al regime obbligatorio previdenziale di categoria gestito dalla *VddB*, si deve rilevare, in primo luogo, che esso trova la sua fonte in un contratto collettivo di lavoro, mirante, secondo gli elementi forniti dal giudice *a quo*, a costituire un supplemento alle prestazioni previdenziali dovute in forza della normativa nazionale di applicazione generale.

50. In secondo luogo, è pacifico che il detto regime è finanziato esclusivamente dai lavoratori e dai datori di lavoro del settore considerato, con esclusione di qualsiasi intervento finanziario pubblico.

51. In terzo luogo, dal fascicolo risulta che lo stesso regime è destinato, ai sensi dell'art. 1 del contratto collettivo, al personale artistico occupato in uno dei teatri eserciti in Germania.

52. Come l'Avvocato Generale ha rilevato al paragrafo 70 delle sue conclusioni, perché il diritto alla prestazione ai superstiti sia riconosciuto, si richiede che il coniuge del beneficiario di tale prestazione sia stato iscritto alla *VddB* prima del suo decesso. Tale iscrizione concerne obbligatoriamente il personale artistico dipendente dai teatri tedeschi. Essa riguarda anche un certo numero di persone che decidono di iscriversi volontariamente al *VddB*, iscrizione possibile qualora le persone di cui trattasi possano provare di essere state in precedenza, per un certo numero di mesi, dipendenti da un teatro tedesco.

53. I detti iscritti a titolo obbligatorio e a titolo volontario formano quindi una categoria particolare di lavoratori.

54. Peraltro, quanto al criterio secondo il quale la pensione deve essere direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati, occorre rilevare che, ai sensi dell'art. 30, n. 5, dello Statuto della *VddB*, l'importo della pensione di vecchiaia sulla base della quale è calcolata la prestazione ai superstiti è determinato in relazione alla durata dell'iscrizione del lavoratore, soluzione questa che è una logica conseguenza della struttura del regime previdenziale di categoria di cui trattasi che comprende due tipi di iscrizione, come è stato sottolineato ai punti 52 e 53 della presente sentenza.

55. Per quanto concerne del pari l'importo della stessa pensione di vecchiaia, esso non è fissato dalla legge, ma, in applicazione dell'art. 30, n. 5, dello Statuto della *VddB*, è calcolato sulla base dell'importo di tutti i contributi versati durante tutto il periodo di iscrizione dal lavoratore e ai quali si applica un fattore di rivalutazione.

56. Ne consegue – come l'Avvocato Generale ha rilevato al paragrafo 72 delle sue conclusioni – che la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale dipende dal rapporto di lavoro del *partner* di unione solidale

del sig. Maruko e che essa, di conseguenza, deve essere qualificata come «retribuzione» ai sensi dell'art. 141 Ce.

57. Tale conclusione non è rimessa in discussione dalla qualità di ente pubblico della *VddB* (v., in tal senso, sentenza *Evrenopoulos*, cit., punti 16 e 23), né dal carattere obbligatorio dell'iscrizione al regime che dà diritto alla prestazione ai superstiti controversa nella causa principale (v., in tal senso, sentenza 25 maggio 2000, causa C-50/99, *Podesta*, in *Racc.*, p. I-4039, punto 32).

58. Per quanto concerne la portata del ventiduesimo «Considerando» della Direttiva n. 2000/78, in esso si afferma che la detta direttiva lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano.

59. È vero che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri e il Diritto comunitario non pregiudica tale competenza. Tuttavia, occorre ricordare che gli Stati membri, nell'esercizio di detta competenza, devono rispettare il Diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione (v., per analogia, sentenze 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*, in *Racc.*, p. I-4325, punto 92, e 19 aprile 2007, causa C-444/05, *Stamatelaki*, in *Racc.*, p. I-3185, punto 23).

60. Poiché una prestazione ai superstiti come quella controversa nella causa principale è stata qualificata come «retribuzione» ai sensi dell'art. 141 Ce e rientra nella sfera di applicazione della Direttiva n. 2000/78, per i motivi esposti ai punti 49-57 della presente sentenza il ventiduesimo «Considerando» della Direttiva n. 2000/78 non può essere tale da rimettere in discussione l'applicazione di detta direttiva.

61. Di conseguenza, la prima, la seconda e la quarta questione devono essere risolte nel senso che una prestazione ai superstiti concessa nell'ambito di un regime previdenziale di categoria come quello gestito dalla *VddB* rientra nella sfera d'applicazione della Direttiva n. 2000/78.

*Sulla terza questione*

62. Con la terza questione, il giudice *a quo* chiede se il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della Direttiva n. 2000/78 osti a una normativa come quella controversa nella causa principale in base alla quale, dopo il decesso del suo *partner* di unione solidale, il *partner* superstite non percepisce una prestazione ai superstiti equivalente a quella concessa a un coniuge superstite, mentre, al pari dei coniugi, i *partner* di unione solidale sono vissuti in seno a una comunione fondata sull'assistenza e sull'aiuto reciproco, formalmente costituita per tutta la durata della vita.

*Osservazioni presentate alla Corte*

63. Il sig. Maruko e la Commissione sostengono che il diniego di concedere la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale ai *partner* di unione solidale superstiti costituisce una discriminazione indiretta ai sensi della Direttiva n. 2000/78, in quanto due persone dello stesso sesso non possono contrarre matrimonio in Germania e, pertanto, non possono beneficiare di detta prestazione il cui beneficio è riservato ai coniugi superstiti. A loro avviso, i coniugi e i *partner* di unione solidale si trovano in una situazione di diritto analoga che giustifica la concessione della detta prestazione ai *partner* superstiti.

64. Secondo la *VddB*, non vi è alcun obbligo di carattere costituzionale di trattare in modo identico, dal punto di vista del Diritto del lavoro o della previdenza sociale, il matrimonio e l'unione solidale. Quest'ultima costituirebbe un istituto *sui generis* e un nuovo stato delle persone. Non sarebbe possibile dedurre dalla normativa tedesca un qualsivoglia obbligo di parità di trattamento dei *partner* di unione solidale e dei coniugi.

*Risposta della Corte*

65. Ai sensi del suo art. 1, la Direttiva n. 2000/78 mira a contrastare, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, alcuni tipi di discriminazioni, tra le quali figura quella fondata sull'orientamento sessuale, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

66. Ai termini dell'art. 2 della detta Direttiva, si intende per «principio della parità di trattamento» l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'art. 1 della stessa Direttiva. Ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. *a*, della Direttiva n. 2000/78 sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'art. 1 di tale direttiva, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. Il n. 2, lett. *b*, *sub* i), dello stesso art. 2 dispone che sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare *handicap*, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

67. Dalle informazioni contenute nella decisione di rinvio risulta che, a partire dal 2001, anno di entrata in vigore del *LPartG*, nella sua versione i-

niziale, la Repubblica federale di Germania ha adeguato il suo ordinamento giuridico per consentire alle persone dello stesso sesso di vivere in seno a una comunione fondata sull'assistenza e sull'aiuto reciproco, formalmente costituita per tutta la durata della vita. Avendo scelto di non consentire a tali persone il matrimonio, che è rimasto riservato alle sole persone di sesso diverso, il detto Stato membro ha istituito per le persone dello stesso sesso un regime distinto, l'unione solidale, le cui condizioni sono state progressivamente equiparate a quelle applicabili al matrimonio.

68. Il giudice *a quo* rileva al riguardo che la legge 15 dicembre 2004 ha contribuito al ravvicinamento progressivo del regime istituito per l'unione solidale a quello applicabile al matrimonio. Con questa legge il legislatore tedesco ha apportato modifiche al libro VI del codice della previdenza sociale – Regime legale di assicurazione vecchiaia –, aggiungendo in particolare un paragrafo 4 all'art. 46 figurante nel detto libro, dal quale risulta che l'unione solidale è equiparata al matrimonio per quanto concerne la pensione di vedova o di vedovo di cui a tale disposizione. Modifiche analoghe sono state apportate ad altre disposizioni dello stesso libro VI.

69. Il giudice *a quo* ritiene che, tenuto conto di tale ravvicinamento tra matrimonio e unione solidale, che esso considera come un'equiparazione progressiva e che risulta, a suo avviso, dal regime stabilito dal *LPartG*, in particolare dalle modifiche intervenute con la legge 15 dicembre 2004, l'unione solidale, senza essere identica al matrimonio, ponga le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto concerne la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale.

70. Orbene, esso constata che il beneficio di tale prestazione ai superstiti è limitato, in base alle disposizioni dello Statuto della *VddB*, ai soli coniugi superstiti ed è negato ai *partner* di unione solidale superstiti.

71. In questo caso, tali *partner* di unione solidale si vedono quindi trattati in modo meno favorevole rispetto ai coniugi superstiti per quanto riguarda il beneficio della detta prestazione ai superstiti.

72. Ammesso che il giudice *a quo* decida che i coniugi superstiti e i *partner* di unione solidale superstiti siano in una posizione analoga per quanto concerne questa stessa prestazione ai superstiti, una normativa come quella controversa nella causa principale deve di conseguenza essere considerata costitutiva di una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale, ai sensi degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. *a*, della Direttiva n. 2000/78.

73. Da quanto precede risulta che la terza questione dev'essere risolta nel senso che il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della Direttiva n. 2000/78 osta a una normativa come quella controversa nella causa principale in base alla quale, dopo il decesso del suo *partner* con il quale ha contratto un'unione solidale, il *partner* superstite non percepisce una prestazione ai superstiti

equivalente a quella concessa a un coniuge superstite, mentre, nel diritto nazionale, l'unione solidale porrebbe le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda la detta prestazione ai superstiti. È compito del giudice *a quo* verificare se il *partner* di unione solidale superstite sia in una posizione analoga a quella di un coniuge beneficiario della prestazione ai superstiti prevista dal regime previdenziale di categoria gestito dalla *VddB*.

(*Omissis*)

## (1-2) UNIONE SOLIDALE REGISTRATA FRA PERSONE OMOSESSUALI E PENSIONE SUPERSTITI: IL CASO *TADAO MARUKO* DINANZI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

1. — *Il caso* — Il caso affrontato dalla Corte di Lussemburgo non appare affatto semplice. Nelle cinque articolate questioni pregiudiziali rinviate il 20 giugno 2006, il giudice tedesco chiede alla Corte di definire se violi la Direttiva n. 2000/78 il diniego dell'ente di previdenza dei lavoratori dei teatri tedeschi di riconoscere al sig. Tadao Maruko la pensione di vedovo a titolo delle prestazioni ai superstiti previste dal regime previdenziale obbligatorio di categoria al quale era iscritto il suo *partner*, deceduto, con il quale aveva contratto un'unione stabile registrata. Tale diniego concretizza una discriminazione (diretta o indiretta) fondata sull'orientamento sessuale vietata dalla Direttiva n. 2000/78?

La Corte emette una sentenza che si può qualificare come innovativa nel senso che supera il precedente [Si rinvia a L. Calafà, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, 2007, Giuffrè, Milano, p. 171]. Per l'esatta comprensione dell'intera questione non pare potersi prescindere da un esercizio di ricostruzione del contesto giurisprudenziale comunitario in materia di orientamento sessuale. E questo esercizio complica, non alleggerisce, la comprensione del caso C-267/06, che appare come un tassello di una realtà giudiziaria articolata, consolidatasi in quasi quindici anni di pronunce della Corte di Giustizia Ce sul punto.

2. — *Il pregresso* — Quello della discriminazione fondata sull'identità di genere e/o sessuale appare come uno dei punti di vista privilegiati dai quali osservare gli «alti» e i «bassi» di una giurisprudenza comunitaria che – non troppo casualmente – alterna innovazione a estrema cautela nel risolvere i casi che le vengono sottoposti. In uno dei suoi ultimi scritti, G. F. Mancini concluse una disamina delle nuove frontiere dell'eguaglianza fra i sessi nel Diritto comunitario con l'affermazione che se, da una parte, «le Corti non possono essere ritenute le sole responsabili del compito di produrre i mutamenti, economici, sociali e culturali che la ricerca di un'eguaglianza densa di significato impone», dall'altra, «non possono nemmeno ignorare le voci della società civile, siano stentoree o appena percepibili, ostili o amichevoli, che le esortano a fare di più o a ragionare in modo diverso in linea con la loro giurisprudenza e lo spirito delle leggi che applicano, né possono venir meno al loro dovere di restare al passo con realtà so-

ciali che si evolvono» (G. F. Mancini, *Le nuove frontiere dell'eguaglianza fra i sessi nel Diritto comunitario*, in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 247, che riproduce lo scritto *The News Frontiers of EU Sex Equality Law*, in *European Law Review*, XXIV, 1999, p. 331).

Il caso *Maruko*, che si commenta, conferma pienamente questo assunto. Si tratta della più recente sentenza emessa dalla Corte di Giustizia Ce sullo specifico tema; la prima e, per il momento, unica sentenza direttamente fondata sul divieto di discriminazione per orientamento sessuale regolato dalla Direttiva n. 2000/78. Questa, come le precedenti a partire dal caso *P./S. e Cornwall County Council* del 1996, non possono non apparire complessivamente come il tentativo di riprendere da una diversa prospettiva «[l']erto cammino, tutto in salita, verso una maggiore eguaglianza con cui questi soggetti devono confrontarsi» (G. F. Mancini, *Le nuove frontiere*, cit., p. 236. Per un primo commento alla sentenza si rinvia a L. Calafà, A. Rivara, *La sentenza P.: una nuova frontiera dell'uguaglianza?*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 579).

La sentenza *P./S.*, ancora oggi, rimane centrale nella ricostruzione del percorso giurisprudenziale in materia di discriminazioni (non solo) sull'orientamento sessuale: prima della pronuncia non pare rintracciabile nessuna questione giuridica degna di nota relativa al tema del sesso (o genere) visto e vagliato nella logica della relazione omosessuale, lesbica, bisessuale o transessuale; il sesso (o genere) è visto e valutato solo nella tranquilla dimensione della identità di genere uomo-donna, e dei diritti che ne conseguono, che appare decisamente lontana dai temi dell'identità sessuale delle persone. Il caso *P./S.* può essere considerato, quindi, il punto di avvio dell'intera vicenda della definizione giurisprudenziale dell'identità di genere e/o sessuale delle persone; la Direttiva n. 2006/54 ne rappresenta – per converso – il punto di arrivo di natura legislativa, fortemente condizionato dalla pregressa esperienza giudiziale; il Considerando n. 3 della Direttiva stessa recita: «La Corte di Giustizia ha ritenuto che il campo di applicazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne non possa essere limitato al divieto delle discriminazioni basate sul fatto che una persona appartenga all'uno o all'altro sesso. Tale principio, considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare, si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso».

Più difficile appare, invece, ricostruire l'intero portato della giurisprudenza successiva (da *Grant* a *Richards*), la ricostruzione del quale è condizione necessaria per l'esatta comprensione del caso *Maruko*. Appare utile, al riguardo, rileggere sinteticamente le sentenze citate evidenziando il nodo tecnico-giuridico che collega le diverse pronunce e che emerge, più o meno platealmente, in ogni motivazione pubblicata.

Il nodo teorico emerso a partire dal caso *P./S.* ci pare quello dell'indifferenza delle questioni prospettate rispetto al sesso delle persone coinvolte (uomo-donna), che si rispecchia nel parallelo ridimensionamento dell'importanza della comparazione nell'ambito del giudizio antidiscriminatorio e che rinvia a una questione generale di tal portata che ancora appassiona la dottrina, non solo giuslavoristica: per la prima volta, dietro il riduttivo tema del campo di applicazione soggettivo della Direttiva n. 76/207, nel 1996 si iniziava a discutere di portata generale del principio d'eguaglianza da una prospettiva diversa, non tradizionale. Con *P./S.* si è cominciato ad affrontare le «altre» differenze, relazionando eguaglianza con tutela della dignità. Se nel caso specifico la Corte conferma la Direttiva n. 76/207 come un pilastro del principio di uguaglianza,

uno dei princìpi fondamentali del Diritto comunitario, apre un primo possibile varco a una sua generale estensione a tutte le forme di discriminazione «basate sul sesso» che si affretta a chiudere con la successiva sentenza *Grant* del 17 febbraio 1998. Ma questa chiusura è più apparente che reale, come dimostra l'attuale punto di arrivo raggiunto con *Maruko*: il principio generale della parità di trattamento tende inesorabilmente ad affermarsi [Si rinvia ai contributi contenuti nei volumi: M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007; L. Calafà, D. Gottardi (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009, in corso di pubblicazione]. Se in *Grant* la Corte ha evitato di compiere un passo ulteriore nei confronti della parificazione discriminazione fondata sull'orientamento sessuale/discriminazione fondata sul sesso, con l'approvazione della Direttiva n. 2000/78 la discriminazione subita dalla sig.ra *Grant* è da considerarsi vietata, ma la vicenda giuridica non può certo considerarsi conclusa.

Al fine di creare il filo conduttore con le cause successive appare utile ricordare che dalla sentenza *Grant* emerge un'ulteriore questione collegata alla parità di trattamento: le coppie conviventi dello stesso sesso vengono trattate in maniera deteriore (non godono del beneficio del rimborso dei biglietti del treno per i dipendenti e i familiari) rispetto alle coppie conviventi di sesso diverso (che invece godono del beneficio del rimborso dei biglietti del treno). È questo il collegamento problematico con il successivo caso *D. e Regno di Svezia*, che appare necessario ricostruire segnalando le specificità del giudizio di comparazione che la Corte cerca di impostare (*D. e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione europea*, C-122/99 P e C-125/99 P, sentenza 31 maggio 2001). Si tratta di una richiesta di annullamento della decisione del Tribunale di primo grado volta a confermare il diniego del Consiglio di corrispondere a *D.* (dipendente svedese del Consiglio) un assegno di famiglia, riconosciuto dal regolamento ai dipendenti coniugati, vedovi, divorziati, separati legalmente o celibi, con figli a carico (cui occorre aggiungere anche una decisione speciale e motivata nei confronti di chi assuma realmente oneri di famiglia). La questione precisa risulta essere la seguente: la mancata equiparazione al matrimonio di un'unione stabile registrata in uno Stato membro dell'Unione costituisce una violazione della parità di trattamento e una discriminazione basata sull'orientamento sessuale? *D.* sostiene di essere discriminato nei confronti dei colleghi coniugati che hanno diritto all'assegno di famiglia. Ciò che la Corte afferma è, in estrema sintesi, che il principio di parità di trattamento può applicarsi solo a persone che si trovano in situazioni analoghe, e la situazione di *D.* con un'unione stabile registrata non è analoga a quella di un dipendente coniugato. L'estrema eterogeneità normativa e la mancanza di una generale equiparazione delle diverse unioni con il matrimonio rendono le due situazioni non comparabili.

In ultima istanza, il comportamento di un datore di lavoro non è considerato direttamente discriminatorio quando si limita a rinviare allo stato civile del dipendente così come definito dalla legislazione nazionale applicabile, non potendo lo stesso influire sulle regole che lo governano; un comportamento diventa direttamente discriminatorio quando il datore di lavoro può scegliere e sceglie di trattare in modo diverso situazioni analoghe (esclusione dei benefici ai conviventi di sesso uguale che vengono accordati ai conviventi di sesso diverso). Se nel caso *D. e Regno di Svezia* il lavoratore che si ritiene discriminato per non aver accesso agli assegni di famiglia è parte di una coppia dello stesso sesso convivente in base a un'unione stabile registrata in Svezia,

nel caso *K. B.* la coppia che convive è formata da due persone (almeno formalmente) dello stesso sesso, una delle quali ha però subìto un'operazione di ridefinizione dello stesso. In particolare, il beneficio di cui si discute e dal quale risultano esclusi è la pensione di reversibilità. La Corte individua una disparità di trattamento relativa non al godimento di un diritto tutelato dall'ordinamento comunitario, ma relativa a una delle condizioni per la sua concessione. La disparità riguarda non il riconoscimento della pensione di reversibilità in sé e per sé, ma una condizione preliminare indispensabile alla concessione di questa, ossia la capacità di contrarre matrimonio (Sentenza *K. B.*, punto 30).

Come si è anticipato, la ricerca non è semplice, dato che la Corte in *K. B.* non approfondisce i termini della questione discriminatoria; una volta esclusa la ricorrenza di una discriminazione diretta basata sull'orientamento sessuale del lavoratore, la dottrina si è soffermata sul tentativo di configurare una discriminazione indiretta ai sensi della Direttiva n. 2000/78 (anche se non applicabile al caso concreto, ma con una forzatura calibrata sul fine precipuo di sviluppare un'argomentazione che a questa direttiva sia riconducibile anche *pro* futuro). L'impossibilità di contrarre matrimonio per le coppie dello stesso sesso può rappresentare un requisito solo apparentemente neutro, ma in grado di mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone di una particolare tendenza sessuale rispetto alle persone eterosessuali?

Argomentando dal punto 31 della sentenza *K. B.*, la Corte pare costruire un confronto tra il trattamento riservato alle coppie eterosessuali, in cui l'identità di nessuno dei due componenti deriva da un'operazione di cambiamento di sesso (che possono contrarre matrimonio), e le coppie in cui l'identità di uno dei componenti deriva da una modificazione del sesso (come *K. B.* e *R.*), che non è assolutamente in grado di soddisfare la condizione del matrimonio.

La vera novità della sentenza *K. B.* non si limita, come segnalato dalla dottrina italiana, *solo* alla valutazione di un requisito necessario per ottenere un diritto previsto dal Trattato come discriminatorio (la capacità di contrarre matrimonio: il requisito; la pensione di reversibilità: il diritto previsto dal Trattato), ma si estende *anche* a un ulteriore implicito riconoscimento: la Corte consente l'attribuzione di particolari benefici correlati al matrimonio a persone dello stesso sesso che non possono contrarlo (al momento), anche prima che l'ordinamento interno (in questo caso quello della Gran Bretagna) si sia adeguato alla sentenza *Goodwin*.

La domanda non risposta si è riproposta nel caso *Maruko*. La Direttiva n. 2000/78 consente o impedisce a un datore di lavoro di erogare benefici ai coniugi (di sesso diverso) dei lavoratori e di escludere dagli stessi benefici i *partner* conviventi dello stesso sesso? Può configurarsi, in buona sostanza, una discriminazione indiretta fondata sull'incapacità di contrarre matrimonio tra le persone dello stesso sesso? L'impossibilità di contrarre matrimonio per le coppie dello stesso sesso può rappresentare un requisito solo apparentemente neutro, ma in grado di mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone di una particolare tendenza sessuale rispetto alle persone eterosessuali? È questo il limite esterno della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo o l'eredità giacente della stessa: il trattamento delle coppie omosessuali in cui nessuno dei due componenti è sottoposto a riassegnazione del genere (e che non possono, quindi, né sposarsi – salvo specifiche eccezioni – né veder riconosciuti diritti peculiari anche laddove la loro unione sia stabile e registrata in ba-

se alle regole vigenti nei diversi ordinamenti statali). Alla completezza di un simile percorso manca un ulteriore tassello, collegato a una domanda cui si tenterà di rispondere in questa sede: ci si può chiedere se in un (ulteriore) «caso futuro relativo a una coppia formata da persone dello stesso sesso, di cui nessuno dei *partner* sia stato sottoposto a riassegnazione di genere, può immaginarsi che la Corte di Giustizia europea applicherà il principio elaborato in *K. B.* (e prevedere un'esenzione dal requisito di contrarre matrimonio)», ciò che ha evitato accuratamente di fare in *Grant* e *D. e Regno di Svezia*, con uno strumentario normativo che non comprendeva l'utilizzabilità della Direttiva n. 2000/78.

La questione (tutt'altro che retorica) rinvia all'identificazione del confine esterno dell'utilizzabilità limitata della Direttiva n. 2000/78 e sarà particolarmente utile nel momento in cui si passerà a vagliare il risultato del processo di trasposizione della stessa nell'ordinamento nazionale. Per spiegare che cosa s'intende per «utilizzabilità limitata della direttiva» ci pare utile ricordare il Considerando n. 22 della stessa, che «lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano»; quello stesso Considerando che, in Italia, è diventato parte integrante del testo del d.lgs. n. 216/2003 (Art. 3, comma 2, lett. *d*).

Non rileva ai fini del presente commento il caso *Richards/Secretary of State for Work and Pensions* (Corte di Giustizia Ce, 27 aprile 2006, causa C-423/04), che per esigenze di completezza pare necessario solo segnalare. In effetti, il caso è relativo all'età del pensionamento di una lavoratrice donna (il cui sesso è stato trasformato chirurgicamente, ma che risulta iscritta all'atto di nascita come uomo) alla quale viene rifiutata la pensione causa il mancato raggiungimento dei 65 anni previsti per gli uomini (contro i 60 anni per le donne). Nella causa non si discute della competenza, lasciata agli Stati membri, di determinare una diversa età di pensionamento sulla base del sesso dell'interessato, ma della disparità di trattamento dovuta all'impossibilità per la ricorrente di vedersi riconoscere il nuovo sesso da essa acquisito a seguito di intervento chirurgico.

3. — *Le questioni risolte* — Nel caso *Maruko* si trattano due questioni di carattere generale o *macro*-questioni: il campo di applicazione della Direttiva n. 2000/78 (Anche attraverso la comprensione della portata del famoso Considerando n. 22: «La presente direttiva lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano») e la natura di discriminazione diretta o indiretta che colpisce le coppie omosessuali se legate a un'unione formalizzata diversa dal matrimonio (nell'impossibilità di contrarre il matrimonio). Queste si vedono negare un determinato diritto previsto dall'ordinamento giuridico nazionale: nel caso di specie, la pensione per i superstiti riconosciuta per i coniugi ma esclusa dall'ente previdenziale per i *partner* dell'unione solidale, nonostante l'art. 46 del codice della previdenza sociale tedesco disponga che le «vedove e i vedovi non risposati hanno diritto, dopo il decesso del coniuge assicurato, a una piccola pensione di vedova o di vedovo, a condizione che il coniuge assicurato abbia maturato la durata minima di assicurazione generalmente richiesta. […] per la determinazione del diritto a una pensione di vedova o vedovo, la celebrazione di un'unione solidale, è equiparata alla celebrazione del matrimonio».

La Corte interviene in questo contesto di mancata parificazione dei trattamenti, dopo aver considerato ricompreso nel campo di applicazione della Direttiva n.

2000/78 il regime previdenziale di categoria: non è equiparabile a un regime statale di sicurezza sociale (escluso dal campo di applicazione della Direttiva n. 2000/78) dato che il regime pensionistico di categoria creato con il contratto collettivo è assimilato a retribuzione *ex* art. 141 Trattato. La Corte in particolare precisa quali sono i tre elementi utili e necessari a distinguere un regime previdenziale compreso da quello escluso: la fonte di regolazione (il contratto collettivo), il finanziamento (l'esclusione dello Stato), l'iscrizione volontaria che affianca quella obbligatoria al regime previdenziale (Punti da 45 a 56 in diritto).

Nei punti 59 e 60, la Corte precisa la portata del Considerando n. 22. L'importanza dell'argomento merita di essere trattata mediante riproduzione delle parole usate dai giudici: «È vero che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri e il Diritto comunitario non pregiudica tale competenza. Tuttavia, occorre ricordare che gli Stati membri, nell'esercizio di detta competenza, devono rispettare il Diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione. Poiché una prestazione come quella controversa nella causa principale è stata qualificata come "retribuzione" ai sensi dell'art. 141 TCe e rientra nella sfera di applicazione della Direttiva n. 2000/78, per i motivi esposti […] il ventiduesimo "Considerando" della Direttiva n. 2000/78 non può essere tale da rimettere in discussione l'applicazione di detta direttiva».

Dopo aver ridimensionato la portata del Considerando (su sollecitazione precisa dell'Avvocato Generale nelle conclusioni presentate il 6 settembre 2007), la Corte passa a trattare la questione della natura della discriminazione di cui sono eventualmente vittime i *partner* (omosessuali) di un'unione solidale rispetto alle persone (di sesso diverso) che hanno contratto matrimonio. In Germania il matrimonio continua a essere riservato agli eterosessuali. Le coppie omosessuali hanno, quindi, un regime distinto, anche se ravvicinato, a quello del matrimonio in un'ottica di *equiparazione progressiva*. Come scritto nei punti da 70 a 73, nel caso della pensione per i superstiti, i *partner* di un'unione stabile «si vedono trattati in modo meno favorevole rispetto ai coniugi superstiti», e, «ammesso che il giudice *a quo* decida che i coniugi superstiti e i *partner* di un'unione solidale superstiti siano in una posizione analoga per quanto concerne la stessa prestazione ai superstiti, una normativa come quella controversa nella causa principale deve di conseguenza essere considerata costitutiva di una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale» (punto 72).

Se l'Avvocato Generale aveva concluso che si trattava di una discriminazione indiretta, sulla base della considerazione che il rifiuto della prestazione per i superstiti si basa sulla mancanza del requisito dell'aver contratto il matrimonio (Punto 96), la Corte qualifica la discriminazione come diretta (Si suppone, interpretando le parole dell'Avvocato Generale contenute sempre nel punto 96 delle Conclusioni) perché il rifiuto della prestazione si fonda direttamente sull'orientamento sessuale dell'interessato.

La Corte non approfondisce questo passaggio e, a parere della dottrina, non a caso. Come è stato accuratamente spiegato (M. Bonini Baraldi, *La pensione di reversibilità al convivente dello stesso sesso: prima applicazione della direttiva 2000/78/Ce in materia di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2008, 7, pp. 663-664), la Corte sembra aver applicato la nozione di discriminazione diretta e il *but for test* che «presuppone che l'unica differenza tra le situazioni poste a

confronto risieda nella sussistenza o meno della caratteristica protetta come base dell'effetto discriminatorio lamentato». Come segnalato, la Corte usa la discriminazione diretta per «minimizzare i rischi politici insiti in un'estensione dei benefici tradizionalmente riservati al coniuge», evitando di affermare che esista una «comparabilità in concreto tra unione solidale registrata e matrimonio». Questo esercizio è delegato al giudice nazionale «verosimilmente come questione di fatto o attinente all'interpretazione del diritto nazionale». Oppure la Corte, molto più semplicemente, potrebbe sentirsi «a disagio a muoversi nel campo delle legislazioni nazionali in tema di stato civile e di diritto di famiglia in generale, ancorché rilevanti solo tangenzialmente». Come dire che il prezzo del ridimensionamento della portata del Considerando n. 22 si paga con una serie di squilibri e difficoltà interpretative di notevole entità, lungi dall'essere risolti dalla sentenza *Maruko*, e che rappresentano la premessa di ulteriori, future pronunce in tema.

Laura Calafà
*Professore Associato di Diritto del lavoro*
*presso l'Università degli Studi di Verona*

CASSAZIONE, 29 settembre 2008, n. 24278, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Cuoco, P.M. Pivetti (diff.) – D. B. (avv.ti Andreoni e Balsamo) c. Inps (avv.ti Fabiani, Triolo e Stumpo) e Comune di Marsala (n. c.).

**Assegno per il nucleo familiare art. 65, legge n. 448/1988 – Art. 65, comma 1, dell'Accordo di associazione Ce-Tunisia del 17 luglio 1995 – Principio di non discriminazione in base alla nazionalità nella materia della sicurezza sociale – Esclusione.**

*Considerando l'espresso riferimento alla attività professionale salariata (art. 64 del predetto Accordo), alle condizioni di lavoro, di retribuzione e di licenziamento (espressione ripetuta nell'art. 64, commi 1 e 2), nonché agli aspetti della previdenza sociale attinenti alle prestazioni in caso di malattia e di maternità, di invalidità, di vecchiaia, di reversibilità, le prestazioni per infortuni sul lavoro e per malattie professionali, le indennità in caso di decesso, i sussidi di disoccupazione e le prestazioni familiari, è da ritenere che il beneficio ivi previsto (in quanto connesso al lavoro, alla retribuzione e al licenziamento, e attinente a specifiche prestazioni connesse a un rapporto di lavoro in atto) abbia natura previdenziale.*

*Fondamento di questa qualificazione non è la mera qualificazione (previdenza sociale) normativamente indicata, bensì lo stesso parametro indicato dalla Corte di Giustizia della Comunità europea (gli elementi costitutivi di ciascuna prestazione, in particolare le finalità e i presupposti per la sua attribuzione). (1)*

(*Omissis*)

5. Il ricorso principale è infondato.

6. Sul piano normativo è da osservare quanto segue.

6.a. La legge 23 dicembre 1965, n. 448, art. 65, comma 1, dispone quanto segue:

«Con effetto dal primo gennaio 1999, in favore dei nuclei familiari composti da cittadini italiani residenti con tre o più figli tutti con età inferiore ai 18 anni, che risultino in possesso di risorse economiche non superiori al valore dell'indicatore della situazione economica di cui al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 109, tabella 1 […], è concesso un assegno…».

6.b. La legge 23 dicembre 2000, n. 388, art. 80, ha esteso il beneficio ai nuclei familiari nei quali siano presenti il richiedente «cittadino italiano o comunitario».

6.c. L'art. 64 dell'Accordo 17 luglio 1995 fra la Comunità europea e la Tunisia dispone quanto segue:

«Ogni Stato membro concede ai lavoratori di cittadinanza tunisina occupati nel suo territorio un regime che, per quanto riguarda le condizioni di la-

voro, di retribuzione e di licenziamento, è caratterizzato dall'assenza di qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità rispetto ai propri cittadini.

Ogni lavoratore tunisino, autorizzato a svolgere un'attività professionale salariata sul territorio di uno Stato membro a titolo temporaneo, beneficia delle disposizioni del paragrafo 1 per quanto riguarda le condizioni di lavoro e di retribuzione…».

6.d. L'art. 65 del predetto Accordo dispone quanto segue.

«Fatte salve le disposizioni dei paragrafi seguenti, i lavoratori di cittadinanza tunisina e i loro familiari conviventi godono, in materia di previdenza sociale, d'un regime caratterizzato dall'assenza di qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza rispetto ai cittadini degli Stati membri nei quali essi sono occupati.

L'espressione previdenza sociale copre gli aspetti della previdenza sociale attinenti alle prestazioni in caso di malattia e di maternità, di invalidità, di vecchiaia, di reversibilità, le prestazioni per infortuni sul lavoro e per malattie professionali, le indennità in caso di decesso, i sussidi di disoccupazione e le prestazioni familiari».

7. Considerando l'espresso riferimento alla attività professionale salariata (art. 64 del predetto Accordo), alle condizioni di lavoro, di retribuzione e di licenziamento (espressione ripetuta nell'art. 64, commi 1 e 2), nonché agli aspetti della previdenza sociale attinenti alle prestazioni in caso di malattia e di maternità, di invalidità, di vecchiaia, di reversibilità, le prestazioni per infortuni sul lavoro e per malattie professionali, le indennità in caso di decesso, i sussidi di disoccupazione e le prestazioni familiari, è da ritenere che il beneficio ivi previsto (in quanto connesso al lavoro, alla retribuzione e al licenziamento, e attinente a specifiche prestazioni connesse a un rapporto di lavoro in atto) abbia natura previdenziale.

Fondamento di questa qualificazione non è la mera qualificazione (previdenza sociale) normativamente indicata, bensì lo stesso parametro indicato dalla Corte di Giustizia della Comunità europea (gli elementi costitutivi di ciascuna prestazione, in particolare le finalità e i presupposti per la sua attribuzione).

8. In base allo stesso parametro, il beneficio in controversia, considerando i suoi presupposti (tre o più figli tutti con età inferiore ai 18 anni; possesso di risorse economiche non superiori al valore dell'indicatore della situazione economica di cui al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 109, tabella 1), ha natura assistenziale.

9. Da ciò, la non estensibilità del beneficio ai lavoratori di cittadinanza tunisina e ai loro familiari conviventi.

10. Per mera esigenza di completezza è da aggiungere che per la legge 6 marzo 1998, n. 286, art. 41, «Gli stranieri titolari della carta di soggiorno e

di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno e nel loro permesso di soggiorno sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti».

In ordine a questo beneficio (peraltro estraneo alla controversia, non costituendo fondamento della domanda, né delle decisioni di merito, né del ricorso in sede di legittimità), sono da considerare la breve distanza temporale dall'Accordo 17 luglio 1995 fra Comunità europea e Tunisia e il largo spazio soggettivo cui è attribuito («gli stranieri titolari della carta di soggiorno e di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno e nel loro permesso di soggiorno»).

Ciò consente di ritenere che, dopo il riconoscimento d'un diritto ben delimitato nel suo contenuto (prestazioni di natura previdenziale) e nello spazio della sua attribuzione (tunisini), la concessione d'una più ampia prestazione a tutti gli stranieri (titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno e ai relativi minori iscritti in tali atti) assuma una natura eccezionale:

il riferimento a coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, i sordomuti, i ciechi civili, gli invalidi civili e gli indigenti delimita la materia stessa della concessione (lo spazio dell'infermità e dell'indigenza).

Il predetto beneficio non comprende pertanto l'assegno per nucleo familiare previsto dalla legge n. 448 del 1998, art. 65.

(*Omissis*)

### (1) IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA MORTIFICATO DALLA «AUTOSUFFICIENZA» DELLA CORTE DI CASSAZIONE

È un fatto che il principio di non discriminazione, in base alla «cittadinanza», nella materia della sicurezza sociale, previsto dagli Accordi Ce-Algeria, Ce-Marocco e Ce-Tunisia – prima di «cooperazione» e ora di «associazione» – passa praticamente inosservato, nonostante la presenza di una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce, a partire dalla sentenza *Kziber*, n. 18/90 del 31 gennaio 1991. A questo riguardo è significativo il silenzio dell'amministrazione, che non ha prodotto una sola circolare, ministeriale o dell'Inps, in uno scorcio di tempo lungo oltre diciassette anni, e lo stesso si può dire per quel che talvolta è stata una vera e propria «fuga» della giurisdizione ordinaria [Per esempio, Tribunale di Brescia (*Radouane*, 17 febbraio 2006), che riconosce il diritto all'indennità di frequenza in favore di una minore di cittadinanza marocchina non in possesso del requisito «carta di soggiorno» sulla base di una motivazione, per la verità rivelatasi incorretta alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 306 del 2008 (l'estraneità *tout court* dell'indennità richiesta dalla sfe-

ra di applicazione del più restrittivo dispositivo introdotto dall'art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000), omettendo, con ciò, di dare il giusto rilievo alla base legale invocata dalla ricorrente, principalmente fondata proprio sul principio di non discriminazione sancito dall'art. 65, n. 1, dell'Accordo di associazione Ce-Marocco, in connessione alla nozione di «sicurezza sociale» ai sensi del Regolamento Cee n. 1408/71 e la giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce].

Anche a ragione di questo, all'esito negativo dei giudizi di primo e secondo grado, era logico aspettarsi che la Corte di Cassazione avrebbe deciso in senso favorevole al ricorrente, ovvero, sollevato questione di interpretazione alla Corte di Giustizia Ce, in via pregiudiziale. Ciò sarebbe stato conforme alla richiesta espressamente contenuta nel ricorso del ricorrente, nonché all'obbligo che espressamente deriva dall'art. 234 del Trattato Ce nei confronti del giudice di ultima istanza quale, nella specie, era la Corte di Cassazione. Ed ecco che, contro ogni legittima aspettativa, il ricorso è respinto, e il procedimento chiuso sulla base di una motivazione povera di righe quanto di contenuto, con cui si esclude, puramente e semplicemente, l'estensibilità dell'assegno al nucleo familiare previsto dall'art. 65 della legge n. 448/1998 ai lavoratori di cittadinanza tunisina e ai loro familiari conviventi, con riguardo *proprio* alla natura «assistenziale» dell'assegno, il quale – sempre secondo il parere della Corte – per «mera esigenza di completezza» è inoltre da considerare escluso ugualmente dal novero di provvidenze e prestazioni, anche economiche, richiamate nel testo dell'art. 41 del Testo Unico n. 286/98.

La vicenda, oggetto di precedenti commenti all'esito del giudizio d'appello (Sul n. 4/2005 di q. *Riv.*), attiene al diniego dell'assegno *di sostegno* ai nuclei familiari, richiesto dal ricorrente il 22 gennaio 2000 al Comune di Marsala, a motivo della propria cittadinanza «tunisina». Di conseguenza, si ricorda che l'assegno ai nuclei familiari composti di almeno tre figli minori, noto anche come «assegno di sostegno» o «assegno al terzo figlio», è stato istituito dall'art. 65 della legge n. 448/98, con effetto dal 1° gennaio 1999. L'assegno, finanziato con risorse pubbliche, è erogato dall'Inps per tredici mensilità, previo l'esame del Comune di residenza, il quale è unico competente a decidere la sussistenza dei requisiti «soggettivi» e «oggettivi». Vale a dire, il possesso della cittadinanza «italiana» (anche comunitaria dal 1° gennaio 2001), e ugualmente la residenza sul territorio italiano, la composizione del nucleo e il perfezionamento dei limiti legati al reddito familiare. Si ricorda inoltre che, entro tali limiti, è consentito il cumulo dell'assegno di sostegno con l'Anf erogato in virtù del regime ordinario (Vedi art. 4, comma 7, del d.m. n. 306 del 15 luglio 1999). Da qui, la necessità di stabilire se il diniego opposto è compatibile con l'articolo 65, comma 1, dell'Accordo di associazione Ce-Tunisia, firmato il 17 luglio 1995, a norma del quale (primo alinea) «… i lavoratori di cittadinanza tunisina e i loro familiari conviventi godono, in materia di previdenza sociale, di un regime caratterizzato dall'assenza di qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza rispetto ai cittadini degli Stati membri nei quali essi sono occupati». Dal canto suo, il secondo alinea del suddetto comma recita: «L'espressione "previdenza sociale" copre gli aspetti della previdenza sociale attinenti alle prestazioni in caso di malattia e di maternità, di invalidità, di vecchiaia, di reversibilità, le prestazioni per infortuni sul lavoro e per malattie professionali, le indennità in caso di decesso, i sussidi di disoccupazione e le prestazioni familiari», ma va ricordato che il precedente Accordo di cooperazione Cee-Tunisia (del 27 aprile 1976) già stabiliva che «i lavora-

tori di cittadinanza tunisina e i loro familiari conviventi godono, in materia di sicurezza sociale, di un regime caratterizzato dall'assenza di qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza rispetto ai cittadini degli Stati membri nei quali sono stati occupati» (Art. 40, comma 1, dell'Accordo di cooperazione), e, infatti, la disposizione dell'art. 65, comma 1, dell'Accordo di associazione subentra a questo ultimo, con effetto dal 1° marzo 1998.

Per un richiamo della giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce, piace riferirsi a una delle più recenti decisioni in data – l'ordinanza *Echouik* del 13 giugno 2006 nella causa n. C-336/05 –, la quale, vertendo proprio sulla seconda generazione di accordi (Art. 65, comma 1, primo alinea, dell'Accordo di associazione Ce-Marocco), ha inoltre il pregio di fissare il *continuum* del pensiero della Corte del Lussemburgo riguardo all'efficacia del principio di non discriminazione previsto da tale categoria di accordi.

E, infatti, i profili esaminati dalla Corte si concludono tutti col richiamo, e l'estensione, della «costante» giurisprudenza affermata in relazione al precedente Accordo di cooperazione. Così, circa *l'effetto «diretto» della norma* (Nel presupposto che l'Accordo di associazione persegue delle finalità che si presentano come la «diretta continuazione» di quelle su cui si fonda l'Accordo di cooperazione, e la cui principale conseguenza è che gli interessati ai quali si applica l'Accordo «hanno il diritto di avvalersene dinanzi ai giudici nazionali»), *la nozione di «lavoratore»* (Che, analogamente a quanto ritenuto nel contesto degli accordi di cooperazione, «comprende allo stesso tempo i lavoratori attivi e quelli che si sono ritirati dal mercato del lavoro dopo aver raggiunto l'età richiesta per beneficiare della pensione di anzianità o dopo essere stati vittime di uno dei rischi che danno diritto a indennità ricomprese in altri settori della previdenza sociale») e *la nozione di «previdenza sociale»* (Che, come ripetutamente affermato dalla Corte, «deve essere intesa nello stesso modo dell'identica nozione figurante nel Regolamento Cee del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408», relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità).

Ancora, la riaffermazione, riguardo all'ultima nozione, della costante giurisprudenza circa *gli effetti* del principio di non discriminazione nei confronti delle persone «comprese» nella sfera personale di applicazione dell'Accordo. Specie l'assunto secondo cui le suddette persone devono essere trattate come se fossero «cittadini» degli Stati membri considerati, il quale è esplicitato dalla Corte come «diritto alle prestazioni di previdenza sociale alle stesse condizioni dei cittadini dello Stato membro ospitante, senza che la normativa di quest'ultimo possa loro imporre condizioni supplementari o più rigorose rispetto a quelle applicabili ai cittadini di tale Stato», da cui l'incompatibilità non solo del requisito della «cittadinanza» dello Stato membro interessato, ma anche di «qualsiasi altra condizione che non sia richiesta per i cittadini nazionali» (Punti da 55 a 57 dell'ordinanza, con anche un richiamo alla sentenza *Hallouzi-Choho*, cit., punti 35, 36, 37, ordinanza *Alami*, cit., punti 30, 31, 32, e ugualmente la sentenza *Babahenini*, punti 29, 30, e *Sürül*, n. 97).

Tutto ciò premesso, e premesso anche che quanto precede non aggiunge nulla di fondamentalmente nuovo alla giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia Ce – salvo, ancora una volta, sottolineare la «continuità» di tale giurisprudenza nel passaggio dai precedenti accordi di cooperazione agli «attuali» accordi di associazione e porre in risalto i punti da 63 a 65 dell'ordinanza, in cui la Corte, sostanzial-

mente, precisa: 1) che la regola di non discriminazione, nella materia della sicurezza sociale, contenuta nei suddetti accordi di associazione Ce costituisce specificazione del principio generale di non discriminazione sancito dall'art. 12 del Trattato; 2) che, in quanto la situazione di specie rientri nell'ambito dell'Accordo, l'interpretazione della Corte deve, inoltre, non risultare in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, i quali «fanno parte integrante dei princìpi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza» (Da cui la necessità di precisare anche che l'interpretazione accolta dall'ordinanza quanto all'art. 65, comma 1, primo alinea, dell'Accordo di associazione «è conforme ai requisiti di cui all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e all'art. 1 del Protocollo addizionale, come interpretati, in particolare, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 16 settembre 1996», *Gaygusuz c. Austria*) –, si coglie bene che l'errore di diritto in cui è incorsa la Corte di Cassazione – e in precedenza i giudici di primo e secondo grado – attiene a una incorretta rappresentazione della disposizione prevista dall'art. 65, comma 1, dell'Accordo di associazione Ce-Tunisia, tanto in rapporto alla nozione di «lavoratore», la quale, come si è visto, serve unicamente a stabilire il campo delle persone «legittimate» a invocare il principio di non discriminazione (Nella specie, i lavoratori migranti tunisini occupati in Italia in attività subordinate, per il richiamo al disposto del precedente art. 64 dell'Accordo, e ugualmente al cessare dell'attività nell'ambito di uno dei rischi protetti dalla sicurezza sociale in virtù della giurisprudenza della Corte, nonché i loro familiari conviventi), quanto in rapporto alla nozione di «previdenza sociale» ai sensi dell'Accordo, in ordine alla quale, per la verità, a poco rileva la qualificazione di diritto interno, specie con riguardo alla natura «assistenziale» della prestazione, una volta considerato che la nozione di cui si tratta non può essere disgiunta *dall'identica nozione* contenuta nel Regolamento Cee n. 1408/71 (Questo, applicabile ai regimi di sicurezza sociale delle persone che si spostano all'interno della Comunità), il quale fa ricadere nel suo campo di applicazione oggettivo *tutte* le prestazioni sociali, comprese quelle che sono prive di base contributiva, purché tutelate per legge e riconducibili a uno dei nove settori che compongono la sicurezza sociale (tra cui «le prestazioni familiari»). Pertanto, che si tratti di prestazioni «incluse», o anche «escluse» (Tali «l'assistenza sociale e medica» in virtù dell'art. 4, par. 4, del medesimo Regolamento), deriva, logicamente, che la qualificazione «comunitaria» è preminente agli effetti di una distinzione [E, per l'effetto, ugualmente l'interpretazione giurisprudenziale da cui si ricava che l'assistenza sociale esclusa dal Regolamento Cee n. 1408/71 attiene, fondamentalmente e unicamente, ai regimi di prestazioni che garantiscono «pagamenti discrezionali», la quale muove dalla constatazione della Corte secondo cui le prestazioni non contributive «se, da un lato, sono affini, per talune loro caratteristiche, alle norme sull'assistenza sociale (preminenza del criterio dello "stato di bisogno" a prescindere da qualsiasi requisito legato a periodi di attività lavorativa, di affiliazione o di contribuzione), dall'altro lato, si avvicinano alla previdenza sociale in quanto, abbandonata la valutazione individuale – caratteristica dell'assistenza – conferiscono ai beneficiari una posizione giuridica ben definita, che dà diritto a una prestazione analoga alle prestazioni menzionate dall'articolo 4-1 del Regolamento n. 1408/71»].

All'opposto, la Corte di Cassazione non ritiene questo insegnamento, e si procede, anzi, a una «sovrapposizione» delle due nozioni, con l'unico risultato di centrare, sul *solo* titolo di «lavoratore», ugualmente i «limiti» dell'efficacia *ratione materiae* del principio di non discriminazione sancito dall'art. 65, comma 1, primo alinea, dell'Accordo Ce-Tunisia, da cui muove, in definitiva, anche l'erronea conclusione dell'estraneità dell'assegno richiesto al campo dell'Accordo, in quanto versato «indipendentemente» dalla qualità di lavoratore. È, pertanto, evidente che un tale modo di vedere non sorregge il confronto con la platea di prestazioni e altri vantaggi «non contributivi» di cui la Corte ha invece ammesso l'estensione, sulla base proprio della regola di «non discriminazione» sancita dagli Accordi Ce-Maghreb (Del pari, nel contesto degli Accordi di associazione Ce-Turchia del 1963). Oltre questo, ciò che viene specialmente in rilievo è la totale omissione del principio secondo cui le «persone» considerate dall'Accordo sono in tutto equiparate ai «cittadini» dello Stato di residenza, agli effetti dell'accesso alle prestazioni sociali e previdenziali nell'accezione intesa dal Diritto comunitario, quale che sia, su altro piano, la qualificazione di queste prestazioni agli effetti del diritto interno [Questo aspetto è stato chiaramente posto in luce nella sentenza *Babahenini* (punti 29 e 30) e nell'ordinanza *Alami* (punti 30 e 31), nonché, in ultimo luogo, nella recente ordinanza *Mamate El Youssfi* del 17 aprile 2007, n. C-276/06, punti da 51 a 55, in relazione a una disposizione della legislazione belga che richiedeva, unicamente per quanto riguarda gli stranieri dei paesi extracomunitari, l'esistenza di una pregressa posizione lavorativa, agli effetti della concessione della prestazione di «reddito garantito alle persone anziane». Né, con riguardo a questa questione, può trarre in inganno l'elencazione dei settori previdenziali contenuta nel secondo alinea del comma 1 dell'art. 65 dell'Accordo. Anzitutto, perché la previsione di un tale alinea (nuovo rispetto al testo del precedente Accordo di cooperazione) è dovuta, giustamente, proprio alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce in vigenza dei precedenti accordi. Quindi, la «previdenza sociale» quale intesa a norma del Regolamento Cee n. 1408/71, come anche si evince dal terzo alinea, posto ugualmente che il suddetto Regolamento è fondato sulla base giuridica dell'art. 51 del Trattato, ora divenuto art. 42. E, infatti, il terzo alinea precisa che la regola di non discriminazione di cui all'Accordo che, nel contesto dato dalla giurisprudenza Ce, eguaglia, nella sostanza, la regola sulla parità di trattamento (e il divieto di discriminazione) nei regimi di sicurezza sociale, prevista dall'art. 3 del Regolamento, non può avere l'effetto di rendere applicabili le altre norme sul coordinamento previste dalla normativa comunitaria basata sull'articolo 51 del Trattato Ce, se non alle condizioni stabilite dall'Accordo].

Tutto questo conduce, logicamente, a soffermarsi sui caratteri della prestazione richiesta, presente nell'ordinamento italiano oramai da un decennio, la quale si analizza effettivamente in un intervento di sostegno alle famiglie numerose sulla base di una posizione giuridica ben definita, che, tuttavia, in pari tempo è anche un modo di palliare ad alcune carenze del regime ordinario [Per esempio, le persone non occupate, le quali non hanno titolo all'Anf (legge n. 153/88) all'infuori dei periodi di godimento delle indennità sostitutive del salario], e ugualmente a fronte di un modello europeo prevalentemente orientato a fare della residenza *tout court* il principale criterio fondante la concessione degli assegni e le altre prestazioni familiari. Conseguentemente, nessuna possibilità, sotto questo profilo, di poter confondere l'assegno di cui si tratta con un qualunque sussidio, o altra elargizione a carattere «discrezionale», tale da porsi effetti-

vamente all'infuori del campo di applicazione materiale del Regolamento Cee n. 1408/71. In tal senso soccorre oltretutto la sentenza del 29 ottobre 1998 (Nella causa n. 185/96, *Commissione c. Repubblica ellenica*), avente per oggetto determinate prestazioni pecuniarie concesse alle famiglie in base alla legislazione ellenica, tra cui un assegno in favore delle famiglie numerose e un assegno triennale versato alle madri a partire dal terzo figlio, le quali, nel giudizio della Corte, rivestono i caratteri *sia* di un «vantaggio sociale» ai sensi dell'art. 7 del Regolamento Cee n. 1612/68, *sia* di una «prestazione» ai sensi del Regolamento Cee n. 1408/71, che, in quanto tali, sono da trattare «alla stregua di prestazioni familiari ai sensi dell'articolo 4, n. 1, lettera *h*, del Regolamento n. 1408/71» (Punto 27 della sentenza).

Riguardo alla qualificazione che precede, non va del pari negletta la natura «squisitamente assistenziale» che la giurisprudenza della Corte di Cassazione pare assegnare allo stesso Anf istituito dal regime ordinario (Legge n. 153/88), sebbene sempre nel contesto di una «prestazione lavorativa effettiva» (Cassazione, Sezione lavoro, n. 13200, del 9 settembre 2003, e n. 6155, del 27 marzo 2004). Pur tuttavia, anche a voler considerare questa eventualità, la qualificazione, sul puro piano interno, di una determinata prestazione nel senso assistenziale non può essere di ostacolo ad altro genere di qualificazione, in base ai criteri del Diritto internazionale. Ciò si ricava, in particolare, dalla sentenza n. 306 del 2008 della Corte Costituzionale, in relazione all'indennità di accompagnamento spettante ai disabili non autonomamente deambulanti (O che non siano in grado di compiere da soli gli atti quotidiani della vita, per il solo fatto delle minorazioni), la quale – si legge nella sentenza – rientra nelle prestazioni assistenziali e, più in generale, *anche* nella terminologia adottata dalla Corte di Strasburgo, attiene alla «sicurezza o assistenza sociale».

Riconosciamo volentieri che la materia presenta un notevole grado di tecnicismo. Da un lato, vi è il fatto che nel contesto della disposizione dell'art. 65, n. 1, comma 1, dell'Accordo di associazione, il Regolamento Cee n. 1408/71 non è chiamato a operare, in quanto tale (con ciò, intendiamo dire in via autonoma). Oltre ciò, permangono delle differenze in relazione agli aventi diritto, specie la nozione di «familiari», che nel campo dell'Accordo di associazione ha una portata *esclusivamente* comunitaria (Coincidendo, in pratica, con tutti i familiari ricongiunti dal lavoratore senza distinzione di grado di parentela), mentre, nel quadro del Regolamento Cee n. 1408/71, si tratta di una nozione, in linea di principio, compresa nella sfera di competenza della legislazione nazionale. Non per ultimo, gli importanti lavori intervenuti in seno al Regolamento n. 1408/71, che hanno determinato l'adozione di criteri specifici di coordinamento delle prestazioni «non contributive», a partire dal Regolamento Cee n. 1247/92 (Vedi l'art. 4, comma 2-*bis*, del Regolamento), i quali criteri non rilevano, però, in alcun modo sul dibattito presente. Ciò, per il fatto che le modifiche in questione non investono il campo dei criteri delineati dalla Corte di Giustizia Ce al fine di sapere se una prestazione non contributiva è compresa nella sfera di applicazione «oggettiva» del regolamento comunitario. Infatti, queste modifiche sono unicamente volte a stabilire dei nuovi criteri di determinazione della «legislazione applicabile» come, segnatamente, l'ancoraggio di questa categoria di prestazioni alla legislazione dello Stato membro di residenza, in deroga al principio generale dell'esportabilità delle prestazioni, sancito dall'art. 10 del Regolamento, da cui trae origine ugualmente l'inserimento di un nuovo articolo 10-*bis*, in connessione con l'Allegato

II-*bis* al Regolamento. In seguito, nuovamente lo sforzo (oggetto del Regolamento modificativo n. 647/2005), di limitare l'arco delle prestazioni incluse in tale allegato, in conformità con la giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce, alle sole prestazioni che rientrano nelle categorie tradizionali dell'assistenza e della sicurezza sociale, e che intendono compensare problemi particolari come «l'assistenza ai disabili» o la «prevenzione della povertà», da cui si ricava anche la conseguenza logica che la semplice mancanza di inclusione di una determinata prestazione nell'Allegato II-*bis* non costituisce prova di automatica esclusione della stessa dal campo di applicazione del regolamento n. 1408/71 [E, infatti, circa l'insieme di punti prospettati riferiti al Regolamento Cee n. 1408/71, merita aprire un inciso per ricordare, brevemente, che a esso ci si riferisce, secondo la giurisprudenza della Corte, unicamente allo scopo di individuare le prestazioni che ricadono nella sfera di applicazione materiale del principio di non discriminazione, mentre l'attuazione di un sistema di coordinamento, limitatamente ai periodi di impiego e assicurazione svolti in due o più Stati membri dell'Unione, quale previsto dall'articolo 65, comma 2, dell'Accordo e demandato ai lavori del Consiglio di associazione (in precedenza Consiglio di cooperazione), non ha avuto sviluppi autonomi. Sicché un qualche risultato si è avuto, in pratica, soltanto grazie al Regolamento Ce n. 859/03, che ha esteso il Regolamento Cee n. 1408/71 ai cittadini dei paesi extracomunitari non inclusi in tale regolamento a motivo della cittadinanza (Per la verità con qualche problema, rispetto al campo dell'Accordo, determinato dalle diverse basi giuridiche in campo, ossia l'art. 63 del Trattato per il Regolamento n. 859/03 e l'art. 51 Trattato, ora divenuto art. 42, richiamato nel testo dell'Accordo e fondamento del Regolamento Cee n. 1408/71. In secondo luogo, riguardo ai «familiari» aventi diritto, è giocoforza concludere che la portata comunitaria che caratterizza questa nozione nel campo dell'Accordo di associazione garantisce diritti più estesi rispetto a quelli che risulterebbero dalla sola applicazione del regolamento n. 1408/71 (Le conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Mesbah*, n. 179/98, sentenza dell'11 novembre 1999, sono particolarmente illustrative a proposito degli effetti che conseguono a ciò). Infine, riguardo al nuovo assetto operato dal regolamento nel campo delle prestazioni non contributive, valga ricordare i tentativi reiterati da parte di alcuni Stati membri di trarre argomento proprio da queste modifiche, per sostenere la tesi della non inclusione di determinate prestazioni, se non a partire dalla data di effetto del Regolamento n. 1247/92, peraltro senza successo, come si ricava dalla sentenza *Krid*, del 5 aprile 1995, nonché dai punti 58 a 60 dell'ordinanza *Mamate El Youssfi*].

Ponendoci su un altro piano, la portata del principio di non discriminazione contenuto negli Accordi di associazione Ce-Maghreb, è posta inoltre in risalto ugualmente nel contesto della Direttiva Ce n. 109/2003, recante disciplina dello *status* giuridico dei cittadini dei paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, qualora si ponga attenzione al disposto dell'art. 3, comma 3, lettera *a*, della Direttiva (Riserva della regola del miglior trattamento in virtù, tra gli altri, degli accordi bilaterali e multilaterali tra la Comunità, ovvero la Comunità e i suoi Stati membri, da una parte, e i paesi terzi, dall'altra), in relazione ai maggiori benefici che derivano, per il cittadino straniero, dall'acquisto dello *status* di soggiornante di lungo periodo a norma dell'art. 11. Tali, la parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali, per quanto riguarda «le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale»

(Secondo la versione francese della Direttiva, *la sécurité sociale, l'aide sociale et la protection sociale telles qu'elles sont définies par la législation nationale*).

Deriva, conseguentemente, che la riserva esplicitata in virtù dell'art. 3, comma 3, della suddetta Direttiva fa salvi i diritti dei «lavoratori» migranti marocchini, tunisini o algerini, nonché dei loro familiari conviventi che sono presenti in Italia, ugualmente a prescindere dall'acquisto del titolo di soggiornante di lungo periodo, attestato dal rilascio del Permesso Ce-Slp, o la vecchia Carta di soggiorno art. 9 del Testo Unico. Di conseguenza, anche sulla scorta di un permesso di soggiorno ordinario, purché i titolari di tali titoli di soggiorno rientrino nella sfera personale di applicazione del principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 65, comma 1, primo alinea, dell'Accordo di associazione. L'efficacia della regola sancita dall'art. 3, comma 3, lettera *a*, della Direttiva non dovrebbe destare dubbi, ma si precisa che gli accordi di associazione conclusi con i paesi qui interessati sono inoltre citati nella relazione Com n. 127/2001 che accompagna il progetto originario del testo di Direttiva.

La sentenza della Corte di Cassazione si presta a censura anche sotto altri profili, e in primo luogo dal punto di vista dei princìpi che sorreggono la «collaborazione» tra le Corti nel contesto dell'art. 234 del Trattato Ce (*ex* articolo 177), anche agli effetti di un chiaro riparto delle rispettive competenze. La Corte di Giustizia Ce è, quindi, competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sull'interpretazione del Trattato. Pertanto, «quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte di Giustizia», diversamente dai gradi inferiori del giudizio, in cui il rinvio alla Corte è lasciato alla facoltà del giudice adìto.

L'obbligo che in questo modo si ricava circa il rinvio alla Corte di Lussemburgo attiene, anzitutto, a esigenze di «conformità» nell'applicazione del Diritto dell'Unione europea all'interno degli Stati membri. A ciò deve aggiungersi l'importanza del rinvio pregiudiziale per i cittadini, quale pressoché unica modalità, sia pure per via indiretta, di investire la Corte di Giustizia Ce al riguardo di controversie che presentano una relazione col Diritto comunitario. In questa prospettiva, non è sbagliato ritenere che l'obbligo imposto ai sensi del citato articolo 234 eguaglia gli effetti di una garanzia processuale (nel senso di «giusto processo»), anche in rapporto al fatto che le risposte fornite dal giudice europeo sono tali da consentire al giudice nazionale una soluzione della controversia «nel rispetto del Diritto comunitario».

Ebbene, nel caso presente la Corte di Cassazione ha mancato ai suddetti obblighi, per la verità, senza nemmeno l'ombra di una giustificazione quanto ai motivi del non accoglimento della richiesta di rinvio alla Corte di Giustizia Ce contenuta nel ricorso per cassazione (e anche nel precedente giudizio d'appello). Per questo, l'esercizio di «autosufficienza» della Corte suona anche più grave, ma non si può tacere che fatti del genere erano già accaduti (Per esempio, all'occasione della sentenza n. 10860/06 della Sezione lavoro, relativa a una controversia in materia pensionistica, in cui venivano in luce ugualmente delle questioni connesse alle disposizioni del Trattato sulla libera circolazione dei lavoratori e il Regolamento n. 1612/68).

Non potendo, su altro piano, non cogliere l'ampiezza della lesione dei diritti del ricorrente che consegue alla suddetta decisione della Corte di Cassazione, non dovrebbe escludersi anche la possibilità di un reclamo alla Corte europea di Strasburgo,

per violazione dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e ugualmente in relazione al fatto che la posizione del giudice italiano si pone, al di là di tutto, in contrasto con tutta quella parte di giurisprudenza che da *Gaygusuz* (16 settembre 1996) a *Koua Poirrez* (30 settembre 2003) ritiene che il diniego della prestazione, anche di natura non contributiva, per il solo motivo della cittadinanza del richiedente, pone in essere una lesione dei diritti patrimoniali (In virtù del combinato disposto dell'art. 14 Convenzione insieme all'art. 1 del Protocollo 1 e i definitivi chiarimenti della *Grande Chambre* della Corte nella sentenza *Stec*, del 6 luglio 2005 riguardo alla natura delle prestazioni sociali). In alternativa, per il tramite del combinato disposto dell'art. 14 Convenzione e dell'articolo 8, relativo al rispetto della vita familiare, come confermano le sentenze *Niedwiecki* e *Okpisz* del 25 ottobre 2005 (concessione delle prestazioni familiari previste dalla legislazione tedesca in base alla categoria dei permessi di soggiorno degli stranieri residenti).

In conclusione di questo commento, non possiamo inoltre non considerare che tutta questa vicenda pone, in retroscena, questioni che non sono solamente giuridiche, e, in primo luogo, quella di un pesante svilimento del Diritto comunitario da parte del giudice nazionale, che chiama direttamente in campo il senso proprio dell'appartenenza all'Unione europea. Ciò, anche per il fatto che, a fronte di una base giuridica estremamente precisa come quella presente nel caso di specie, non è pensabile che il lavoratore sia inoltre esposto all'obbligo di invocare «altre» disposizioni a effetto «orizzontale», finanche l'ombrello della tutela costituzionale.

A parte questo, oltre 17 anni di «disattenzione» dell'Italia sull'effetto utile del principio di non discriminazione che deriva da questo gruppo di accordi (Ma lo stesso si potrebbe dire sul fronte degli Accordi Ce-Turchia) è cosa che dovrebbe almeno sorprendere, e interrogarci tutti. Da un lato, nel senso che l'esigenza di «uniformità» del trattamento dei cittadini stranieri, qui improntata a ideali di solidarietà e di uguaglianza tra le persone, non può e non deve far perdere di vista le potenzialità che derivano dalle disposizioni del Diritto internazionale con effetto «verticale», alla stregua di quelle invocate. Dall'altro lato, specie a fronte dell'atteggiamento della Corte di Cassazione e del silenzio dell'amministrazione italiana, pare che anche a livello della Commissione europea dovrebbe farsi luogo a un controllo più serrato nel contesto dell'art. 224 del Trattato (Quale custode del Trattato, rientra nelle prerogative della Commissione europea avviare, in base all'art. 169, delle procedure d'infrazione contro gli Stati membri che non rispettano gli obblighi scaturenti dal Trattato o che non si adeguano alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce).

E, sempre dal punto di vista del Diritto comunitario, la delusione è più grande ancora, quando si consideri l'influenza che la giurisprudenza formata su questa categoria di accordi ha avuto agli effetti di una soluzione dei problemi riscontrati in altri settori del Diritto comunitario. Per esempio, relativamente al superamento di ogni rigida separazione tra «vantaggio sociale» (ai sensi del Regolamento n. 1612/68) e prestazione di «sicurezza sociale» ai sensi del Regolamento n. 1408/71, nonché riguardo alla distinzione tra prestazioni di diritto proprio e prestazioni di diritto derivato agli effetti dell'applicazione del medesimo regolamento. Tutto ciò considerato, non è nemmeno il caso di spenderci in un commento della parte di decisione che reputa l'assegno di sostegno ugualmente escluso dal campo della di-

sposizione enunciata all'art. 41 del Testo Unico. Anzitutto, l'assegno di sostegno ai nuclei composti di almeno tre figli minori è certamente posteriore alle norme della legge n. 40/98 (trasfuse nel Testo Unico n. 286/98), sicché il carattere volutamente esclusorio dal beneficio è insito nel testo medesimo dell'art. 65 della legge n. 448/98, e senza distinzioni di sorta, se è vero che l'estensione ai cittadini comunitari è intervenuta sulle spinte di una procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea. Ciò posto, trattandosi di una condizione direttamente fondata sulla «cittadinanza», non si può certo dire che la Corte di Cassazione abbia profuso grandi sforzi per comporre una soluzione improntata a canoni di uguaglianza, quand'anche un attento riferimento ai princìpi sanciti dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 432 del 2005 avrebbe permesso di concludere in senso opposto.

Gina Turatto
*Coordinatrice Uffici Inca - Area Africa*

# ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

ASSEGNO PER IL NUCLEO FAMILIARE

Assegno per il nucleo familiare art. 65, legge n. 448/1988 – Art. 65, comma 1, dell'Accordo di associazione Ce-Tunisia del 17 luglio 1995 – Principio di non discriminazione in base alla nazionalità nella materia della sicurezza sociale – Esclusione (Cassazione, 29 settembre 2008, n. 24278, Sez. lav.). 255

CONDOTTA ANTISINDACALE

Legittimazione ad agire – Organismi locali periferici – Individuazione – Rsa – Costituzione «nell'ambito» di determinate associazioni sindacali – Direttore amministrativo – Rappresentante sindacale – Incompatibilità – Non sussiste (Cassazione, 24 gennaio 2008, n. 1582, Sez. lav.). 185

Procedimento *ex* art. 28 Stat. lav. – Legittimazione attiva – Carattere nazionale del sindacato – Criteri (Cassazione, 11 gennaio 2008, n. 520, Sez. lav.). 204

CONTRATTO A TERMINE

Carattere incondizionato e preciso della clausola 4.1. – Efficacia diretta – Sussistenza (Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 15 aprile 2008, causa C-268/2006). 53

Datore di lavoro pubblico – Prevenzione degli abusi – Obbligo di perseguire gli obiettivi della direttiva – Individuazione della sanzione – Autonomia degli Stati membri – Ritardata applicazione della direttiva – Efficacia retroattiva alla data di scadenza del termine di trasposizione – Sussistenza (Corte di Giustizia delle

Comunità europee, Grande Sezione, 15 aprile 2008, causa C-268/2006). 53

Giurisdizione speciale – Competenza a conoscere domande fondate sulla direttiva – Principio di effettività – Autonomia procedurale degli Stati membri (Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 15 aprile 2008, causa C-268/2006). 53

Principio di non discriminazione – Applicabilità alla nozione di retribuzione – Sussistenza – Applicabilità al regime pensionistico – Insussistenza (Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 15 aprile 2008, causa C-268/2006). 53

Art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 – Questione di legittimità costituzionale *ex* artt. 3, comma 1, 101, 102 e 104 Cost. – Rilevante e non manifestamente infondata (Tribunale Roma, 26 febbraio 2008, ord.). 165

CONTRATTO COLLETTIVO

Lavoro pubblico – Inquadramento – Parità – Discriminazione (Cassazione, 18 giugno 2008, n. 16504, Sez. lav.). 117

DANNO

Danno non patrimoniale – Categoria generale – Danno esistenziale – Autonomia – Esclusione (Cassazione, 11 novembre 2008, n. 26972, Sezioni Unite). 74

Diritti inviolabili della persona – Danno non patrimoniale – Risarcibilità (Cassazione, 11 novembre 2008, n. 26972, Sezioni Unite). 74

Rapporto di lavoro – Danni-conseguenza non patrimoniale – Risarcibilità (Cassazione, 11 novembre 2008, n. 26972, Sezioni Unite). 74

LAVORO A TEMPO DETERMINATO

Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della que-

stione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 24, comma 1, e 117, comma 1, Cost. (Corte d'Appello Milano, 28 ottobre 2008, Sez. lav., ord.). 31

Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 24, comma 1, 11, comma 1, e 117, comma 1, Cost. (Corte d'Appello Roma, 21 ottobre 2008, Sez. lav., ord.). 31

Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 24, comma 1, Cost. (Corte d'Appello Torino, 2 ottobre 2008, Sez. lav., ord.). 30

Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. (Corte d'Appello Genova, 26 settembre 2008, Sez. lav., ord.). 30

Poste Italiane Spa – Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. (Corte d'Appello Bari, 18 settembre 2008, Sez. lav., ord.). 30

Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 117, comma 1, 24 Cost. (Tribunale Tivoli, 3 dicembre 2008, ord.). 31

Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 4, 24, 35, 41, 43, 53, 101, 102 104, e 111 Cost. (Tribunale Rossano, 17 novembre 2008, ord.). 31

Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e

117, comma 1, Cost. (Tribunale Trieste, 15 ottobre 2008, Sez. lav., ord.). 30

Sussistenza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 42, comma 4-*bis*, del d.l. n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, per contrasto con gli artt. 11, secondo periodo, 117, comma 1, e 3 Cost. (Tribunale Ascoli Piceno, 30 settembre 2008, Sez. lav., ord.). 30

Poste Italiane Spa – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 11 del d.lgs. n. 368/01 per contrasto con gli artt. 76, 77 e 117, comma 1, Cost. – Regime transitorio *ex* art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 133/08 – Sussistenza della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 24, comma 2, 101, 102, comma 2, 104, comma 2, e 117, comma 1, Cost. (Tribunale Roma, 26 settembre 2008, Sez. lav., ord.). 31

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

Informazione e consultazione dei sindacati – Irrituale – Inefficacia dei licenziamenti – Esclusione (Cassazione, 23 maggio 2008, n 13381, Sez. lav.). 177

Procedimento – Incompletezza delle comunicazioni prescritte per l'avvio della procedura di mobilità – Stipula di accordi sindacali – Effetti (Cassazione, 11 gennaio 2008, n. 528, Sez. lav.). 191

Procedura – Mancata richiesta esame congiunto – Omessa comunicazione all'autorità amministrativa dell'esito della cd. fase sindacale – Art. 4, comma 6, legge n. 223/1991 – Inosservanza – Licenziamento – Inefficacia (Tribunale Torre Annunziata, 20 marzo 2008, Sez. lav.). 220

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Giustificato motivo oggettivo – Illegittimità – Adibizione del lavoratore a mansioni inferiori rispetto a quelle di assunzione – Consenso del lavoratore – Legittimità – Conservazione del posto di lavoro – Onere della prova a carico del datore di lavoro (Cassazione, 13 agosto 2008, n. 21579, Sez. lav.). 98

Illegittimità del licenziamento per superamento del periodo di comporto – Infortunio sul lavoro del lavoratore avviato obbligatoriamente al lavoro e svolgimento di mansioni compatibili con il suo stato di salute – Responsabilità del datore di lavoro per violazione degli obblighi di sicurezza *ex* art. 2087 cod. civ. – Onere della prova (Corte d'Appello Torino, 21 marzo 2008, Sez. lav.). 124

MALATTIA

Visita di controllo – Obbligo di reperibilità – Assenza del lavoratore – Sanzioni disciplinari – Giustificato motivo di assenza – Concomitanza di prestazioni sanitarie e controlli medici – Criteri di giustificabilità (Cassazione, 21 luglio 2008, n. 20080, Sez. lav.). 111

MATERNITÀ

Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense – Natura giuridica di fondazione di Diritto privato – Cumulo tra interessi e rivalutazione monetaria del credito maturato (Tribunale Firenze, 20 giugno 2008, Sez. lav.). 140

Indennità – Estensione ai padri liberi professionisti – Art. 70, d.lgs. n. 151/2001, *ex* sentenza Corte Cost. n. 385/2005 – Ammissibilità (Tribunale Firenze, 20 giugno 2008, Sez. lav.). 140

*MOBBING*

Comportamento vessatorio sul luogo di lavoro – Mancata reintegrazione nelle mansioni – Costituisce anche reato – Maltrattamento di persone sottoposte all'autorità – Art. 572 cod. pen. – Requisiti – Sussistenza (Tribunale Roma 5 marzo 2008, Sez. IV pen.). 149

PARITÀ DI TRATTAMENTO

Inadempimento di uno Stato – Art. 141 Ce – Politica sociale – Parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile – Nozione di «retribuzione» – Regime pensionistico dei dipendenti pubblici (Corte di Giustizia delle

Comunità europee, 13 novembre 2008, Causa C-46/07, IV Sezione). 227

Coppia omosessuale con unione stabile registrata – Pensione di reversibilità – Esclusione – Discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale (Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 1° aprile 2008, causa C-267/06). 237

PARITÀ DI TRATTAMENTO IN MATERIA DI OCCUPAZIONE E DI CONDIZIONI DI LAVORO

Direttiva n. 2000/78 – Ambito di applicazione – Pensione superstiti e regime previdenziale di categoria – Art. 141 Ce – Inclusione (Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 1° aprile 2008, causa C-267/06). 237

RAPPRESENTANZE SINDACALI AZIENDALI

Costituzione – Criteri – Sottoscrizione di accordi collettivi gestionali (Cassazione, 11 gennaio 2008, n. 520, Sez. lav.). 204

Disciplina conseguente al *referendum* dell'11 luglio 1995 – Incidenza sui presupposti di applicazione della legislazione di sostegno dei sindacati (Cassazione, 11 gennaio 2008, n. 520, Sez. lav.). 204

TRASFERIMENTO DI AZIENDA

Controversie di lavoro – Competenza per territorio – Società farmaceutica – Dipendenza – Coincidenza con la residenza dell'informatore scientifico del farmaco – Sussiste (Tribunale Larino, 30 luglio 2008, Sez. lav., ord.). 133

Patto di stabilità – Continuità occupazionale – Interpretazione secondo buona fede – Effettività della prestazione – Illiceità della collocazione in Cassa integrazione guadagni – Sussiste (Tribunale Larino, 30 luglio 2008, Sez. lav., ord.). 133

# CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

*2008*

GENNAIO

Cassazione, 11 gennaio 2008, n. 520, Sez. lav. – Pres. Ciciretti, Est. Vidiri, P.M. Velardi (conf.) – C. B. H. Spa (avv.ti Ghera e Garofalo) c. Fials.
Conf. Corte d'Appello Bari 8 febbraio 2005. 204

Cassazione, 11 gennaio 2008, n. 528, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Vidiri, P.M. Salvi – Soc. Varta Batterie (avv.ti Magrini, Damoli e Pisa) c. S. M. G. (avv. Panici).
Diff. Corte d'Appello Venezia 12 febbraio 2004. 191

Cassazione, 24 gennaio 2008, n. 1582, Sez. lav. – Pres. Ciceretti, Est. Picone – Fa. Ci. Um. (avv. Ghera) c. Co. De. Bum. (avv. Centofanti).
Diff. Corte d'Appello Perugia 12 luglio 2006. 185

FEBBRAIO

Tribunale Roma, 26 febbraio 2008, ord. – Est. Delle Donne – Rizzo (avv. Iorio) c. Poste Italiane Spa (avv. Grassi). 165

MARZO

Tribunale Roma, 5 marzo 2008, Sez. IV pen. – Est. Iulia – P. C. e altri imputati (avv.ti V. Lombardi, M. Lombardi, Goffredo); M. C. parte civile (avv. Ciatti).
(Diff. Trib. Roma 4 maggio 2005). 149

Tribunale Torre Annunziata, 20 marzo 2008, Sez. lav.– Est. Rocco – F. C. e al. (avv. Riccio) c. L. P. Srl (avv.ti Pignataro, Di Blasio e Fortunato). 220

Corte d'Appello Torino, 21 marzo 2008, Sez. lav. – Pres. Sanlorenzo, Cons. Mancuso, Cons. Grillo Pasquarelli – M. R. (avv. Lamacchia) c. Ma. Ca. Srl (avv.ti Bianchi e Pericoli). 124

APRILE

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 1° aprile 2008, causa C-267/06 – Pres. Skouris, Est. Klucka – Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer – Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Buhnen. 237

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 15 aprile 2008, causa C-268/2006 – Pres. Skouris, Avv. Gen. Kokott – Impact c. Minister for agricolture and food *et al.* 53

MAGGIO

Cassazione, 23 maggio 2008, n 13381, Sez. lav. – Pres. Mattone, Rel. Consigliere Picone, P.M. Riello – R. G. (avv.ti D'Angelo e Poto) c. Ideal Standard – Divisione American Standard Italia Srl (avv. Scocozza).
Conf. App. Salerno 19 maggio 2004. 177

GIUGNO

Cassazione, 18 giugno 2008, n. 16504, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Curcuruto, P.M. Fedeli (diff.) – Univ. Studi Basilicata c. Tedesco (avv. Di Pardo).
Diff. Trib. Potenza 10 giugno 2004. 117

Tribunale Firenze, 20 giugno 2008, Sez. lav. – Pres. Muntoni – avv. F. (in proprio) c. Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense (avv.ti Lucani e Cecchetti). 140

LUGLIO

Cassazione, 21 luglio 2008, n. 20080, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Maiorano, P.M. Apice – Inps (avv.ti Fabiani, Triolo e De Rose) c. R. M. F. (avv.ti Bussa e Pini).
Conf. Corte d'Appello di Torino 7 aprile 2005. 111

Tribunale Larino, 30 luglio 2008, Sez. lav., ord. – Est. Aceto – G. G. (avv.ti Piccinini, Reni, Martelloni, Salemme, D'Adamo) c. M. S. Pharma Services Srl (avv.ti G. e A. Simonetti, De Michele). 133

AGOSTO

Cassazione, 13 agosto 2008, n. 21579, Sez. lav. – Pres. Senese, Est. Bandini, P.M. Salvi – D. V. (avv.ti Abati, Sotgiu) c. La Rosa

Dei Venti Srl (avv.ti Longheu, Tirelli).
Diff. Corte d'Appello Cagliari 27 giugno 2005. 98

SETTEMBRE

Corte d'Appello Bari, 18 settembre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Castellaneta. 30

Tribunale Roma, 26 settembre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Conte – Di R. c. Poste Italiane Spa. 31

Corte d'Appello Genova, 26 settembre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Ravera. 30

Cassazione, 29 settembre 2008, n. 24278, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Cuoco, P.M. Pivetti (diff.) – D. B. (avv.ti Andreoni e Balsamo) c. Inps (avv.ti Fabiani, Triolo e Stumpo) e Comune di Marsala (n. c.). 255

Tribunale Ascoli Piceno, 30 settembre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Boeri. 30

OTTOBRE

Corte d'Appello Torino, 2 ottobre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Ramella Trafighet. 30

Tribunale Trieste, 15 ottobre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Multari. 30

Corte d'Appello Roma, 21 ottobre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Garri. 31

Corte d'Appello Milano, 28 ottobre 2008, Sez. lav., ord. – Est. Trogni. 31

NOVEMBRE

Cassazione, 11 novembre 2008, n. 26972, Sezioni Unite – Pres. Carbone, Est. Preden, P.M. Iannelli (conf.) – Procedimento rimesso alle Ss.Uu. con ordinanza n. 4712/2008 al fine dell'esame di questione di particolare importanza. 74

Corte di Giustizia delle Comunità europee, 13 novembre 2008, Causa C-46/07, IV Sezione – Pres. Lenaerts, Est. Von Danwitz – Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana. 227

Tribunale Rossano, 17 novembre 2008, ord. – Est. Coppola. 31

DICEMBRE

Tribunale Tivoli, 3 dicembre 2008, ord. – Est. Mari. 31

## PRINCIPALI FONTI NORMATIVE E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

– art. 1 . . . . . 88, 145
– art. 2 . . . . . 77, 139
– art. 3 . . . . . 12, 79, 122, 134, 165, 182, 207, 232
– art. 4 . . . . . 31, 88, 102, 145
– art. 10 . . . . . 33, 170
– art. 11 . . . . . 5, 81, 170
– art. 13 . . . . . 91
– art. 16 . . . . . 89
– art. 24 . . . . . 20
– art. 29 . . . . . 79
– art. 30 . . . . . 79
– art. 32 . . . . . 79, 115, 127
– art. 34 . . . . . 145
– art. 35 . . . . . 31, 88, 102
– art. 36 . . . . . 102, 118, 145
– art. 38 . . . . . 145, 182
– art. 39 . . . . . 207
– art. 41 . . . . . 31, 100, 131, 139, 197
– art. 43 . . . . . 31
– art. 53 . . . . . 31
– art. 75 . . . . . 33
– art. 76 . . . . . 12
– art. 77 . . . . . 12
– art. 97 . . . . . 118
– art. 101 . . . . . 31, 121, 165
– art. 102 . . . . . 31, 165
– art. 104 . . . . . 31, 165
– art. 111 . . . . . 20
– art. 117 . . . . . 5, 153
– art. 134 . . . . . 171

PRELEGGI

– art. 12 ..... 34, 192

CODICE CIVILE

– art. 36 ..... 186
– art. 1174 ..... 91
– art. 1175 ..... 118, 139
– art. 1218 ..... 93, 127
– art. 1223 ..... 93, 138
– art. 1225 ..... 93
– art. 1227 ..... 138
– art. 1229 ..... 93
– art. 1339 ..... 14
– art. 1362 ..... 187, 192
– art. 1363 ..... 187
– art. 1366 ..... 138
– art. 1374 ..... 129
– art. 1375 ..... 113, 118, 128, 139
– art. 1411 ..... 134
– art. 1419 ..... 6
– art. 1460 ..... 40
– art. 1681 ..... 93
– art. 2043 ..... 76
– art. 2056 ..... 93
– art. 2059 ..... 74, 163
– art. 2087 ..... 88, 124, 154
– art. 2103 ..... 101, 118
– art. 2110 ..... 131
– art. 2112 ..... 195
– art. 2113 ..... 109
– art. 2697 ..... 99, 111
– art. 2959 ..... 79

CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 115 ..... 99, 111
– art. 181 ..... 15
– art. 360 ..... 98, 192
– art. 378 ..... 186
– art. 384 ..... 180, 197
– art. 413 ..... 134
– art. 414 ..... 207

– art. 420 ..... 21
– art. 442 ..... 145
– art. 669-*terdecies* ..... 150
– art. 700 ..... 133

CODICE PENALE DEL 1930

– art. 185 ..... 77

CODICE PENALE

– art. 133 ..... 155
– art. 185 ..... 163
– art. 323 ..... 159
– art. 328 ..... 159
– art. 572 ..... 149
– art. 577 ..... 159
– art. 582 ..... 159
– art. 586 ..... 159
– art. 590 ..... 154
– art. 594 ..... 154
– art. 595 ..... 154
– art. 609-*bis* ..... 159
– art. 610 ..... 154
– art. 629 ..... 159
– art. 660 ..... 159

CODICE PROCEDURA PENALE

– art. 530 ..... 156
– art. 533 ..... 156
– art. 535 ..... 156
– art. 538 ..... 156

LEGGI E DECRETI

r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825
– art. 1 ..... 9
legge 1° marzo 1953, n. 87
– art. 23 ..... 171
legge del 1955, n. 88 ..... 81
legge 4 agosto 1955, n. 848 ..... 22
legge del 1962, n. 230
– art. 1 ..... 11, 166

legge 23 dicembre 1965, n. 448 . . . . . 255
legge 15 luglio 1966, n. 604 . . . . . 132
– art. 3 . . . . . 98
– art. 8 . . . . . 6
legge 20 maggio 1970, n. 300
– art. 5 . . . . . 113
– art. 15 . . . . . 117
– art. 17 . . . . . 218
– art. 18 . . . . . 40, 106, 124, 200
– art. 19 . . . . . 185, 204
– art. 20 . . . . . 214
– art. 23 . . . . . 186, 214
– art. 24 . . . . . 214
– art. 28 . . . . . 185, 204
decreto legge 12 settembre 1983, n. 463
– art. 5 . . . . . 111
legge 11 novembre 1983, n. 638 . . . . . 111
– art. 5 . . . . . 113
d.m. 25 febbraio 1984 . . . . . 113
legge del 1984, n. 836 . . . . . 217
d.m. 15 luglio 1986 . . . . . 113
legge n. 84/86 . . . . . 166
legge 28 febbraio 1987, n. 56
– art. 23 . . . . . 17
legge del 1988, n. 153 . . . . . 261
legge del 1988, n. 448
– art. 65 . . . . . 255
legge del 1990, n. 108 . . . . . 107
legge del 1990, n. 428
– art. 47 . . . . . 205
legge del 1990, n. 429
– art. 47 . . . . . 195
legge 23 luglio 1991, n. 223
– art. 1 . . . . . 138
– art. 4 . . . . . 107, 177, 191, 220
– art. 5 . . . . . 178, 191, 216, 220
– art. 6 . . . . . 182
– art. 7 . . . . . 182
– art. 24 . . . . . 179
legge 30 dicembre 1991, n. 412
– art. 16 . . . . . 140
d.lgs. del 1993, n. 29
– art. 45 . . . . . 121
– art. 49 . . . . . 121

legge delega 24 dicembre 1993, n. 537
– art. 1 . . . . . 146
d.lgs. del 1994, n. 626 . . . . . 160
legge 23 dicembre 1994, n. 724
– art. 22 . . . . . 144
d.P.R. 28 luglio 1995, n. 312 . . . . . 187
d.l. del 1996, n. 501
– art. 9 . . . . . 175
legge del 1996, n. 675
– art. 29 . . . . . 77
d.lgs. del 1997, n. 151 . . . . . 221
legge del 1998, n. 40 . . . . . 266
d.lgs. 31 marzo 1998, n. 109 . . . . . 255
legge del 1998, n. 117
– art. 2 . . . . . 77
legge 6 marzo 1998, n. 286
– art. 9 . . . . . 264
– art. 41 . . . . . 256
– art. 44 . . . . . 77
legge del 1998, n. 448
– art. 65 . . . . . 257
d.lgs. del 1999, n. 261
– art. 23 . . . . . 168
d.m. del 15 luglio 1999, n. 306
– art. 4 . . . . . 258
legge del 2000, n. 53 . . . . . 141
legge 23 dicembre 2000, n. 388
– art. 80 . . . . . 255
legge delega 29 dicembre 2000, n. 422 . . . . . 27
– art. 1 . . . . . 37
– art. 2 . . . . . 37
d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 . . . . . 195
legge del 2001, n. 89
– art. 2 . . . . . 77
d.lgs. del 2001, n. 151
– art. 28 . . . . . 148
– art. 70 . . . . . 140
– art. 72 . . . . . 143
d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165
– art. 36 . . . . . 70, 176
– art. 45 . . . . . 117
– art. 52 . . . . . 117
– art. 63 . . . . . 121
– art. 64 . . . . . 118

d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 . . . . . 67
– art. 1 . . . . . 5, 68, 165
– art. 2 . . . . . 5, 165
– art. 4 . . . . . 5
– art. 4-*bis* . . . . . 5, 175
– art. 5 . . . . . 10, 68, 174
– art. 11 . . . . . 5
legge della Regione Lazio n. 16/2002 . . . . . 153
d.lgs. del 2003, n. 216
– art. 3 . . . . . 252
legge del 2003, n. 276 . . . . . 62
– art. 6 . . . . . 63
legge del 2003, n. 289
– art. 1 . . . . . 140
risoluzione della IX Commissione Trasporti, Poste
e Telecomunicazioni del governo n. 8-00138
della seduta del 28 luglio 2005 . . . . . 167
d.lgs. del 2005, n. 209
– art. 136 . . . . . 79
– art. 138 . . . . . 81
– art. 139 . . . . . 79
legge del 2005, n. 246
– art. 30 . . . . . 232
legge 23 dicembre 2005, n. 266
– art. 1 . . . . . 12, 165
– art. 2 . . . . . 165
d.lgs. del 2006, n. 198
– art. 30 . . . . . 232
d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25 . . . . . 199
legge del 2007, n. 244
– art. 3 . . . . . 176
legge 24 dicembre 2007, n. 247 . . . . . 5, 68
– art. 1 . . . . . 176
– art. 5 . . . . . 10
d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81
– art. 18 . . . . . 128
– art. 41 . . . . . 129
– art. 42 . . . . . 128
– art. 55 . . . . . 128
d.l. 25 giugno 2008, n. 112
– art. 21 . . . . . 5, 175
– art. 42 . . . . . 30
– art. 49 . . . . . 176

legge 6 agosto 2008, n. 133 . . . . . 68, 175
– art. 21 . . . . . 5, 176
– art. 50 . . . . . 15
d.d.l. 2 luglio 2008, n. 1441
– art. 65 . . . . . 28
– art. 66 . . . . . 28
– art. 67 . . . . . 28
d.d.l. 2 luglio 2008, n. 1441-*quater* . . . . . 28

LEGGI DELLA REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA

Codice della previdenza sociale
– Libro VI
— art. 46 . . . . . 238

legge 15 dicembre 2004 . . . . . 247
*LPartG*
– art. 1 . . . . . 238
Trattato di unificazione del 31 agosto 1990 . . . . . 241

Ccnl personale artistico dei teatri
– art. 1 . . . . . 244

Statuto della *VddB* (Ente previdenziale pubblico obbligatorio per il personale artistico dei teatri)
– art. 30 . . . . . 244

UNIONE EUROPEA

Trattato Ce
– art. 10 . . . . . 54
– art. 12 . . . . . 260
– art. 42 . . . . . 261
– art. 51 . . . . . 261
– art. 63 . . . . . 263
– art. 117 . . . . . 66
– art. 118 . . . . . 66
– art. 118 A . . . . . 66
– art. 119 . . . . . 66
– art. 120 . . . . . 66
– art. 136 . . . . . 64
– art. 137 . . . . . 64

– art. 138 ..... 66
– art. 139 ..... 59
– art. 140 ..... 66
– art. 141 ..... 66, 227, 237
– art. 142 ..... 66
– art. 143 ..... 66
– art. 169 ..... 265
– art. 177 ..... 264
– art. 224 ..... 265
– art. 234 ..... 258
– art. 249 ..... 54
Commissione europea
Direttiva comunitaria n. 129 del 1975 ..... 181, 193
Direttiva n. 76/207 ..... 249
Direttiva n. 92/56/Cee ..... 196
Direttiva del Consiglio 23 novembre 1993,
n. 93/104/Ce
– art. 7 ..... 66
Direttiva n. 96/34/Ce ..... 141
Direttiva n. 98/50/Ce ..... 195
Direttiva n. 1999/70/Ce del Consiglio
del 28 giugno 1999 ..... 5, 53, 168
– art. 8 ..... 174
– Considerando 6 ..... 10
– Considerando 7 ..... 11
– Considerando 8 ..... 35
– Considerando 14 ..... 64
– Considerando 17 ..... 71
– clausola 3 ..... 36
– clausola 5 ..... 10
– clausola 5.2. ..... 10
– clausola 8 ..... 25
Direttiva n. 2000/78
– art. 1 ..... 237
– art. 2 ..... 237
– art. 3 ..... 238
– Considerando 3 ..... 249
– Considerando 13 ..... 242
– Considerando 22 ..... 240
Direttiva Ce del 2003, n. 109
– art. 3 ..... 263
– art. 11 ..... 263

Direttiva n. 2006/54/Ce
– Considerando 14 . . . . . 235
– art. 9 . . . . . 235
Regolamento Cee del 1968, n. 1612
– art. 7 . . . . . 262
Regolamento Cee del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408 . . . . . 258
– art. 3 . . . . . 261
– art. 4 . . . . . 260
– art. 4-1 . . . . . 260
Regolamento Cee del 1992, n. 1247
– art. 10 . . . . . 262
– art. 10-*bis* . . . . . 262
allegato II-*bis* . . . . . 263
Regolamento Ce del 2003, n. 859 . . . . . 263
Regolamento modificativo del 2005, n. 647 . . . . . 263

Protocollo del 23 luglio 2007 . . . . . 10

CCNL E ACCORDI SINDACALI

Ccnl comparto Università 9 agosto 2000
– art. 57 . . . . . 119
– art. 74 . . . . . 117
– art. 75 . . . . . 118
Ccnl dipendenti dei consorzi di bonifica e di miglioramento fondiario del 2 luglio 2004
– art. 13 . . . . . 185

Accordo quadro Ces-Unice-Ceep sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999 . . . . . 5
– clausola 1 . . . . . 9, 64
– clausola 2 . . . . . 9
– clausola 3 . . . . . 9
– clausola 3.1. . . . . 11, 72
– clausola 4 . . . . . 9, 54
– clausola 4.1. . . . . 11, 53
– clausola 5 . . . . . 9, 54
– clausola 5.1. . . . . 11
– clausola 5.2. . . . . 10
– clausola 6 . . . . . 9
– clausola 7 . . . . . 9

– clausola 8 . . . . . 9, 56
– clausola 8.3. . . . . 26, 72
– clausola 8.5. . . . . 7
Accordo quadro sul congedo parentale . . . . . 141
Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso tra le organizzazioni intercategoriali a carattere generale . . . . . 168
– Considerando 10 . . . . . 169
– clausola 3 . . . . . 169
– clausola 5 . . . . . 169
– clausola 8 . . . . . 169
Accordo Fials del 24 febbraio 1999 . . . . . 213
Accordo sindacale Poste Italiane Spa del 10 luglio 2008 . . . . . 6

ACCORDI INTERCONFEDERALI

Accordo interconfederale del 26 gennaio 1977 . . . 113

CONVENZIONI E ACCORDI INTERNAZIONALI

Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali
– punto 16 . . . . . 141
Carta sociale europea del 18 ottobre 1961
– art. 20 . . . . . 65
Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950
– art. 6 . . . . . 5, 265
– art. 8 . . . . . 265
– art. 14 . . . . . 260
Protocollo addizionale 1
– art. 1 . . . . . 260

Accordo Ce-Maghreb . . . . . 261
Accordo di associazione Ce-Algeria . . . . . 257
Accordo di associazione Ce-Marocco . . . . . 257
– art. 65 . . . . . 258
Accordo di associazione Ce-Tunisia del 17 luglio 1995
– art. 64 . . . . . 255
– art. 65 . . . . . 255
Accordo di associazione Ce-Turchia del 1963 . . . . 261

Accordo di cooperazione Cee-Tunisia
del 27 aprile 1976 . . . . . 258
– art. 40 . . . . . 259
Accordo sulla politica sociale concluso tra gli Stati
della Comunità europea a eccezione del Regno Unito
di Gran Bretagna e Irlanda del Nord
– art. 6 . . . . . 231
Dichiarazione sull'eliminazione di ogni forma
di discriminazione nei confronti della donna adottata
dall'Assemblea generale dell'Onu il 7 novembre 1967
– art. 10 . . . . . 233

CIRCOLARI MINISTERIALI

Circolare del 18 marzo 2004
del Ministero del lavoro . . . . . 132

CIRCOLARI ISTITUTI PREVIDENZIALI

Circolare Inps n. 134421 dell'8 agosto 1984 . . . . . 115

pubblicità
Unipol

Quella nuova:
SALVADANAIO

pubblicità
Unipol

# ALTERNARE LE MANI / LA BAMBINA

Finito di stampare
nel mese di marzo 2009
dalla Tipografia O.GRA.RO.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma