

PARTE II
GIURISPRUDENZA

LA CORTE COSTITUZIONALE LE DECISIONI NEL TRIMESTRE OTTOBRE-DICEMBRE 2012

RAPPORTO DI LAVORO (a cura di Massimo Pallini)

SOMMARIO: 1. Illegittimità delle decurtazioni del trattamento retributivo dei magistrati. — 2. Legittimità della continuazione del rapporto di lavoro della soppressa Ato Puglia alle dipendenze della neoistituita Autorità idrica pugliese senza concorso. — 3. Legittimità della legge regionale del Trentino-Alto Adige che disciplina i casi di contratto a termine alle dipendenze della Regione e delle Camere di commercio. — 4. Illegittimità della legge regionale che disponga la proroga a tempo indeterminato di contratti di collaborazione con la Regione. — 5. Illegittimità della legge regionale che prevede un'indennità aggiuntiva in favore del personale regionale.

1. — *Illegittimità delle decurtazioni del trattamento retributivo dei magistrati* — Numerosi Tar hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 22, nonché del comma 2, dell'art. 12, comma 7, dell'art. 12, comma 10, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, in riferimento agli artt. 2, 3, 23, 24, 36, 42, 53, 97, 100, 101, 104, 108, 111, 113 e 117, comma 1, Cost.; quest'ultimo in relazione all'art. 6 Cedu. La Corte ha ritenuto fondate tutte le questioni sollevate (1). La questione riguarda il meccanismo di adeguamento delle retribuzioni dei magistrati disciplinato

(1) Corte Cost., sentenza 8-11 ottobre 2012, n. 223 – Pres. Quaranta, Est. Tesauro:

1) *dichiara inammissibile l'intervento spiegato, nel giudizio iscritto al reg. ord. n. 54 del 2012, da Abbritti Paolo;*

2) *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 9, comma 22, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nella parte in cui dispone che, per il personale di cui alla legge 19 febbraio 1981, n. 27 (Provvidenze per il personale di magistratura), non sono erogati, senza possibilità di recupero, gli acconti degli anni 2011, 2012 e 2013 e il conguaglio del triennio 2010-2012, e che per tale personale, per il triennio 2013-2015, l'acconto spettante per l'anno 2014 è pari alla misura già prevista per l'anno 2010 e il conguaglio per l'anno 2015 viene determinato con riferimento agli anni 2009, 2010 e 2014; nonché nella parte in cui non esclude che a detto personale sia applicato il primo periodo del comma 21;*

dagli artt. 11 e 12 della legge 2 aprile 1979, n. 97, che dispongono che gli stipendi dei magistrati sono adeguati automaticamente ogni triennio, nella misura percentuale pari alla media degli incrementi delle voci retributive, esclusa l'indennità integrativa speciale, ottenuti dagli altri pubblici dipendenti. La Corte ha rammentato preliminarmente la propria giurisprudenza secondo cui l'indipendenza dei magistrati va salvaguardata anche sotto il profilo economico, evitando tra l'altro che essi siano soggetti a periodiche rivendicazioni nei confronti di altri poteri (cfr. Corte Cost. sentenze n. 1 del 1978, n. 238 del 1990, n. 42 del 1993). Ad avviso della Corte, il meccanismo di adeguamento delle retribuzioni dei magistrati può a certe condizioni esser sottoposto per legge a limitazioni, in particolare quando gli interventi che incidono su di esso siano collocati in un quadro di analoghi sacrifici imposti sia al pubblico impiego (attraverso il blocco della contrattazione, sulla base della quale l'Istat calcola l'aumento medio da applicare), sia a tutti i cittadini, attraverso correlative misure, anche di carattere fiscale. Le norme censurate in questo caso, invece, hanno irragionevolmente oltrepassato questi limiti tracciati dalla giurisprudenza della

3) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 9, comma 22, del d.l. n. 78 del 2010, nella parte in cui dispone che l'indennità speciale di cui all'articolo 3 della legge n. 27 del 1981, spettante al personale indicato in tale legge, negli anni 2011, 2012 e 2013, sia ridotta del 15% per l'anno 2011, del 25% per l'anno 2012 e del 32% per l'anno 2013;

4) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 9, comma 2, del d.l. n. 78 del 2010, nella parte in cui dispone che a decorrere dal 1° gennaio 2011 e sino al 31 dicembre 2013 i trattamenti economici complessivi dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, previsti dai rispettivi ordinamenti, delle amministrazioni pubbliche, inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (Istat), ai sensi del comma 3, dell'art. 1, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (legge di contabilità e finanza pubblica), superiori a 90.000 euro lordi annui siano ridotti del 5% per la parte eccedente il predetto importo fino a 150.000 euro, nonché del 10% per la parte eccedente 150.000 euro;

5) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 12, comma 10, del d.l. n. 78 del 2010, nella parte in cui non esclude l'applicazione a carico del dipendente della rivalsa pari al 2,50% della base contributiva, prevista dall'art. 37, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 29 dicembre 1973, n. 1032 (Approvazione del Testo Unico delle norme sulle prestazioni previdenziali a favore dei dipendenti civili e militari dello Stato);

6) dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 9, comma 2, del d.l. n. 78 del 2010, sollevata, nei giudizi iscritti al reg. ord. nn. 46 e 53 del 2012, dai Tar per l'Abruzzo e per l'Umbria;

7) dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 12, comma 7, del d.l. n. 78 del 2010, sollevata, nei giudizi iscritti al reg. ord. nn. 54 e 74 del 2012, dai Tar per l'Umbria e per la Calabria.

Corte Cost. In primo luogo, un intervento per il solo personale della magistratura eccede l'obiettivo di realizzare un «raffreddamento» della dinamica retributiva e, invece, comporta una vera e propria irragionevole riduzione di quanto già riconosciuto sulla base delle norme che disciplinano l'adeguamento. In secondo luogo, è stata operata una riduzione di quanto già spettante per il 2012; è stato impedito qualsiasi recupero di tale progressione, con l'imposizione di un «tetto» per il conguaglio dell'anno 2015, determinato con riferimento agli anni 2009, 2010 e 2014, escludendo pertanto il triennio 2011-2013 e con un effetto irreversibile. Secondo la Corte, tale disciplina, in quanto suscettibile di determinare effetti permanenti del blocco dell'adeguamento soltanto per le categorie interessate dal medesimo blocco, determina per ciò stesso la violazione dell'art. 3 Cost., realizzando una ingiustificata disparità di trattamento fra la categoria dei magistrati e quella del pubblico impiego contrattualizzato, che, diversamente dal primo, vede limitata la possibilità di contrattazione soltanto per un triennio. Inoltre, l'indennità prevista dall'art. 3 della legge 19 febbraio 1981, n. 27, voce retributiva collegata al «servizio istituzionale svolto dai magistrati», «è ridotta del 15% per l'anno 2011, del 25% per l'anno 2012 e del 32% per l'anno 2013». Ad avviso della Corte, detta decurtazione riveste carattere tributario, trattandosi in concreto di una prestazione patrimoniale imposta, realizzata attraverso un atto autoritativo di carattere ablativo, destinata a sovvenire le pubbliche spese. La norma censurata, però, senza alcuna giustificazione comporta una discriminazione soltanto ai danni della particolare categoria di dipendenti statali non contrattualizzati che beneficia dell'indennità giudiziaria. Con la sua applicazione, infatti, viene colpita più gravemente, a parità di capacità contributiva per redditi di lavoro, esclusivamente detta categoria. La Consulta ha ritenuto costituzionalmente illegittima anche la norma censurata, laddove prevede la riduzione dei trattamenti retributivi superiori a 90.000 euro lordi annui del 5% per la parte eccedente il predetto importo fino a 150.000 euro, nonché del 10% per la parte eccedente 150.000 euro. Si tratta, dunque, di un'imposta speciale prevista nei confronti dei soli pubblici dipendenti. Anche questa norma si pone pertanto in contrasto con gli artt. 3 e 53 Cost., violando il principio della parità di prelievo a parità di presupposto d'imposta economicamente rilevante.

2. — *Legittimità della continuazione del rapporto di lavoro della soppressa Ato Puglia alle dipendenze della neoistituita Autorità idrica pugliese senza concorso* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso diverse questioni principali di legittimità costituzionale aventi a oggetto, da un la-

to, l'art. 5, comma 6, lettera *g*, della legge della Regione Puglia 30 maggio 2011, n. 9 (Istituzione dell'Autorità idrica pugliese); dall'altro, l'art. 11, comma 1, della stessa legge. La Corte ha ritenuto le questioni infondate (2). La Corte ha ritenuto che le censure prospettate secondo cui la norma dispone l'assunzione dei dipendenti della soppressa Ato Puglia alle dipendenze della neoistituita Autorità idrica pugliese senza concorso muovono da due errate premesse interpretative: 1) la soppressa Ato Puglia non costituiva un'amministrazione pubblica e, in particolare, un ente locale, così che a essa non è applicabile l'art. 31 del d.lgs. del 2001, n. 165; 2) la norma impugnata prevede la stabilizzazione o, comunque, l'assunzione a tempo indeterminato presso l'Autorità idrica pugliese del personale della soppressa Ato Puglia. L'erroneità della prima premessa discende dal fatto che l'autorità d'ambito per la gestione del servizio idrico pugliese (Ato Puglia) aveva personalità giuridica e natura di consorzio obbligatorio di enti locali, ai sensi dell'art. 31 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). Da ciò consegue che l'Ato Puglia, proprio in quanto consorzio obbligatorio di enti locali, va annoverata essa stessa tra gli «enti locali», e in quanto tale rientra indubbiamente tra le «pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture» per le quali è prevista, in caso di «trasferimento o conferimento» delle attività da esse svolte «ad altri soggetti, pubblici o privati», l'applicazione dell'art. 2112 del codice civile al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti (art. 31 del d.lgs. n. 165 del 2001). Inoltre la legge della Regione Puglia n. 9 del 2011 ha istituito l'Autorità idrica pugliese quale soggetto rappresentativo dei Comuni pugliesi per il governo pubblico dell'acqua e le ha attribuito tutte le funzioni e i compiti già propri della soppressa Ato Puglia. Ne deriva che è pienamente integrata la fattispecie prevista dal citato art. 31 del d.lgs. del 2001, n. 165, e che, per il personale dell'Ato Puglia, «il rapporto di lavoro continua», ai sensi dell'art. 2112 cod.

(2) Corte Cost., sentenza 8-11 ottobre 2012, n. 226 – Pres. Quaranta, Est. Gallo:

1) *dichiara cessata la materia del contendere in ordine alle questioni di legittimità costituzionale del testo originario dell'art. 11, comma 1, della legge della Regione Puglia 30 maggio 2011, n. 9 (Istituzione dell'Autorità idrica pugliese), promosse dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento agli artt. 3, 51, 97, comma 3, e 117, comma 3, della Costituzione, con il ricorso n. 81 del 2011, indicato in epigrafe;*

2) *dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 1, della legge della Regione Puglia n. 9 del 2011, quale sostituito dall'art. 3 della legge della Regione Puglia 13 ottobre 2011, n. 27, recante «Modifiche alla legge regionale 30 maggio 2011, n. 9 (Istituzione dell'Autorità idrica pugliese)», promosse dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento agli artt. 3, 51, 97, 117, comma 3, e 120, comma 1, Cost., con il ricorso n. 170 del 2011, indicato in epigrafe.*

civ., con l'Autorità idrica pugliese, e che detto personale, in virtù di una peculiare ipotesi di successione legale a titolo particolare, «conserva tutti i diritti» che derivano da tale precedente rapporto di lavoro. In particolare, è legittimo l'automatico trasferimento all'Autorità idrica pugliese del personale in servizio a tempo indeterminato presso l'Ato Puglia alla data del 1° gennaio 2010, disposto dalla norma impugnata, con conservazione dei diritti spettanti a detto personale. Il suddetto personale dell'Ato Puglia «conserva» il proprio rapporto di lavoro con i correlativi diritti anche presso l'Autorità idrica pugliese, senza acquisire alcun ulteriore vantaggio in termini di stabilità del posto di lavoro.

3. — *Legittimità della legge regionale del Trentino-Alto Adige che disciplina i casi di contratto a termine alle dipendenze della Regione e delle Camere di commercio* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato, in riferimento all'art. 117, comma 3, della Costituzione, l'art. 7 della legge della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol 17 maggio 2011, n. 4. La legge regionale impugnata stabilisce che: «La Regione e le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Trento e di Bolzano possono stipulare contratti di lavoro a tempo determinato nei casi e secondo le procedure stabilite dal regolamento previsto dall'articolo 5, comma 5, della legge regionale 21 luglio 2000, n. 3, e nel rispetto delle disposizioni previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368». Ad avviso del Presidente del Consiglio, questa norma regionale violerebbe l'art. 117 Cost., poiché essa si porrebbe in contrasto con i principi fondamentali in materia di coordinamento della finanza pubblica dettati dall'art. 9, comma 28, del d.l. n. 78 del 2010, là dove questo impone, a partire dal 2011, alle pubbliche amministrazioni di ricorrere alle assunzioni a tempo determinato, o con convenzioni, ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, fissando il limite di spesa del 50 per cento della spesa sostenuta per le stesse finalità nel 2009. La Corte ha ritenuto la questione infondata (3), in quanto il ricorrente avrebbe erroneamente interpretato la disposizione regionale oggetto di impugnativa. Questa, infatti, disciplina le ipotesi in

(3) Corte Cost., sentenza 19-22 novembre 2012, n. 259 – Pres. Quaranta, Est. Napolitano:

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 7 della legge della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol 17 maggio 2011, n. 4 (Modifiche dell'ordinamento e delle norme in materia di personale della Regione e delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Trento e Bolzano), promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento all'articolo 117, comma 3, della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe.

cui è legittimo il ricorso all'assunzione, da parte della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol e delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Trento e di Bolzano, di personale a tempo determinato e non viene a individuare il limite massimo di spesa relativo ai contratti a termine di cui sarebbe possibile la stipulazione.

4. — *Illegittimità della legge regionale che disponga la proroga a tempo indeterminato di contratti di collaborazione con la Regione* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso, in riferimento agli articoli 3, 97 e 117, comma 2, lettera *l*, e comma 3, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 2, della legge della Regione Abruzzo 9 dicembre 2010, n. 51 (Nuovo ordinamento del *Bollettino Ufficiale della Regione Abruzzo*). Ad avviso del ricorrente, la norma impugnata, stabilendo che, nelle more dell'assegnazione di personale, anche tramite procedura selettiva, alla struttura organizzativa che cura la pubblicazione del *Bollettino Ufficiale della Regione Abruzzo* sono prorogati i contratti di collaborazione attualmente in essere presso quell'ufficio fino a completa copertura della relativa pianta organica, viola gli artt. 3 e 97 Cost., perché, non indicando alcun termine, consente un generalizzato meccanismo di proroga dei rapporti in essere, senza limiti temporali e senza il rispetto dei requisiti richiesti, per il conferimento di tali incarichi, dall'art. 7, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contrastando così con i principi di organizzazione della pubblica amministrazione secondo la legge, di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa e dell'accesso all'impiego pubblico tramite concorso. Inoltre la norma impugnata recherebbe una lesione dell'art. 117, comma 2, lettera *l*, Cost., il quale riserva alla competenza esclusiva dello Stato l'ordinamento civile e, quindi, i rapporti di diritto privato regolati dal codice civile. La Corte Cost. ha ritenuto la questione promossa in riferimento all'art. 117, comma 2, lettera *l*, Cost., fondata (4). Tale disposizione riserva alla competenza esclusiva dello Stato la materia dell'ordinamento civile e, quindi, i rapporti di diritto privato regolati dal codice civile; categoria nella quale rientrano i contratti oggetto della proroga stabilita dalla norma censurata. La Corte ha ricordato di aver già dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma regionale che prevedeva la facoltà per le amministrazioni di disporre la pro-

(4) Corte Cost., sentenza 11-19 dicembre 2012, n. 289 – Pres. Quaranta, Est. Mazzella:

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 2, della legge della Regione Abruzzo 9 dicembre 2010, n. 51 (Nuovo ordinamento del Bollettino Ufficiale della Regione Abruzzo).

roga dei contratti di collaborazione in essere, affermando che una simile disposizione, attenendo a uno degli aspetti della disciplina (di diritto privato) di tali contratti, vale a dire la loro durata, incideva sulla materia dell'ordinamento civile (sentenza n. 170 del 2011). La norma ora impugnata prevede egualmente una proroga, senza un limite massimo prefissato, di contratti di collaborazione coordinata e continuativa già in essere. Pertanto ne è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale.

5. — *Illegittimità della legge regionale che prevede un'indennità aggiuntiva in favore del personale regionale* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale dell'articolo 8 della legge della Regione Sardegna 4 agosto 2011, n. 16, in riferimento agli articoli 3, 97, 117, comma 2, lettera *l*, e comma 3, della Costituzione e agli articoli 3, 4 e 5 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna), nella parte in cui prevede il riconoscimento di un'indennità aggiuntiva in favore del personale regionale degli enti regionali cui sia conferito l'incarico di coordinatore dei programmi integrati d'area. La Corte Cost. ha dichiarato la questione fondata (5). La Consulta ha ricordato di aver più volte dichiarato l'illegittimità di disposizioni regionali intervenute in materia di trattamento economico dei dipendenti regionali. In quelle occasioni è stato affermato che, essendo il rapporto di impiego di tali lavoratori ormai contrattualizzato, la sua disciplina (ivi inclusa quella della retribuzione) rientra nella materia dell'ordinamento civile, riservata alla competenza esclusiva statale (sentenze n. 339 e n. 77 del 2011). Sulla base di queste considerazioni, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge regionale impugnata.

(5) Corte Cost., sentenza 11-19 dicembre 2012, n. 290 – Pres. Quaranta, Est. Mazzella:

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 8 della legge della Regione Sardegna 4 agosto 2011, n. 16 (Norme in materia di organizzazione e personale).

SICUREZZA SOCIALE (a cura di Lorenzo Fassina)

SOMMARIO: 1. Indennità di maternità per le lavoratrici a progetto. — 2. Liveas, non autosufficienza e competenza regionale. — 3. Retribuzioni estere e calcolo della pensione.

1. — *Indennità di maternità per le lavoratrici a progetto* — Le lavoratrici iscritte alla gestione separata, che abbiano adottato o avuto in affidamento preadottivo un minore, hanno diritto all'indennità di maternità per un periodo di cinque mesi anziché di tre mesi. La Corte Costituzionale, accogliendo con sentenza n. 257/2012 (1) la questione prospettata dal Tribunale di Modena per violazione degli artt. 3, 31 e 37 Cost., ha quindi sanzionato l'illegittimità del diverso trattamento normativo riservato alle lavoratrici iscritte alla Gestione separata dell'Inps che adottano un bambino, rispetto a quello spettante alle lavoratrici subordinate (articolo 64, comma 2, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151). A parere della Corte, infatti, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale di questi anni ha posto l'interesse del bambino in posizione rilevante nel disporre la tutela della maternità e della paternità, 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. In definitiva, non si giustifica, e appare anzi manifestamente

(1) Corte Cost. 22 novembre 2012, n. 257 – Pres. Quaranta, Est. Criscuolo: *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 64, comma 2, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), come integrato dal richiamo al decreto ministeriale 4 aprile 2002 del ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, di concerto con il ministro dell'Economia e delle Finanze, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 136 del 12 giugno 2002, nella parte in cui, relativamente alle lavoratrici iscritte alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), che abbiano adottato o avuto in affidamento preadottivo un minore, prevede l'indennità di maternità per un periodo di tre mesi anziché di cinque mesi.*

irragionevole, che, con riferimento alla stessa categoria dei genitori adottivi, spettò una diversa tutela: in entrambi i casi, infatti, si verte in tema di adozione o di affidamento preadottivo. Il diverso trattamento normativo lede altresì il principio di parità di trattamento tra le due figure di lavoratrici, subordinate e autonome, con riferimento ai rapporti con il minore, adottato o affidato in preadozione, nonché alle esigenze che dai rapporti stessi derivano e che sono in decisa posizione di uguaglianza.

2. — *Liveas, non autosufficienza e competenza regionale* — La Corte Costituzionale, con sentenza n. 296/2012 (2), ha affermato che, in materia di «livelli essenziali» delle prestazioni di assistenza sociale (Liveas) – che, a norma dell’art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost., devono essere assicurati su tutto il territorio nazionale dallo Stato in via «esclusiva» –, la normativa statale non è ancora intervenuta nella definizione di tali livelli, lasciando un certo margine di scelta alla normativa delle Regioni. Nel caso di specie, il Tar della Toscana ha impugnato l’articolo 14, comma 2, lettera *c*, della legge della Regione Toscana 18 dicembre 2008, n. 66, in quanto dispone che, nel caso di prestazioni di tipo residenziale a favore di persone disabili, «la quota di compartecipazione dovuta dalla persona assistita ultrasessantacinquenne è calcolata tenendo conto altresì della situazione reddituale e patrimoniale del coniuge e dei parenti in linea retta entro il primo grado». Il giudice toscano riteneva che quest’ultima disposizione avrebbe violato l’art. 117, comma 2, lettera *m*, della Costituzione, in quanto in contrasto con l’art. 3, comma 2-*ter*, del decreto legislativo n. 109 del 1998, che imponendo di evidenziare la situazione economica del solo assistito, anche in relazione alle modalità di compartecipazione al costo della prestazione a favore di soggetti ultrasessantacinquenni con handicap permanente grave, accertato dalle aziende sanitarie locali, avrebbe costituito un livello essenziale delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Il Tar, aderendo all’orientamento espresso da alcune pronunce del Consiglio di Stato, riteneva che la norma suddetta, relativa alla evidenziazione della situazione economica del solo assistito, da un lato, fosse immediatamente applicabile, malgrado il d.P.c.m. previsto per la sua attuazione non sia mai stato adottato, e, dall’altro, che

(2) Corte Cost. 19 dicembre 2012, n. 296 – Pres. Quaranta, Est. Mattarella: *dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 14, comma 2, lettera c, della legge della Regione Toscana 18 dicembre 2008, n. 66 (Istituzione del fondo regionale per la non autosufficienza), sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, in riferimento all’articolo 117, comma 2, lettera m, della Costituzione.*

esso costituisse determinazione, da parte dello Stato, di un livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali nella materia relativa ai servizi sociali. La Corte Costituzionale ha ritenuto errato il presupposto interpretativo del giudice *a quo*. Infatti, quella di «evidenziare la situazione economica del solo assistito», cui si riferisce la disposizione statale in esame, costituisce solo una delle finalità del d.P.c.m. ivi previsto, ma finora non adottato, accanto a quella di «favorire la permanenza dell'assistito presso il nucleo familiare di appartenenza»; e le due descritte finalità possono, almeno parzialmente, divergere tra loro, dal momento che la previsione di una compartecipazione ai costi delle prestazioni di tipo residenziale, da parte dei familiari, può costituire un incentivo indiretto che contribuisce a favorire la permanenza dell'anziano presso il proprio nucleo familiare. Deve quindi ritenersi che a tale decreto di attuazione fosse rimessa la scelta tra le modalità per perseguire le diverse finalità indicate, specificando le prestazioni per le quali dovessero valere i principi indicati dallo stesso art. 3, comma 2-ter. D'altra parte, sostiene la Corte, «che lo Stato non abbia organicamente esercitato la propria competenza *ex art.* 117, comma 2, lettera *m*, Cost., nella materia dei servizi sociali, risulta confermato dall'esame dell'evoluzione della legislazione nell'ultimo quindicennio». La normativa regionale impugnata, in tale quadro, non risulta quindi lesiva dell'art. 117, comma 2, lett. *m*, della Costituzione.

3. — *Retribuzioni estere e calcolo della pensione* — Non è fondata la questione di legittimità costituzionale della norma che prevede che la retribuzione percepita all'estero, da porre a base del calcolo della pensione, debba essere riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati nel nostro paese nel medesimo periodo (articolo 1, comma 777, della legge n. 296/2006). La Corte Costituzionale, chiamata a decidere se la norma impugnata si ponesse in contrasto con l'articolo 117, comma 1, della Costituzione, in relazione all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha quindi respinto, con sentenza n. 264/2012 (3), la

(3) Corte Cost. 28 novembre 2012, n. 264 – Pres. Quaranta, Est. Morelli: *dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 777, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), sollevata dalla Corte di Cassazione, Sezione lavoro, in riferimento all'articolo 117, comma 1, della Costituzione in relazione all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della*

questione sottoposta alla Corte di Cassazione, Sez. lavoro. In effetti, vi è una pronuncia della Corte Edu del 31 maggio 2011, resa nel caso *Maggio e altri c. Italia*, secondo cui, con la censurata disposizione, lo Stato italiano ha violato i diritti dei ricorrenti intervenendo in modo decisivo per garantire che l'esito del procedimento in cui esso era parte gli fosse favorevole, senza che sussistessero impellenti motivi di interesse generale, e privando di rilievo, con lo stabilire la salvezza dei soli trattamenti pensionistici più favorevoli già liquidati alla data di entrata in vigore della legge, la prosecuzione del giudizio per un'intera categoria di persone che si trovavano nella posizione dei ricorrenti nel giudizio principale. Tuttavia, con la sentenza n. 264/2012, la Corte Costituzionale ha dichiarato di essere comunque chiamata a un'attività di bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente protetti complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata. Nel caso specifico, il giudice costituzionale ritiene che sussistono preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva perché gli effetti di detta disposizione ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'articolo 81, comma 4, Cost., e assicura la razionalità complessiva del sistema stesso, impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti e a vantaggio di altri, così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali. Una legge – come quella impugnata – che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni, non si espone a censure di incostituzionalità.

Convezione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e del Protocollo addizionale alla Convezione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, Sez. VI – Valenza, Altavista, Marsella, Schettini, Tomasini c. Autorità garante della concorrenza e del mercato – Avv. Gen. E. Sharpston.

Contratto a termine – Lavoro pubblico – Direttiva n. 1999/70/Ce – Accordo Ces, Unice, Ceep sul lavoro a tempo determinato – Clausola 4 – Principio di non discriminazione – Procedura di stabilizzazione – Assunzione in ruolo senza concorso di lavoratori già in servizio a tempo determinato – Computo dell’anzianità di servizio – Sussistenza.

La clausola 4 dell’Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e figurante quale allegato della Direttiva n. 1999/70/Ce del Consiglio del 28 giugno 1999, relativa all’Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, quale quella controversa nei procedimenti principali, la quale escluda totalmente che i periodi di servizio compiuti da un lavoratore a tempo determinato alle dipendenze di un’authority pubblica siano presi in considerazione per determinare l’anzianità del lavoratore stesso al momento della sua assunzione a tempo indeterminato, da parte di questa medesima authority, come dipendente di ruolo nell’ambito di una specifica procedura di stabilizzazione del suo rapporto di lavoro, a meno che la citata esclusione sia giustificata da «ragioni oggettive» ai sensi dei punti 1 e 4 della clausola di cui sopra. Il semplice fatto che il lavoratore a tempo determinato abbia compiuto i suddetti periodi di servizio sulla base di un contratto o di un rapporto di lavoro a tempo determinato non configura una ragione oggettiva di tal genere. (1)

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

(1) L'ANZIANITÀ DI SERVIZIO DEI PRECARI PUBBLICI:
UNA DISCRIMINAZIONE ALLA ROVESCIA?

SOMMARIO: 1. I valori in bilanciamento nel caso *Valenza*. — 2. I fatti e il giudizio interno. — 3. La posizione della Corte di Giustizia. — 4. Riflessioni critiche.

1. — *I valori in bilanciamento nel caso Valenza* — Pochi mesi fa la Corte di Giustizia dell'Ue si è pronunciata in ordine alla procedura di rinvio pregiudiziale sollevata, nella primavera del 2011, ex art. 267 TfUE, dal Consiglio di Stato italiano, nell'ambito di controversie sorte nel quadro d'attuazione della legge italiana 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria del 2007), e segnatamente del suo art. 1, comma 519, teso a realizzare la stabilizzazione a domanda del personale non dirigenziale in servizio a tempo determinato da almeno tre anni (anche non continuativi) (1).

Il ricorso al giudice europeo scaturisce, dunque, in un quadro abbastanza specifico: quello del lavoro nel settore pubblico, in cui è possibile distinguere la posizione del lavoratore che gode dello *status* di impiegato pubblico da quella del lavoratore dipendente da una p.a. per effetto di un contratto di diritto privato. Quadro fattuale che si radica, evidentemente, nel peculiare tessuto normativo italiano, che, nonostante il processo di privatizzazione del pubblico impiego, ancora conserva alcuni profili di specificità propri del settore pubblico (2).

(1) Preciso che la norma si applicava anche al personale che avrebbe conseguito il requisito suddetto in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 29 settembre 2006 o che fosse stato in servizio per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore della legge. Di questa procedura riferiscono, tra gli altri, A. Loffredo, *La stabilizzazione dei precari nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, 2, pp. 307 ss.; A. Pozzi, *La stabilizzazione dei precari del pubblico impiego: tecniche legislative tra illusioni e principi costituzionali*, in *Giust. amm.*, 2007, p. 26; mentre, anche per i numerosi riferimenti alla giurisprudenza in argomento, v. A. Perrino, *Lavoro pubblico a termine, divieto di conversione, risarcimento e stabilizzazione*, in *q. Riv.*, 2011, n. 4, pp. 530 ss.

(2) Il tema del lavoro nel settore pubblico appare vastissimo e stratificato, non solo perché il pubblico impiego, storicamente inquadrato tra i rapporti speciali di lavoro, ha subito, nel tempo, un graduale processo di privatizzazione, ma perché nell'ambito di detto processo si rintracciano momenti di ritorno al passato, normative destinate a valere in settori specifici o in particolari comparti (v. caso Poste, disciplina del settore spettacolo, quella del comparto scuola), singole previsioni modificative di provvedimenti più organici, disposte attraverso testi di carattere finanziario (v. quanto stabilito, nelle leggi finanziarie dell'anno 2007 e 2008, per le procedure di stabilizzazione dei precari; la legge 24 dicembre 2007, n. 244, e il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133, rilevano, invece, in ordine al blocco delle assunzioni a termine nelle p.a. e al successivo ripristino della facoltà delle stesse di accedere al lavoro flessibile) o in veri e propri provvedimenti anticrisi (ad es., v. il d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito con legge 3 agosto 2009, n. 102, e la sua incidenza sull'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, in tema di diritto di precedenza). Tutto ciò, nonostante l'esistenza di un T.U. in materia, ha generato recrudescenze di antiche problematiche, incoerenze sistematiche, disarticolazioni tra esigenze funzionali e assetti strutturali, con dubbi interpretativi che non hanno mancato di coinvolgere anche la Corte Costituzionale. Poiché le questioni oggetto della sentenza in epigrafe attingono prevalentemente al diritto comunitario sul contratto a termine e lambiscono la disciplina del lavoro pubblico solo per quel che riguarda la fattispecie specifica prevista da una delle leggi italiane sulla stabilizzazione dei precari della p.a., in questo contributo non si affrontano minimamente le problematiche di carattere interno riguardanti l'attuazione della Direttiva

È per effetto di queste peculiarità normative che la Corte di Giustizia si è precedentemente espressa nel senso della legittimità (3) del divieto, vigente nel pubblico impiego, di conversione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato (4); ed è, verosimilmente, per effetto delle medesime che è emerso

n. 1999/70 e le interpretazioni giurisprudenziali del d.lgs. n. 368/2001, con cui si è dato luogo a detta attuazione, né quelle connesse alle ripetute modifiche dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001. Piuttosto, si assume come punto di partenza la normativa attualmente vigente, tenendo a mente che il rapporto di lavoro a tempo determinato prestato alle dipendenze di una p.a. risulta disciplinato in via duale. Da una parte, il d.lgs. n. 368/2001 dispone in ordine alla disciplina sostanziale del rapporto di lavoro subordinato e, dall'altra, l'art. 36 del T.U. sul pubblico impiego stabilisce, in deroga al comma 3 dell'art. 97 Cost., il legittimo ricorso al lavoro a termine da parte delle p.a. interessate dalla privatizzazione, nonché i limiti di applicazione al lavoro pubblico dell'apparato sanzionatorio previsto dal d.lgs. sul contratto a termine in caso di illegittima assunzione. L'economia complessiva del lavoro e la volontà di scongiurare il rischio di essere approssimativi su aspetti molto complessi rende opportuna l'astensione da ogni altro più specifico commento e doveroso un ampio rinvio all'abbondante letteratura specialistica.

(3) Va comunque precisato che la questione della conformità della previsione normativa di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, resta, a oggi, non definita. Rilevano in tal senso altri ricorsi, riguardanti la successione illegittima di contratti a termine, pendenti innanzi alla Corte Costituzionale, alla Corte di Giustizia e alla Corte di Strasburgo.

(4) A riguardo, rilevano le osservazioni del Governo italiano, fatte proprie dalla Corte di Giustizia Ue e da questa riportate al punto 48 di una sua ordinanza: vd. Corte di Giustizia Ue 1° ottobre 2010, C-3/10, *Franco Affatato c. Azienda sanitaria provinciale di Cosenza*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 4, p. 956, e in *Foro it.*, 2011, IV, p. 69. L'ordinanza ha a oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Rossano, nell'ambito di una controversia tra il sig. Affatato e il suo datore di lavoro, l'Azienda sanitaria provinciale di Cosenza, in merito alla qualificazione dei contratti di lavoro stipulati tra le due parti (sei contratti di lavoro a tempo determinato in successione) e al mancato rinnovo dell'ultimo contratto. La pronuncia, che riguarda le clausole 2-5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, interessa il disposto normativo italiano di cui all'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 (norma che, al suo comma 5, dispone in ordine alle conseguenze di una violazione delle norme in tema di contratto a termine nel pubblico impiego, limitando la tutela al solo risarcimento del danno, senza riconoscere l'automatica conversione in un rapporto a tempo indeterminato). Il lavoratore, ricorrente nella causa principale, adiva il Tribunale territorialmente competente ritenendo che l'attività di lavoro da lui svolta nel tempo con contratti a termine soddisfacesse, in realtà, esigenze permanenti e durature del suo datore di lavoro. L'azione del lavoratore era diretta a ottenere, in via principale, la conversione di detti contratti in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, con relativa condanna del suo datore di lavoro a reintegrarlo e a versargli l'importo delle retribuzioni maturate a partire dalla data di scadenza dell'ultimo contratto sino a quella della sua effettiva reintegrazione. Inoltre, in subordine, il lavoratore richiedeva la condanna dell'Azienda sanitaria suddetta al pagamento delle retribuzioni per i periodi di sospensione del rapporto di lavoro intercorsi tra il primo e l'ultimo contratto di lavoro. Il rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Rossano si sostanziava in una serie di questioni, interpretative di varie normative italiane, rimesse all'attenzione della Corte, per la maggior parte (dalla prima alla dodicesima) ritenute dalla stessa non attinenti alla realtà e/o all'oggetto della causa principale. Circa le questioni ritenute rilevanti, invece, la Corte ha, tra l'altro, affermato che la clausola 5 dell'Accordo quadro non osta a una normativa nazionale, come quella di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, che, nell'ipotesi di abuso derivante dal ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione da un datore di lavoro del settore pubblico, vieta che questi ultimi siano convertiti in un contratto di lavoro a tempo indeterminato quando l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro prevede, nel settore interessato, altre misure effettive per

un contrasto interpretativo interno tra giudice ordinario e giudice amministrativo, riguardo l'applicabilità dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (5), come pure sorgono le stesse questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte nel caso *Valenza*.

Per avviare l'annotazione di questa sentenza, mi sembra, quindi, utile focalizzare prima di tutto l'attenzione sui profili di specialità propri del pubblico impiego, e in particolare sulle modalità di reclutamento e assunzione proprie del settore. Questo, infatti, è un caso che riguarda sì il contratto a termine – e conseguentemente l'Accordo quadro concluso dalle parti sociali europee nel 1999 (6) –, ma ancor prima, a livello nazionale, il caposaldo costituzionale di cui all'art. 97 sull'accesso al pubblico impiego. La pronuncia è espressione di due importanti dinamiche emergenti sul piano sopranazionale; difatti, per effetto del diritto comunitario vigente si gioca, in prima battuta, la partita dell'uguaglianza tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, ma, nel contempo, scatta una sorta di «prova di forza» tra l'Ue (garante di un principio di non discriminazione, operante in materia di contratto a tempo determinato) e uno Stato membro (titolare del potere discrezionale di regolamentare i rapporti di lavoro in essere, nel settore pubblico, sul suo territorio).

Sicché va subito osservato che, per dirimere la questione inerente la discrezionalità, non assoluta, dello Stato membro di disporre in ordine all'organizzazione delle proprie p.a., in questo caso, ancora una volta, la Corte di Giustizia opera un bilanciamento di valori evocando il noto principio di proporzionalità, elaborato attraverso la sua

evitare – ed eventualmente sanzionare – il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione. Spetta, tuttavia, al giudice del rinvio accertare se le condizioni di applicazione, nonché l'attuazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno configurino uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare il ricorso abusivo da parte della p.a. a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione. In senso favorevole a detta soluzione hanno inciso, appunto, le osservazioni scritte presentate nel procedimento dal Governo italiano che, in particolare, aveva evidenziato che: l'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, come modificato nel 2007, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, ha aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato e ha introdotto, a favore del lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, un diritto di priorità nelle assunzioni a tempo indeterminato; inoltre, che l'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato nel 2008, prevede – oltre al diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno subito a causa della violazione di norme imperative e all'obbligo del datore di lavoro responsabile di restituire all'amministrazione le somme versate a tale titolo quando la violazione sia dolosa o derivi da colpa grave – l'impossibilità del rinnovo dell'incarico dirigenziale del responsabile, nonché la presa in considerazione di detta violazione in sede di valutazione del suo operato.

(5) Contrasto rilevato dal Consiglio di Stato nel procedimento in esame (v. punto 26 della sentenza), su cui *infra*, nota 9.

(6) Ci si riferisce all'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e allegato della Direttiva n. 1999/70/Ce del Consiglio del 28 giugno 1999. A riguardo, per tutti, si v. M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, 2009. Inoltre, per quel che attiene alla base giuridica da cui scaturisce la direttiva in parola, sul ruolo alternativo delle parti sociali rispetto al Parlamento europeo nell'ambito della funzione normativa Ue, per riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza sul punto, sia consentito rinviare ai miei commenti agli artt. 153 e 155 TfUe, in R. De Luca Tamajo, O. Mazzotta (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V ed., Cedam, in corso di pubblicazione.

stessa giurisprudenza; inoltre, va pure precisato che, sul piano interno, il bilanciamento di valori in questione coinvolge, da una parte, il principio di uguaglianza e, dall'altra, le esigenze di trasparenza, imparzialità e merito che devono contraddistinguere le selezioni del personale operante nelle p.a. Le disposizioni costituzionali di cui agli artt. 3 e 97 non sono, tuttavia, le uniche interessate dalla pronuncia interpretativa dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. Come anticipato in apertura, i fatti alla base dei procedimenti principali derivano dall'applicazione della normativa sulla stabilizzazione del personale assunto a tempo determinato, contenuta nella legge finanziaria del 2007. Per questo, oltre all'art. 1, comma 519, di detta legge, sul piano normativo interno rileva anche l'art. 75, comma 2, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, che dispone in ordine al trattamento economico del personale interessato dalla stabilizzazione in questione, specificando che esso «è determinato a livello iniziale e senza riconoscimento dell'anzianità di servizio maturata nei contratti a termine o di specializzazione, senza maggiori spese e con l'attribuzione di un assegno *ad personam*, riasorbibile e non rivalutabile, pari all'eventuale differenza di trattamento economico conseguito e quello spettante all'atto del passaggio di ruolo». Altra norma rilevante è l'art. 36 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, giacché da essa si desume quale sia il modello di lavoro, predominante, che deve caratterizzare l'organico delle p.a. ma, nel contempo, anche la possibilità, riconosciuta dal legislatore, di affrontare le esigenze temporanee ed eccezionali connesse al fabbisogno di personale delle p.a., facendo ricorso a forme di lavoro flessibile. Va poi aggiunto che, sebbene il lavoro subordinato a tempo indeterminato rappresenti il modello caratterizzante le p.a., per effetto del medesimo art. 36 (comma 5), vige un generale (quanto discusso) divieto di costituire rapporti di lavoro a tempo indeterminato quando sussistano violazioni di disposizioni imperative operanti in tema di assunzione o impiego di lavoratori.

Il nodo cruciale da cui emerge il potenziale conflitto tra diritto interno e diritto comunitario risiede nei contenuti della clausola 4 dell'Accordo quadro facente parte della Direttiva sul lavoro a tempo determinato. Questa non solo stabilisce un generale principio di non discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato per quanto riguarda le condizioni di impiego, ma, al suo quarto paragrafo, dispone espressamente sui criteri per la determinazione dell'anzianità di servizio, ribadendo che non può sussistere differenza di trattamento tra le due tipologie di lavoratori, «eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive».

È evidente quanto detta clausola rispecchi in pieno il primo obiettivo dell'accordo siglato dalle parti sociali: migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato attraverso il rispetto del principio di non discriminazione (7).

Fatta questa premessa generale, è utile evocare brevemente i fatti da cui è scaturito il procedimento e le posizioni espresse dai giudici nazionali.

2. — *I fatti e il giudizio interno* — Il procedimento in esame riguarda le controverse instaurate da cinque lavoratrici contro l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dopo aver fatto istanza di stabilizzazione ai sensi della legge n. 296/2006, dal momento in cui detta Autorità non ha tenuto conto, ai fini della de-

(7) Vd. clausola 1, lett. a, dell'Accordo quadro.

terminazione dell'anzianità loro riconosciuta in fase di assunzione a tempo indeterminato, dei periodi di servizio da esse precedentemente maturati alle dipendenze della stessa con contratti di lavoro a tempo determinato. Difatti, dopo essere state assunte in ruolo nel maggio 2007, le dette lavoratrici sono state inquadrate nel livello iniziale della categoria retributiva, corrispondente all'instaurazione del loro rapporto di lavoro a tempo determinato. L'Autorità suddetta ha omissso di riconoscere l'anzianità maturata in costanza di rapporto a termine (caratterizzato da più contratti stipulati in successione), limitandosi a riconoscere loro un assegno *ad personam*, secondo quanto previsto dall'art. 75, comma 2, del d.l. n. 112/2008.

Il ricorso al Tar del Lazio, avanzato dalle lavoratrici, è stato respinto sulla base del fatto che la procedura di stabilizzazione consente di accedere a un'assunzione in ruolo senza concorso escludendo il riconoscimento dell'anzianità maturata nel rapporto pregresso.

Secondo le ricorrenti, che una volta entrate in ruolo hanno continuato a svolgere le medesime mansioni svolte in passato, l'azzeramento dell'anzianità maturata, previsto dalla normativa italiana e praticato dal loro datore di lavoro, costituisce una violazione della clausola 4 dell'Accordo quadro. Il ricorso in Appello da parte delle lavoratrici è stato, dunque, formulato sulla base di detta tesi, lamentando, peraltro, la sussistenza di un'abusiva reiterazione di contratti a termine. Effettivamente, vigendo in materia di contratto a tempo determinato la Direttiva n. 1999/70/Ce, di attuazione dell'Accordo quadro in parola, nell'esame del caso, il Consiglio di Stato non ha potuto non prendere in considerazione i suoi contenuti; va detto, però, che lo ha fatto, in primo luogo, osservando che la normativa italiana di stabilizzazione non va intesa come una regolarizzazione di assunzioni a carattere illegittimo e abusivo praticate in violazione della clausola 5 dell'Accordo quadro (8) e, in secondo luogo, ventilando la legittimità dell'azzeramento di anzianità, in considerazione del rischio di discriminazioni alla rovescia che, diversamente, potrebbero essere patite dai lavoratori già in ruolo a tempo indeterminato, che hanno sostenuto un regolare concorso pubblico per accedere alla posizione ricoperta.

Proposta in questa chiave, la domanda di pronuncia interpretativa sollevata dal Consiglio di Stato sembrerebbe piuttosto orientata a tutelare i lavoratori a tempo indeterminato rispetto ai lavoratori precari e, soprattutto, tesa a salvaguardare l'impianto normativo centrato sull'art. 97 Cost.

Nella visione del giudice remittente, peraltro, la normativa di stabilizzazione non è da ritenersi incompatibile con l'Accordo quadro in questione, poiché esso sarebbe, secondo questi, teso a garantire la parità di trattamento tra lavoratori a tempo indeterminato e lavoratori a tempo determinato solo nel periodo in cui il contratto a termine è in essere (9); inoltre, i contenuti dell'Accordo non impediscono la costituzione *ex novo* di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, dopo la cessazione del contratto a tempo determinato. Dunque, secondo il giudice nazionale,

(8) Impostazione ribadita dal Consiglio di Stato anche nell'ordinanza 13 maggio 2011, n. 1927, riguardante il lavoro pubblico non contrattualizzato, in *Foro it.*, 2011, III, c. 302.

(9) Questa è molto più che una possibile interpretazione prospettata dal giudice amministrativo; l'esclusione di incompatibilità è stata, infatti, pronunciata dal Consiglio di Stato nella sentenza del 23 febbraio 2011, n. 1138.

l'Accordo quadro sarebbe, semplicemente, inapplicabile al caso concreto poiché la differenza di trattamento derivante dall'applicazione della normativa sulla stabilizzazione sussiste semmai tra lavoratori neoassunti a tempo indeterminato e altri già di ruolo a tempo indeterminato.

L'anzianità maturata durante il rapporto di lavoro a tempo determinato rileverebbe nella fattispecie solo ai fini della costituzione di un titolo legittimante l'accesso ai ruoli della p.a. in deroga alla regola del concorso pubblico. Mentre la diversità di criteri nella determinazione dell'anzianità maturata sarebbe legittima ai sensi del par. 4 della clausola 4 dell'Accordo quadro; cioè, sarebbe giustificata da ragioni oggettive: nel caso di specie, dalla volontà di evitare che i beneficiari della stabilizzazione scavalchino i lavoratori già di ruolo aventi minore anzianità (la cd. discriminazione alla rovescia).

La tesi esposta dal giudice amministrativo trova il suo punto critico in un possibile contrasto interpretativo rilevato dallo stesso Consiglio di Stato rispetto all'orientamento della giurisprudenza ordinaria, che, invece, ammette (sia pure in circostanze diverse) l'applicabilità della clausola 4, punto 4, dell'Accordo in caso di conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto a tempo indeterminato (10). Di qui la necessità di interpellare la Corte di Giustizia *ex art. 267 TfUE*.

3. — *La posizione della Corte di Giustizia* — Attraverso due questioni pregiudiziali, sostanzialmente, il giudice del rinvio ha chiesto se la clausola 4 dell'Accordo quadro, letta in combinato disposto con la clausola 5 del medesimo, debba essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale (quale quella italiana suddetta) che esclude totalmente che i periodi di servizio maturati da un lavoratore a tempo determinato alle dipendenze di un'autorità pubblica siano presi in considerazione per determinare l'anzianità del lavoratore stesso al momento della sua assunzione a tempo indeterminato, come dipendente di ruolo della stessa p.a., nell'ambito di una specifica procedura di stabilizzazione del suo rapporto di lavoro.

Il ragionamento della Corte di Giustizia si è sviluppato in due fasi: nella prima, è stato diretto a decidere sull'applicabilità della clausola 4 dell'Accordo quadro; nella seconda, più ampia, è stato teso all'interpretazione della predetta clausola e focalizzato sulla nozione di «ragioni oggettive» elaborata dalla Corte attraverso la sua giurisprudenza.

Per quanto attiene, invece, alla clausola 5, annoto che, dopo un rapido esame delle ordinanze di rinvio, la Corte ha ritenuto la stessa irrilevante, nel caso, mancando i

(10) Il Consiglio di Stato cita la pronuncia del Trib. di Torino, Sez. lav., 9 novembre 2009, n. 4148; detta pronuncia è stata annotata, congiuntamente alla sentenza 5 dicembre 2009, n. 4154, dello stesso Tribunale, da S. Foffano, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 554, ma si v. anche l'annotazione *Pubblico impiego: riconoscimento dell'anzianità pregressa per successione di contratti a termine*, in *Guida lav.*, n. 22/2010, p. 33. Sulla base dell'Accordo quadro, un'altro giudice ordinario ha disapplicato la normativa vigente nel settore istruzione e riconosciuto la possibilità di computo del periodo precedente all'entrata in ruolo: v. Trib. Trani 19 aprile 2010; altri riconoscimenti dell'anzianità maturata, ovvero del trattamento retributivo non erogato negli intervalli di tempo non lavorati, sono stati disposti da Trib. Milano 12 gennaio 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 182; Trib. Milano 23 novembre 2009, n. 7106; Trib. Treviso 20 luglio 2010, in *Lav. giur.*, 2011, p. 389; Trib. Milano 11 marzo 2010, n. 2020; Trib. Roma 16 giugno 2010, n. 10942; mentre l'esclusione dell'anzianità pregressa in caso di stabilizzazione è stata affermata dal Trib. di Roma 20 gennaio 2011, n. 832, sulla base di elementi analoghi a quelli eccepiti dal Consiglio di Stato nel procedimento in esame.

presupposti documentali da cui fosse possibile desumere l'eventuale uso abusivo di una successione di contratti a termine.

Quindi, va sottolineato che la pronuncia interpretativa che si segnala è, invero, circoscritta al solo art. 4 dell'Accordo. Va pure detto che la sentenza in parola definisce l'unico procedimento in cui sono state riunite le diverse cause riguardanti le cinque lavoratrici (11); inoltre, si caratterizza per la peculiarità di essere stata pronunciata in assenza di conclusioni dell'Avvocato Generale.

Essa presenta, comunque, i tratti tipici del *modus operandi* della Corte di Giustizia, che, per affrontare l'esame delle questioni pregiudiziali poste alla sua attenzione dal giudice amministrativo italiano, ha evocato l'*acquis* comunitario in tema di contratto a termine richiamando, tra gli altri, innanzitutto i più recenti casi *Rosado Santana* (12) e *Huet* (13) (con i relativi precedenti) (14).

(11) V. le cause C-302/11, C-303/11, C-304/11, C-305/11.

(12) Vd. Corte di Giustizia Ue 8 settembre 2011, causa C-177/10, *Francisco Javier Rosado Santana c. Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía*. La pronuncia, che viene richiamata più volte dalla Corte di Giustizia, riguarda l'applicazione della clausola 4 dell'Accordo quadro nell'ambito della funzione pubblica. In particolare, al dispositivo n. 1 della sentenza, la Corte ha chiarito che la Direttiva sul lavoro a tempo determinato e l'Accordo quadro a essa allegato si applicano ai contratti e rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e gli altri enti del settore pubblico. Dette fonti del diritto comunitario richiedono che sia esclusa qualsiasi disparità di trattamento tra i dipendenti pubblici di ruolo e i dipendenti pubblici temporanei ai primi comparabili per il solo motivo che questi ultimi lavorano a tempo determinato, a meno che la disparità di trattamento non sia giustificata da ragioni oggettive ai sensi della clausola 4, punto 1, del suddetto Accordo quadro. In ordine all'interpretazione della clausola 4, la Corte ha affermato che essa osta a che i periodi di servizio prestati da un dipendente pubblico temporaneo di un'amministrazione pubblica non vengano presi in considerazione ai fini dell'accesso di quest'ultimo, divenuto nel frattempo dipendente pubblico di ruolo, a una promozione per via interna cui possono aspirare esclusivamente i dipendenti pubblici di ruolo, a meno che tale esclusione non sia giustificata da ragioni oggettive ai sensi del punto 1 di tale clausola. Il semplice fatto che il dipendente pubblico temporaneo abbia prestato detti periodi di servizio in base a un contratto o un rapporto di lavoro a tempo determinato non costituisce una tale ragione oggettiva (v. dispositivo n. 2 della sentenza).

(13) Vd. Corte di Giustizia Ue, 8 marzo 2012, causa C-251/11, *Martial Huet c. Université de Bretagne occidentale*. La sentenza costituisce un'interpretazione della clausola 5 dell'Accordo quadro, ma ai fini del caso in esame rileva soprattutto per i profili inerenti alla trasformazione del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato e all'obbligo di mantenere immutate le clausole principali dell'ultimo contratto a tempo determinato (v. punti 33 e 37). La Corte ha affermato che, quando la normativa di uno Stato membro prevede la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato nel momento in cui i contratti di lavoro a tempo determinato hanno raggiunto una determinata durata, detto Stato non è tenuto a imporre che nel contratto di lavoro a tempo indeterminato vengano mantenute immutate le clausole principali contenute nel contratto precedente. Tuttavia, al fine di non pregiudicare gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva n. 1999/70 e il suo effetto utile, esso deve vigilare affinché la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato non sia associata a modifiche sostanziali delle clausole del contratto precedente in senso globalmente sfavorevole all'interessato, quando l'oggetto del suo incarico e la natura delle sue funzioni restano invariati.

(14) La giurisprudenza comunitaria sul tema è talmente ampia e chiara da poter affermare che con la pronuncia in esame la Corte non abbia oggettivamente detto nulla di nuovo, sal-

Contrariamente alla posizione espressa dal Governo italiano nelle osservazioni presentate nel procedimento (15) e all'analoga impostazione assunta dal Consiglio di Stato (16), la Corte ha affermato con forza l'applicabilità della clausola 4 nella questione controversa.

In riferimento alla pretesa di non applicare la clausola 4 dell'Accordo, in ragione del fatto che a seguito della stabilizzazione i precari hanno perduto lo *status* di lavoratori a tempo determinato, la Corte ha ribadito (17) che il semplice fatto che le lavoratrici abbiano acquisito lo *status* di lavoratore a tempo indeterminato non le priva della possibilità di appellarsi al principio di non discriminazione previsto dalla clausola in parola. Perché ricorra l'applicabilità della clausola 4, è sufficiente, infatti, che la discriminazione lamentata sia riconducibile ai periodi in cui le lavoratrici svolgevano la loro attività con contratto a termine, anche perché l'inapplicabilità della norma al caso di specie non può dedursi né dal testo della clausola 4, né dal contesto normativo in cui la clausola è inserita. Anzi, la non applicazione si tradurrebbe in un'interpretazione restrittiva incompatibile con l'obiettivo stesso della Direttiva n. 1999/70 (18).

Chiarito che il principio di non discriminazione va applicato, tanto con riguardo alle condizioni di impiego quanto ai criteri di anzianità, la Corte ha ribadito che ai fini della corretta applicazione del principio deve essere accertata la comparabilità (19) delle posizioni dei lavoratori a tempo determinato rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato già di ruolo. È evidente, infatti, che una disparità di trattamento legata a si-

vo il fatto di aver enumerato le discriminazioni alla rovescia nell'elenco delle potenziali «ragioni oggettive» di cui ai punti 1 e 4 della clausola 4 dell'Accordo quadro.

(15) Queste sono riassunte al punto 30 della sentenza.

(16) Di cui si è detto sopra.

(17) Questa impostazione, infatti, è stata già affermata in *Rosado Santana*, punti 41-43. Inoltre, nel caso *Huet*, punto 37, la Corte ha ricordato che la trasformazione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato non può essere considerata estranea all'ambito di applicazione dell'Accordo quadro. Nel caso di specie, addirittura, la legge nazionale, che ha indotto l'Università pubblica-datore di lavoro a trasformare l'ultimo contratto a tempo determinato del ricorrente nel procedimento principale in un contratto a tempo indeterminato, rientrava proprio nelle misure di prevenzione di cui alla clausola 5, punto 1, lettera *b*, dell'Accordo quadro.

(18) Contro cui depone anche altra giurisprudenza, tra cui v. Corte di Giustizia Ue, 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*, punti 37 e 38, e Corte di Giustizia Ue, 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punti 114 e 115.

(19) Il concetto di comparabilità è notoriamente connesso al principio di non discriminazione, e a riguardo esiste un'ampia giurisprudenza della Corte. Ad esempio, al punto 65 della pronuncia relativa al caso *Rosado Santana*, la Corte richiama a sua volta il precedente caso *Franz Egenberger* (Corte di Giustizia Ue 11 luglio 2006, causa C-313/04, punto 33) ricordando che, secondo una costante giurisprudenza, il principio di non discriminazione impone che situazioni analoghe non siano trattate in modo dissimile e che situazioni diverse non siano trattate nello stesso modo, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato. Inoltre, dal punto 66 della medesima pronuncia, oltre al riferimento esplicito al caso *Montoya Medina* (v. Corte di Giustizia Ue, ordinanza 18 marzo 2011, causa C-273/10, punto 37), si trae che, per accertare che le persone interessate esercitino un lavoro identico o simile nel senso dell'Accordo quadro, in conformità delle clausole 3, punto 2, e 4, punto 1, di quest'ultimo, occorre valutare se dette persone si trovino in una situazione comparabile, tenendo conto di un insieme di fattori come la natura del lavoro, le condizioni di formazione e le condizioni di impiego.

tuazioni differenti non sarebbe contraria al disposto della clausola 4. Il ricorso di situazioni analoghe impone, invece, un trattamento uguale, sempre fatta salva l'eventuale giustificazione oggettiva che consente di fare diversamente.

Come anticipato, un'ampia parte del ragionamento della Corte nella sentenza in commento è tesa a indicare i parametri che qualificano una oggettiva ragione giustificatrice di una differenza di trattamento. Da esso si trae che una legge o un contratto collettivo che preveda la suddetta differenza non rappresenta in sé una «ragione oggettiva» ai sensi della clausola 4, punti 1 e 4 (20).

D'altro canto, neppure il mero fatto che il contratto di lavoro con la p.a. sia temporaneo vale a integrare una giustificazione oggettiva della differenza di trattamento di un lavoratore rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato (21). Riprendendo posizioni già note (22), la Corte ha, infatti, chiarito che, sebbene l'Accordo quadro in questione costituisca un quadro generale di principi e prescrizioni minime, teso a garantire la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato e a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di rapporti di lavoro o di contratti di lavoro a tempo determinato, il potere discrezionale degli Stati membri di definire il contenuto delle loro norme nazionali riguardanti i contratti di lavoro trova il suo limite nell'impossibilità di rimettere in discussione l'obiettivo o l'effetto utile dell'Accordo quadro. Dunque, il fatto che gli Stati godano di un certo margine di discrezionalità non esclude che gli stessi debbano attenersi a un'applicazione trasparente dei criteri da loro stabiliti e che siano, comunque, soggetti a un controllo superiore, teso a evitare un trattamento deteriore dei lavoratori a tempo determinato (23).

In questo senso, calandosi nel dato normativo italiano, la Corte ha affermato che il principio di non discriminazione, previsto dalla clausola 4 dell'Accordo quadro, sa-

(20) Sul punto esiste ampia giurisprudenza: v. caso *Del Cerro Alonso*, punto 57, con nota di L. Zappalà, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 2, pp. 326-334, e Corte di Giustizia Ue 22 dicembre 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, cause C-444/09 e C-456/09, punto 54, con nota di F. Siotto, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, pp. 1294-1299; nonché i già citati casi *Montoya Medina*, punto 40, e *Rosado Santana*, punto 72, e l'ordinanza Corte di Giustizia Ue 9 febbraio 2012, causa C-273/10, *Lorenzo Martinez*, punto 47.

(21) L'irrilevanza della temporaneità del rapporto di lavoro sussiste in forza di un consolidato orientamento della Corte di Giustizia, basato sul fatto che l'ammissione di un siffatto criterio di giustificazione priverebbe del loro contenuto gli scopi della Direttiva n. 1999/70 e dell'Accordo quadro ed equivarrebbe a perpetuare una situazione svantaggiosa per i lavoratori a tempo determinato. A riguardo rilevano: nel caso *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, cit., i punti 56 e 57; nel caso *Montoya Medina*, cit., i punti 42 e 43; nel caso *Rosado Santana*, cit., il punto 74; nel caso *Lorenzo Martinez*, i punti 49 e 50.

(22) Al punto 64, la Corte richiama quanto già affermato nella sua giurisprudenza in tema di contratto a termine, e più di recente ribadito nel corpo della sentenza relativa al caso *Huet*, cit., punti 40, 41 e 43. In particolare, preciso che, per i chiarimenti inerenti lo scopo dell'Accordo e della Direttiva in parola, rilevano le affermazioni contenute in *Del Cerro Alonso*, punti 26 e 36, in *Impact*, cit., punti 70 e 111, nonché nell'ordinanza Corte di Giustizia Ue 11 novembre 2010, *Vino*, C-20/10, punto 54; mentre, in ordine al limite imposto al potere discrezionale degli Stati, si v. le sentenze Corte di Giustizia Ue 4 luglio 2006, *Adeneler e al.*, C-212/04, punto 82, e Corte di Giustizia Ue, 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki e al.*, punto 155.

(23) Per questa impostazione, al punto 59 della sentenza in epigrafe, la Corte richiama il precedente *Rosado Santana* (v. punto 77).

rebbe privato di qualsiasi contenuto se, sulla base del diritto nazionale, il semplice fatto che un rapporto di lavoro sia stato costituito *ex novo* fosse idoneo a configurare una «ragione oggettiva» ai sensi della clausola suddetta, atta a giustificare una diversità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato, in ordine al riconoscimento dell'anzianità maturata durante il rapporto di lavoro a termine (24).

Sul punto rileva, invece, la natura delle mansioni svolte dai lavoratori neodipendenti di ruolo e, più precisamente, se esse siano identiche a quelle che i medesimi esercitavano in precedenza, nell'ambito di contratti di lavoro a tempo determinato, e se siano sostanzialmente equivalenti a quelle di un altro soggetto che abbia svolto, presso la stessa p.a., periodi di servizio in qualità di dipendente di ruolo nella pertinente categoria retributiva.

Infatti, la nozione di ragione oggettiva riconducibile alla clausola 4, elaborata nella giurisprudenza della Corte, impone non solo l'uso di criteri oggettivi e trasparenti, ma anche il ricorso di elementi precisi e concreti che contraddistinguono la condizione di lavoro, nello specifico contesto in cui essa si inquadra. La particolare natura delle mansioni che sono all'oggetto del contratto a termine può, dunque, essere una valida causa legittimante una disparità di trattamento.

Anche il perseguimento di una legittima finalità di politica sociale da parte di uno Stato membro può integrare gli estremi di una ragione oggettiva ai sensi della clausola 4. Va, tuttavia, precisato che, secondo l'orientamento della Corte, detti elementi presuntivi di una legittima giustificazione vanno ponderati alla luce del principio di proporzionalità; dunque, è sempre necessario verificare che la differenza di trattamento introdotta risponda a una esigenza reale, sia idonea al raggiungimento dell'obiettivo che si persegue e se sia necessaria a tal fine.

La Corte ha rinviato al giudice nazionale l'accertamento delle questioni specifiche attinenti alla comparazione della natura delle mansioni di lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, nonché la possibile qualificazione di alcuni degli argomenti, presentati dall'Autorità pubblica dinanzi al Consiglio di Stato, in termini di «ragioni oggettive» ai sensi della clausola 4, punti 1 e/o 4, dell'Accordo quadro (25).

Ha, però, ribadito (26) la natura incondizionata e sufficientemente precisa della clausola 4, ai fini della sua diretta applicazione da parte del giudice nazionale, ove essa fosse invocata dai singoli nei confronti dello Stato membro (27).

(24) Così al punto 65 della sentenza. Preme, infatti, ricordare che, anche se l'Accordo quadro non vincola gli Stati stabilendo le condizioni alle quali è consentito fare ricorso a un contratto a tempo indeterminato, né, in caso di conversione del rapporto di lavoro a termine, impone di mantenere immutate le condizioni contrattuali, va tenuto presente l'obbligo di vigilanza che insiste sugli Stati membri, per effetto della clausola 5 dell'Accordo medesimo, nel momento in cui ricorre la fattispecie della trasformazione di un contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato. Sul punto, rilevano i contenuti della decisione della Corte nel caso *Huet*, già riportati *supra*, in nota 17.

(25) V. punto 68 della sentenza.

(26) Precedenti in caso *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, cit., punti 78, 83, 97 e 98, caso *Montoya Medina*, cit., punto 46, *Rosado Santana*, cit., punto 56.

(27) Posizione che sembra essere già nota al Tribunale del lavoro di Torino, cit.

La conclusione cui è giunta la Corte nella pronuncia interpretativa della clausola predetta consente di affermare che la succitata normativa italiana di stabilizzazione – che al momento dell’assunzione in ruolo, senza concorso pubblico, di lavoratori già in servizio a tempo determinato non tiene affatto in considerazione l’anzianità maturata in corso di rapporto di lavoro a termine (con il fine di scongiurare il rischio di discriminazioni alla rovescia a danno dei lavoratori a tempo indeterminato) – è incompatibile con il diritto comunitario. Più precisamente, la norma in esame osta alla normativa italiana in ragione del fatto che l’esclusione dei periodi di lavoro a tempo determinato dal computo dell’anzianità maturata è prevista in maniera totale e assoluta. Ciò vale, naturalmente, facendo salvo l’accertamento della sussistenza di giustificatrici «ragioni oggettive» da parte dello stesso giudice interno. La competenza di questi sul punto non ha, comunque, impedito alla Corte di affermare esplicitamente che il semplice fatto che il lavoratore a tempo determinato abbia maturato un periodo di servizio sulla base di un contratto o di un rapporto di lavoro a tempo determinato non configura una ragione oggettiva di tal genere (28).

4. — *Riflessioni critiche* — Ai giuslavoristi comunitaristi è indubbiamente chiaro il condizionamento, insito nella procedura stabilita dall’art. 267 TfUe, cui è sottoposta la Corte di Giustizia nell’esprimere una decisione su una questione controversa. Essa è chiamata a dare un giudizio di compatibilità tra due normative appartenenti a ordinamenti diversi, ma funzionalmente legati tra loro, secondo un criterio monistadualista che ne regola la gerarchia delle fonti. La pronuncia espressa ex art. 267 TfUe si sostanzia sempre nella formula «osta» o «non osta» e, di regola, non contiene specifici giudizi di merito, prevedendo il classico rinvio al giudice interno, che recepisce l’orientamento della Corte operando come giudice diffuso, in ossequio a un collaudato principio di collaborazione. In quest’ottica, di norma, la Corte non valica il limite dell’accertamento dei fatti rilevanti sul piano interno e non formula giudizi diretti in ordine alla controversia di cui al procedimento principale. L’accertamento e il giudizio spettano al giudice nazionale, che, secondo un approccio basato sul principio sussidiarietà, vanta una competenza «per vicinanza». Credo che, sulla base di questo criterio, anche il giuslavorista che guarda al caso dall’interno del sistema ordinamentale possa sentirsi legittimato a dire qualcosa in più rispetto a quanto detto dalla Corte di Giustizia, semmai anticipando o addirittura orientando ulteriormente la decisione del giudice remittente.

Personalmente, ritengo utile puntualizzare alcuni aspetti.

Con la riaffermazione del principio di non discriminazione, nella pronuncia in esame la Corte ha affrontato in dettaglio anche la questione delle cd. discriminazioni alla rovescia, ventilate dal giudice remittente (29). Effettivamente, secondo la Corte di

(28) In questo senso conforme all’orientamento espresso in *Rosado Santana*, cit., e successive sentenze già citate *supra*.

(29) L’espressione «discriminazione alla rovescia» non appare per la prima volta nel testo di una sentenza della Corte di Giustizia e, anzi, essa apre istantaneamente un cassetto nella memoria dei cultori del diritto antidiscriminatorio, che hanno accompagnato gli studi teorici sulle azioni positive all’analisi dei casi pratici posti all’attenzione della Corte. Note sono, infatti, le sentenze Corte di Giustizia Ue 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, e 2 agosto 1993, causa C-271/91, *M. Helen Marshall c. Southampton and*

Giustizia, l'obiettivo di evitare discriminazioni alla rovescia può costituire, in linea di principio, una giustificazione oggettiva ex clausola 4, par. 1 e 4, dell'Accordo quadro. Secondo la stessa, tuttavia, esso non può comunque giustificare una normativa nazionale sproporzionata, quale quella italiana. La normativa di stabilizzazione esclude, infatti, totalmente e in ogni circostanza, di considerare tutti i periodi di servizio maturati dai lavoratori a tempo determinato, e ciò trova il suo fondamento nella premessa

South-West Hampshire Area Health Authority. A riguardo, esiste ampia dottrina di riferimento, tra cui si v. E. Ales, *Azioni positive e parità di trattamento uomo-donna nel diritto comunitario: la Corte di Giustizia supera l'indirizzo Kalanke?*, in *Dir. lav.*, 1998, II, pp. 109-118; C. Assanti, *Azioni positive: confini giuridici e problemi attuali dell'eguaglianza di opportunità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, pp. 375-386; M.V. Ballestrero, *A proposito di uguaglianza e di diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1992, pp. 557 ss.; Idem, *Azioni positive punto e a capo*, in *Lav. dir.*, 1996, pp. 177 ss.; Idem, *L'uguaglianza del signor Marshall*, in *Ragion pratica*, 1997, 8, pp. 97 ss.; Idem, *Eguaglianze e nuove differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lav. dir.*, 2004, pp. 51 ss.; M. Barbera, *Discriminazione e uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; Idem, *La sfida dell'uguaglianza*, in q. *Riv.*, 2000, pp. 245 ss.; Idem, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, in q. *Riv.*, 2002, I, p. 805; L. Calafà, *Le «quote condizionate» a favore delle donne al vaglio della Corte di Lussemburgo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, pp. 214 ss.; R. Foglia, *Ancora in tema di parità uomo-donna: la Corte di Giustizia affila le armi contro le discriminazioni sessuali*, in *Mass. giur. lav.*, 1994, pp. 363-369; D. Izzi, *La Corte Costituzionale e le azioni positive: da Kalanke a Marshall*, in *Lav. dir.*, 1998, pp. 675 ss.; P. Mori, *Quale uguaglianza? Ovvero le azioni positive davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. dell'Ue*, 1996, pp. 821-838; A. Riccardi, *Parità di trattamento e discriminazioni alla rovescia*, in *Mass. giur. lav.*, 1996, pp. 202-209; S. Scarponi, *Pari opportunità e «Frauenquoten» davanti alla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, pp. 717-737; B. Veneziani, *A proposito di quote e percentuali nel diritto del lavoro italiano e comunitario*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, 1998, I, Giuffrè, Milano, pp. 617-646. In generale sul tema, più di recente, si v. M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto discriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007; L. Calafà, D. Gottardi (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009, nonché M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, 2009, Cedam, Padova. I casi sono riportati anche in diversi manuali di diritto del lavoro, tra cui vd. O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, 2008, Giuffrè, pp. 182-187, e R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, 2011, Giuffrè, pp. 532-534.

In sostanza, va detto che, nell'accezione nota ai giuslavoristi, una discriminazione alla rovescia si verifica quando un gruppo generalmente considerato favorito (tipicamente gli uomini) è trattato in modo meno vantaggioso rispetto a un gruppo minoritario (solitamente le donne). Nel caso in esame, i lavoratori a tempo indeterminato, di ruolo, rappresenterebbero il gruppo generalmente considerato favorito, mentre i lavoratori che vengono stabilizzati figurano come appartenenti al secondo gruppo. Va detto, comunque, che la problematica in parola ha toccato ambiti che vanno al di là della parità di trattamento uomo-donna. È, quindi, possibile rintracciare altre accezioni di discriminazioni alla rovescia. Anzi, va tenuto presente che l'espressione si riconduce tradizionalmente anche alla libertà di circolazione di persone, beni e servizi, nei casi in cui la legislazione interna abbia previsto una disciplina più restrittiva, per l'esercizio di professioni o per determinate tipologie di prodotti, rispetto a quella vigente negli altri Stati membri. In relazione a questi casi, la Corte di Giustizia è stata ripetutamente interpellata per scongiurare il rischio di simili discriminazioni, ma la stessa si è pronunciata negando la propria competenza per l'irrelevanza comunitaria di tutte quelle situazioni che, prive di collegamenti diretti con il diritto comunitario, trovano il proprio fondamento nella legislazione interna del singolo Stato membro; v. Corte di Giustizia Ue 16 gennaio 1997, causa C-134/95; 9 settembre 1999, causa C-108/98; 21 ottobre 1999, causa C-97/98; 6 giugno 2000, causa C-281/98; 20 febbraio 2001, causa C-192/99; 16 gennaio 2003, causa C-14/00. Nota è, inoltre, la casistica relativa alle vicende italiane dell'aceto di vino, della pasta, del cioccolato e del prosciutto di Parma. Di

generale secondo cui la durata indeterminata del rapporto di lavoro di alcuni dipendenti pubblici (quelli già in ruolo, a seguito di concorso) giustifica di per sé che i lavoratori a tempo determinato vengano trattati diversamente (30).

Queste affermazioni del giudice comunitario sono destinate a incidere concretamente nell'ordinamento interno, innanzitutto perché dirette a orientare la decisione del giudice remittente, nonché le eventuali altre cause analoghe ancora pendenti. In secondo luogo, va tenuto presente che le medesime affermazioni sono destinate a influenzare anche il legislatore nazionale, dal momento che la Corte di Giustizia opera come una vera e propria fonte di produzione del diritto comunitario. Vista la pronuncia, giocata sul piano della possibile esistenza di ragioni giustificatrici della discriminazione, di natura oggettiva, nonché dell'operatività del principio di proporzionalità, è naturale pensare che, in futuro, il legislatore sarà portato a strutturare il dettato normativo in maniera tale da prevedere specifiche condizioni in cui operano le esclusioni dal computo dell'anzianità maturata. Le caratteristiche delle mansioni svolte o gli obiettivi di politica sociale sono ritenuti «ragione oggettiva» ai sensi della clausola 4, parr. 1 e 4, dell'Accordo quadro (31). Tuttavia, dal momento in cui l'obiettivo di evitare discriminazioni alla rovescia è ritenuto dalla Corte una possibile ragione oggettiva legittimante una differenza di trattamento, urge riflettere sul fatto che le eventuali misure tese a contrastare il rischio suddetto potrebbero non essere scevre dalla possibilità di generare ulteriori discriminazioni. Ciò, considerato che le p.a. hanno fatto, in realtà, un frequente ricorso alle assunzioni attraverso forme di lavoro flessibile e che le procedure di stabilizzazione del personale nel settore pubblico sono una realtà dei nostri giorni.

In riferimento alle questioni interne, mi domando se abbia senso parlare di rischio di discriminazione alla rovescia. In linea teorica, si potrebbe rispondere affermativamente laddove ricorra il presupposto della comparabilità, ossia quando i lavoratori stabilizzati hanno svolto e svolgono le stesse mansioni di lavoratori di ruolo; ma ci si chie-

recente, è stato osservato che una delle finalità ultime dell'integrazione europea è rappresentata dalla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel quale è assicurata la libera circolazione delle persone e sono vietate le discriminazioni; tuttavia, il riconoscimento dei diritti di mobilità ai cittadini che si spostano sul mercato comune può produrre situazioni di svantaggio per coloro che operano, invece, nell'ambito di un singolo Stato membro. La situazione paradossale deriva dal fatto che le disposizioni nazionali che comprimono i diritti di mobilità non sono applicabili agli agenti comunitari, ma esplicano la loro portata restrittiva nei confronti delle situazioni interne. Anche questo fenomeno, tipico dell'esperienza comunitaria, prende il nome di discriminazioni alla rovescia; v. F. Spitaleri, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Ue*, Aracne, 2010. Il tema delle discriminazioni alla rovescia è, peraltro, datato e di derivazione americana; alla fine degli anni ottanta esso ha alimentato, infatti, anche il dibattito dottrinale e giurisprudenziale di rilevanza extraeuropea: si v., in proposito, i contributi di M.V. Ballestrero e T. Treu, *Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Una importante sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Lav. dir.*, 1988, rispettivamente, pp. 53 ss. e 65 ss. Da ultimo, l'argomento è stato ripreso da R. Dworkin, *Discriminazione alla rovescia*, in Idem, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 323-345.

(30) V., in particolare, il punto 62 della sentenza.

(31) Questi criteri, già affermati in *Del Cerro Alonso*, cit., punti 53 e 58, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, cit., punto 55, *Rosado Santana*, cit., p. 73, *Montoya Medina*, cit., punto 41, e *Lorenzo Martinez*, punto 48, sono, stati ribaditi nella sentenza in commento al punto 51.

de dove sia il pregiudizio subito dai lavoratori di ruolo a fronte del riconoscimento dell'anzianità maturata dai precari. Il profilo posto in evidenza dal Consiglio di Stato attiene alla posizione di ruolo conseguita con concorso dal personale a tempo indeterminato. Se è vero il rilievo operato, perde consistenza l'osservazione del Consiglio di Stato in ordine al profilo di discriminazione alla rovescia, che in ipotesi di riconoscimento dell'anzianità a favore dei lavoratori a termine deriverebbe dalla possibilità di scavalco, almeno da parte dei lavoratori a tempo determinato che all'atto dell'assunzione in ruolo potrebbero vantare un'anzianità maturata superiore a quella dei lavoratori già in ruolo a tempo indeterminato.

In fin dei conti, i lavoratori a tempo determinato, che dopo essere stati per anni in servizio presso le p.a. usufruiscono dell'opportunità di stabilizzare il loro rapporto di lavoro, non hanno deliberatamente scelto di entrare in ruolo per una via di accesso «facilitato»; né può escludersi che gli stessi avrebbero potuto dimostrare di essere altrettanto meritevoli rispetto ai lavoratori di ruolo assunti con concorso. Anzi, stando al testo della legge di stabilizzazione e alle osservazioni del Governo italiano (32) e della Commissione europea (33), la *ratio* della normativa di stabilizzazione risiede nella volontà di valorizzare l'esperienza acquisita dai lavoratori a tempo determinato in seno a una p.a., e le condizioni per la stabilizzazione sancite dal legislatore ammettono la sola stabilizzazione dei lavoratori che siano assimilabili ai dipendenti di ruolo in forza della loro esperienza professionale. Mi pare, quindi, già dimostrato che detti lavoratori siano meritevoli tanto quanto quelli a tempo indeterminato già in ruolo. Per di più, le condizioni per la stabilizzazione non attengono semplicemente al decorso di un minimo periodo di servizio a tempo determinato, ma tengono conto del fatto che anche tale assunzione è avvenuta mediante una procedura selettiva di natura concorsuale o, comunque, prevista dalla legge, fondata sul possesso di requisiti professionali non differenti da quelli richiesti ai fini del concorso per l'assunzione del personale di ruolo.

Ove vi fosse, lo scavalco deriverebbe da un rapporto di lavoro giuridicamente lecito *ab origine* e legittimato, a monte, dalla legge di stabilizzazione. I lavoratori già di ruolo non subirebbero danni reali, né in termini di stabilità del posto di lavoro, né da un punto di vista remunerativo. L'unico effetto reale si sostanzia in una variazione numerica dei dipendenti di ruolo, senza creare, peraltro, pregiudizio alle esigenze funzionali e strutturali della p.a., considerato che i lavoratori a tempo determinato erano già parte integrante e utile di un organigramma.

Tutto questo la Corte non lo dice espressamente e, probabilmente, ignora «per lontananza» anche le logiche che hanno dettato l'utilizzo del contratto a termine nella p.a. italiana, ma l'inesistenza del profilo discriminatorio così prospettato emerge implicitamente. E qui è appena il caso di aggiungere che, con specifico riferimento al profilo dell'inquadramento, non si determinerebbe alcuna discriminazione anche considerato l'attuale sistema di classificazione per distinte categorie con ingresso necessitato al livello iniziale di ciascuna di esse.

Correttamente, dunque, la Corte di Giustizia afferma l'applicabilità della clausola 4 e rileva l'incongruità rispetto a essa della norma sulla stabilizzazione. Tuttavia, è d'uopo qui evidenziare come la rilevata incongruità emerga non tanto rispetto alla di-

(32) V. punto 47 della sentenza.

(33) V. punti 45 e 58 della sentenza.

sciplina giuridica del contratto a termine, quanto alla prassi di utilizzo del medesimo invalsa nell'ambito della nostra p.a.

Appare ragionevole pensare che la soluzione ottimale non debba essere ricercata tanto nell'obiettivo di scongiurare discriminazioni alla rovescia, bensì nelle peculiarità proprie del lavoro pubblico e nella sistematica complessiva delle norme vigenti. Sembra, cioè, più utile ragionare in termini di circostanze eccezionali, strettamente correlate alla possibilità, sancita dal d.lgs. n. 165/2001, art. 36, par. 2, che le p.a. facciano ricorso al lavoro flessibile. In altri termini, se si ammette la deroga al modello generale (assunzione a tempo indeterminato con procedura concorsuale), occorre anche ammettere la possibilità che, sempre in via di eccezione, gli assunti a tempo determinato che vengono stabilizzati possano far valere la loro anzianità, non solo nel senso della possibilità di spendita del corredo di nozioni ed esperienze maturati alle dipendenze della p.a. presso cui hanno in precedenza lavorato in regime di precarietà, ma pure nel senso del riconoscimento retributivo della stessa, considerato anche il dettato dell'art. 36 Cost. In questa chiave di lettura, la preservazione dell'anzianità maturata in costanza di rapporto di lavoro a tempo determinato risulta non solo garantita a tutti, in senso pieno e conforme al principio di non discriminazione, ma anche compatibile con il dettato costituzionale di cui all'art. 97, e, dal punto di vista sistematico, appare coerente con le ipotesi di deroga stabilite dalla legge per esigenze temporanee ed eccezionali.

Per enucleare al meglio un quadro critico e propositivo, bisognerebbe riflettere, piuttosto, sulle reali ragioni che hanno indotto alla formulazione siffatta del provvedimento sulla stabilizzazione. Infatti, non va sottovalutato che la norma controversa è inserita in una legge finanziaria; dunque, in una sorta di bilancio preventivo dello Stato con cui si stabilisce quali spese affrontare e come dare copertura alle stesse. Realisticamente, non può escludersi che nella scelta, operata dal legislatore, di non riconoscere l'anzianità pregressa abbiano influito ragioni di carattere finanziario, più che giuridico (sebbene quest'ultime tendano a essere insite nella *ratio legis*).

Bisognerebbe riflettere, inoltre, sul fatto che in Italia si sia fatto un abuso del legittimo uso del lavoro flessibile (ammesso in deroga); dato in parte connesso ai problemi derivanti dal contenimento della dotazione organica (essenzialmente, per ragioni di bilancio) a fronte di un fabbisogno ordinario crescente di posti. Ma questo è pacifico. Altrettanto pacifico, però, dovrebbe essere il convincimento politico che non debbano essere i lavoratori a tempo determinato a scontare la pena di certi «disordini amministrativi». In questo senso, la loro precarietà incide già abbastanza. Sicché, restando in attesa dell'esito dell'accertamento rimesso al giudice nazionale (34), concludo la mia annotazione con un cenno di biasimo riguardo alla posizione espressa dal Governo italiano nelle osservazioni presentate nel procedimento in commento (35):

(34) A riguardo, la Corte dà, comunque, una sorta di anticipo di soluzione, prospettato al punto 67 della sentenza.

(35) In aggiunta a quanto già riportato sopra, si consideri che, al punto 56 della sentenza, si legge testualmente che «il Governo italiano sottolinea che la presa in considerazione dell'anzianità acquisita in virtù di contratti a tempo determinato si porrebbe in contrasto, da un lato, con l'art. 3 della Costituzione della Repubblica italiana, letto nel senso di vietare che a situazioni maggiormente meritevoli sia applicato un trattamento peggiore, e, dall'altro, con l'art. 97 della medesima Costituzione, il quale prevede che il concorso pubblico – quale meccanismo

essa mi pare opinabile e, per certi, adombrata da un velo di ipocrisia. Aggiungo così un *quid pluris* al dispositivo della sentenza perché, osservate «da vicino», le controversie relative al ricorso in commento non si radicano tanto nell'illegittimità della legge di stabilizzazione sotto il profilo comunitario quanto, piuttosto, nell'uso sbagliato delle possibilità di deroga previste nel T.U. e, contestualmente, nell'inefficienza organizzativa che caratterizza l'assetto amministrativo italiano, sovente connessa alle ragioni di bilancio.

L'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 circoscrive la possibilità di assumere lavoratori a tempo determinato nell'ipotesi delle circostanze temporanee ed eccezionali, laddove invece per le esigenze connesse con il fabbisogno ordinario, per effetto di quanto previsto dal comma 1 della norma, le p.a. sono tenute ad assumere esclusivamente con contratto a tempo indeterminato. In quest'ottica, nessun lavoratore a termine potrebbe essere adibito allo svolgimento di funzioni ordinarie, destinate per legge ai lavoratori di ruolo. Da ciò discende che, in caso di stabilizzazione dei precari, le due tipologie di lavoratori non sarebbero comparabili sotto il profilo delle mansioni, e l'eventuale scavalco conseguente al riconoscimento dell'anzianità integrerebbe una discriminazione alla rovescia. Dunque, l'esclusione dell'anzianità pregressa prevista dalla legge sarebbe legittimamente fondata su una ragione oggettiva. Poiché, invece, la realtà dei fatti dimostra che nel nostro paese le assunzioni a termine nella p.a. vengono fatte *contra legem*, non resta che accettare la pronuncia di incompatibilità del giudice comunitario e riflettere bene sul da farsi in futuro.

Serena Zitti

*Dottore di ricerca in Diritto europeo e comparato dell'impresa e del mercato
presso l'Università di Chieti-Pescara*

imparziale di selezione tecnica e neutrale dei più capaci sulla base del criterio del merito – costituisca la forma generale e ordinaria di reclutamento per le p.a. allo scopo di soddisfare le esigenze di imparzialità e di efficienza dell'azione amministrativa».

CASSAZIONE, 1° ottobre 2012, n. 16622, Sez. lav. – Pres. Miani Canevari, Est. Tricomi, P.M. Viola (diff.) – R.M. (avv.ti Cossu, Bomboi) c. Aci Global Spa (avv. Comito).
Cassa Corte d'Appello Roma 12 novembre 2009.

Controlli del datore di lavoro – Controlli difensivi anche su adempimento prestazione – Garanzie procedurali – Sussistenza.

In tema di controllo a distanza sull'attività del lavoratore, le garanzie procedurali imposte dall'art. 4, comma 2, della legge n. 300 del 1970 per l'installazione di impianti e apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, trovano applicazione anche ai controlli cd. difensivi, ovvero sia a quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela dei beni estranei al rapporto stesso. (1)

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

(1) CONTROLLI DIFENSIVI E TUTELA DELLA RISERVATEZZA
DEL LAVORATORE

Il caso oggetto di commento ha visto la Corte di Cassazione accogliere il ricorso di un operatore centrale di prima assistenza stradale e automobilistica licenziato per avere, in un periodo di tre mesi, intrattenuto 460 contatti telefonici inferiori a 15 secondi (tempo non ritenuto sufficiente per sentire le richieste degli utenti e rispondere) e 136 telefonate personali.

La pronuncia di legittimità ha ribaltato i giudizi di merito: il software che aveva permesso il rilevamento di queste telefonate non era stato ritenuto in contrasto con l'art. 4 della legge n. 300 del 1970, in quanto controllo difensivo, ossia strumento di prevenzione o accertamento da parte del datore di condotte illecite del lavoratore (Così A. Vallebona, *Il controllo delle comunicazioni telefoniche del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 2001, I, pp. 357 ss.; sul tema, in generale, A. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995, in particolare pp. 109 ss.).

In base alla normativa statutaria, ai sensi del comma 1 dell'art. 4, «è vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori», salvo il seguente meccanismo procedurale disciplinato al comma 2 della medesima norma, per cui «gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difet-

to di accordo, su istanza del datore, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti» [Da ultimo, M. Aimò, *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali dei lavoratori*, in M. Marazza (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, II, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, Padova, 2012, pp. 1771 ss.; nell'articolata geografia delle fonti sovranazionali, S. Giubboni, *Potere datoriale di controllo e diritto alla privacy del lavoratore. Una sinossi delle fonti europee e internazionali*, in q. *Riv.*, 1, 2012, pp. 81 ss.].

Nel caso di specie, la Corte Suprema ha affermato che, a prescindere da tale meccanismo procedurale, le previsioni statutarie «non possono impingere la sfera della prestazione lavorativa dei singoli lavoratori», conseguendone che «qualora interferenze con quest'ultima vi siano, e non siano stati adottati dal datore di lavoro sistemi di filtraggio delle telefonate per non consentire, in ragione della previsione dell'articolo 4, comma 1, di risalire all'identità del lavoratore, i relativi dati non possono essere utilizzati per provare l'inadempimento contrattuale del lavoratore medesimo».

Sul punto, la sentenza in commento ripropone i due orientamenti giurisprudenziali che si sono succeduti nel corso degli ultimi anni: da un lato, un filone volto ad ammettere i controlli di tipo difensivo, più attento alle esigenze delle imprese (In questo senso, Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, con nota di L. D'Arcangelo, *Uso privato del telefono, riservatezza e poteri di controllo del datore di lavoro*, in q. *Riv.*, 1, 2003, pp. 71 ss.; con nota di L. Nogler, *Abuso di telefono aziendale: la decisione su controlli e rimedi*, in *Guida lav.*, 21, 2002, p. 13, il quale osserva criticamente l'inevitabilità del controllo dell'adempimento o inadempimento dell'attività lavorativa nel momento in cui si ritiene legittimo il controllo difensivo); dall'altro, l'orientamento volto a fornire un'interpretazione per cui la norma statutaria si applica anche ai controlli difensivi (Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, con nota di A. Bellavista, *Controlli a distanza e necessità del rispetto della procedura di cui al comma 2 dell'art. 4 Stat. lav.*, in q. *Riv.*, 2, 2008, pp. 363 ss.; Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, con nota di A. Bellavista, *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, in q. *Riv.*, 2010, 3, pp. 462 ss., anche con nota di R. Galardi, *Il controllo sugli accessi a internet al vaglio della Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2010, p. 564; tale ultima pronuncia ha confermato Trib. Milano 31 marzo 2004, in *Orient. giur. lav.*, 2004, pp. 108 ss., e Corte d'App. Milano 30 settembre 2005, in *Dir. prat. lav.*, 2006, pp. 569 ss.).

La pronuncia si inserisce nel solco di quell'orientamento giurisprudenziale, in base al quale «le prove del comportamento illecito del lavoratore raccolte tramite un controllo a distanza illegittimo sono inutilizzabili» (Sul punto anche Corte d'App. Firenze 19 gennaio 2010, con nota di M. Bari, *Controlli difensivi e utilizzabilità delle prove in assenza della procedura ex art. 4 Stat. lav.*, in q. *Riv.*, 2010, 4, p. 695). Pertanto, viene dato rilievo esclusivo al mancato utilizzo della procedura ex art. 4, comma 2, in carenza della quale, appunto, sono inutilizzabili le prove del comportamento ritenuto illecito da parte del prestatore. Tuttavia, sul fronte delle considerazioni proposte in sede dottrinale, si tende a dare maggiore rilievo all'obbligazione principale a cui è tenuto il lavoratore, andando perciò oltre il rispetto della procedura statutaria: infatti, nel caso dell'utilizzo della rete internet, «un'eventuale sanzione sarebbe stata ammissibile solo di fronte alla dimostrazione che l'uso di internet per ragioni personali si fosse svolto con modalità tali da realmente distogliere il lavoratore dall'obbligo primario di adempiere la prestazione lavorativa» (A. Bellavista, cit., p. 463).

Anche sul fronte della giurisprudenza penale, richiamata dalla stessa pronuncia in commento, è stato ritenuto che «gli artt. 4 e 38 Stat. lav. implicano l'accordo sindacale a fini di riservatezza dei lavoratori nello svolgimento dell'attività lavorativa, ma non implicano il divieto dei cd. controlli difensivi del patrimonio aziendale da azioni delittuose da chiunque provenienti» (Cass., Sez. pen., 1° giugno 2010, n. 20722, con nota di P. Tullini, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2011, pp. 86 ss.; precedentemente Cass., Sez. pen., 16 ottobre 2009, n. 40199, con nota di M. Colucci, *L'art. 4 dello Statuto dei lavoratori: attualità della norma e procedure ispettive*, in *q. Riv.*, 2, 2010, p. 275; da ultimo, sull'esclusione dell'illecito penale a fronte dell'autorizzazione di tutti i dipendenti dell'azienda ma non della Rsa, Cass., Sez. III pen., 11 giugno 2012, n. 22611, con nota di G. Frontini, *Sulla ritenuta sufficienza dell'accordo dei lavoratori in materia di videosorveglianza*, in *q. Riv.*, 4, 2012, p. 721).

Inoltre, la giurisprudenza di merito, con riguardo ai controlli difensivi, ne ha individuato una nozione ampia di *tertium genus* rispetto alle fattispecie previste dalla norma statutaria: non è stato ritenuto applicazione l'art. 4 nel caso in cui venivano automaticamente registrati non solo i numeri telefonici chiamati, ma anche la durata della telefonata [Trib. Torino 9 gennaio 2004, in *Giur. piemontese*, 2004, p. 131, riportata da G. Amoroso, *Art. 4*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro. Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, vol. II, III ed., Milano, 2009, p. 47; assieme, dello stesso tenore volto a rendere legittimi i controlli difensivi, Trib. Teramo 12 maggio 2006, in *Not. giurisp. lav.*, 2006, p. 345; Corte d'App. L'Aquila 14 dicembre 2006, in *Not. giurisp. lav.*, 2007, p. 37; Corte d'App. Torino 28 marzo 2006, in *Giur. piemontese*, 2007, p. 148; Trib. Milano 5 luglio 2006, in *Orient. giur. lav.*, 1, 2006, p. 611; Trib. Firenze 29 novembre 2003, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 357].

Di altro tenore quella giurisprudenza di merito, in linea con le previsioni statutarie, che ha riconosciuto nei controlli difensivi la necessaria procedura *ex art. 4*, comma 2 (Corte d'App. Milano 30 settembre 2005, in *Dir. prat. lav.*, 2006, 10, p. 571; Trib. Milano 31 marzo 2004, con nota di L. Cairo, *Internet e posta elettronica in azienda: il potere di controllo del datore di lavoro*, in *Orient. giur. lav.*, 2004, pp. 108 ss.; Trib. Roma 4 giugno 2005 e Trib. Milano 11 aprile 2005, con nota di A. Bellavista, *Controlli elettronici ex art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *q. Riv.*, 2005, 2, pp. 763 ss., e Trib. Milano 18 marzo 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, pp. 752 ss., le quali hanno ritenuto che l'installazione e l'utilizzo di un software che permetteva di rilevare la data, l'ora e la durata di ogni chiamata in entrata e in uscita per i lavoratori addetti in un *call center* fosse in violazione della procedura statutaria *ex art. 4*, comma 2; per non parlare poi dell'attenzione in materia del Garante per la protezione dei dati personali: tra le altre, *Il Garante per la protezione dei dati personali. Lavoro privato: monitoraggio degli accessi internet dei dipendenti*, 2 aprile 2009, con nota di S. Rossetti, *Nuove tecnologie informatiche e controllo dell'attività lavorativa*, in *q. Riv.*, 2010, 1, p. 167).

Da questo breve *excursus* giurisprudenziale appare evidente come sia sfuggente il confine tra controllo a mero scopo difensivo e controllo sulla prestazione lavorativa (P. Tullini, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2009, pp. 323 ss.), ed è, in questo senso, significativa la pronuncia in commento, poiché pone una linea di demarcazione più netta tra le due sfere: a prescindere

re dalla garanzie procedurali disciplinate dalla norma statutaria, non è consentito l'utilizzo di dati ai fini della prova dell'inadempimento della prestazione lavorativa.

Inoltre, al di là della sfera di prestazione lavorativa da salvaguardare, emerge indirettamente dalla pronuncia in esame l'ulteriore profilo riguardante il limite entro il quale si ha o meno abuso del telefono aziendale.

Sul punto, la dottrina ha richiamato una zona di tolleranza per cui: «in ragione della tutela della persona del lavoratore, esiste sempre e in ogni caso una “zona, pur delimitata, nella quale si impone una politica tollerante”» (Cass. 7 aprile 1999, n. 3386, con nota di G. Pera, *Il licenziamento per abuso del telefono aziendale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, 3, p. 651, richiamata da L. Nogler, cit., p. 15) che si estrinseca, nella valutazione del caso di specie, secondo «dati di tipicità sociale e anzi “aziendale”», essendo necessario «distinguere a seconda che le telefonate siano o no collegate allo svolgimento della prestazione lavorativa» (L. Nogler, cit., p. 15; giurisprudenza più recente, Cass. 8 gennaio 2008, n. 144, e Cass. 9 settembre 2008, n. 23107, con nota di A. Lucarelli, *Si può licenziare per l'uso «disinvolto» del cellulare aziendale?*, in *q. Riv.*, 2009, 2, p. 399).

La stessa normazione di rango secondario da parte del ministero del Lavoro, fonte di orientamento interpretativo delle norme, svolge oggi un ruolo sempre più significativo (Così, da ultimo, R. Del Punta, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2012, p. 477): sul tema dei controlli operabili tramite sistemi che permettono la registrazione dei costi telefonici, simili al caso di specie, con l'interpello 6 giugno 2006 il Ministero ha dichiarato che occorre verificare caso per caso se l'imputazione contabile consente un controllo indiretto sull'attività lavorativa dei dipendenti; controllo che potrebbe realizzarsi nelle ipotesi in cui i lavoratori svolgano un'attività in cui l'utilizzo delle apparecchiature telefoniche siano indispensabili per l'attività (Così anche interpello 1° marzo 2010, in *Guida lav.*, 2010, 11, pp. 20 ss., riportate da M. Aimò, cit., p. 1810).

Inoltre, non si può non fare i conti con il fatto che proprio lo strumento dei controlli è oggetto di attenzione da parte dei recenti interventi introdotti nell'ordinamento: da un lato, per via legislativa è stata introdotta la cd. contrattazione di prossimità (art. 8, d.l. n. 138/11, convertito in legge n. 148/11), a norma della quale, per la materia di specie, «le specifiche intese [...] possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento: a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie» (Sul punto, criticamente A. Lassandari, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, in *q. Riv.*, 2012, 3, pp. 508-509; a livello contrattuale, si segnala un Accordo di prossimità sottoscritto il 2 febbraio 2012 tra la Banca Popolare di Bari e le organizzazioni sindacali di categoria per una specifica intesa riguardante la regolazione di impianti audiovisivi al fine di «esplicare con la massima efficacia possibile la funzione di deterrenza nei confronti di eventi criminosi», il cui testo è consultabile alla pagina www.dirittisocialitrentino.it/?p=2238); dall'altro, con l'Intesa contrattuale del 21 novembre 2012 recante il titolo «Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia», laddove si fa riferimento indiretto ai controlli datoriali (Sul punto, per un'apertura in tema di «flessibilità negoziale», T. Treu, *Patto sulla produttività e ruolo della contrattazione*, in *Contratti&Contrattazione collettiva*, 12, 2012, reperibile al seguente indirizzo: www.professioni-imprese24.ilsole24ore.com/content/professioni24/lavoro/news/articolo_CC_12_2012_Treu.html).

A ogni modo, l'auspicio è che le disposizioni statutarie in materia, a prescindere da un auspicabile intervento legislativo volto a non modificare la tecnica normativa fondata sia sui beni tutelati sia sulla funzione di autorizzazione sindacale o amministrativa, piuttosto che su una predeterminazione casistica [Così C. Zoli, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, legge n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2009, p. 498, pubblicato anche in P. Tullini (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, Padova, 2010, pp. 15 ss.; per la prospettiva di legislazione di settore v. A. Bellavista, *Esiste la tutela della privacy nel rapporto di lavoro?*, in P. Tullini (a cura di), cit., p. 178], siano volte a «ricondurre il potere direttivo dell'imprenditore entro gli argini segnati dall'oggetto e dalla causa del contratto, e a tale scopo definisce i valori di dignità del lavoratore che non possono essere coinvolti nel rapporto di subordinazione, o possono esserlo solo nella misura strettamente indispensabile e con adeguat[ano] garanzie assicurando un assetto più equilibrato degli interessi contrapposti delle parti, e quindi più coerente con la logica egualitaria del contratto» (Così L. Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 400, ripreso in parte anche da M. Aimo, cit., p. 1797).

La pronuncia in commento offre l'occasione, in questo senso, per fissare un confine tra sfere in cui la garanzia tra gli interessi contrapposti delle parti deve essere mantenuta in equilibrio e su cui non vi debba essere interferenza.

Alberto Mattei
*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Trento*

CASSAZIONE, 7 settembre 2012, n. 14996, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Nobile, P.M. Corasaniti (parz. diff.) – V.L. (avv.ti Meloni, Pau), La M. Spa (avv.ti Pulsoni, Rapone).

Cassa Corte d'Appello Cagliari, Sez. dist. di Sassari, 19 gennaio 2009.

Contratto a termine – Clausola nulla – Indennizzo forfettario – Art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, e art. 1, comma 13, legge n. 92/2012 – Natura onnicomprensiva.

Contratto a termine – Clausola sul termine nulla – Indennizzo forfettario ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Prescrizione decennale – Decorrenza.

La disposizione di cui all'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 2012 (interpretazione autentica dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010) è conforme a quanto già affermato dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 303 del 2011, e dalla giurisprudenza di legittimità, allorché considera l'indennità onnicomprensiva di ogni danno subito dal lavoratore per effetto della nullità del termine nel periodo che va dalla scadenza dello stesso fino alla sentenza che ne accerta la nullità; e, trattandosi di un nuovo e diverso diritto, viene meno la possibilità di richiedere altri trattamenti retributivi (quali, ad esempio, gli scatti di anzianità), risarcitori e contributivi maturati medio tempore. (1)

L'indennità onnicomprensiva è soggetta a prescrizione decennale e non alla prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4, cod. civ. e neppure a quelle di cui all'art. 2955, n. 2, e art. 2956, n. 1. Durante la successione dei contratti a termine non è configurabile un decorso della prescrizione dei diritti derivanti dalla conversione, fra cui la nuova indennità onnicomprensiva, in considerazione del metus del lavoratore nei confronti del datore di lavoro tipico dei rapporti senza stabilità. (2)

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

(1-2) PRIMI INTERVENTI DELLA CASSAZIONE
DOPO L'INTERPRETAZIONE AUTENTICA DEL REGIME RISARCITORIO
PER L'ILLEGITTIMA APPOSIZIONE DEL TERMINE

SOMMARIO: 1. Il fatto. — 2. Conseguenze economiche della nullità della clausola di termine apposta al contratto di lavoro. Cenni ricostruttivi. — 3. La posizione della Cassazione antecedentemente alla norma di interpretazione autentica. — 4. La pronuncia in commento, successiva alla norma di interpretazione autentica. — 5. Possibili questioni di costituzionalità. — 6. Prescrizione dell'indennizzo ex art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 e implicazioni in tema di decadenza.

1. — *Il fatto* — Una dipendente di una compagnia aerea, la quale aveva lavorato con una serie di contratti a tempo determinato nel periodo dal 1991 al 2002 ed era stata infine, da tale epoca, assunta a tempo indeterminato, contestava la validità delle clausole di termine apposte ai propri contratti di lavoro chiedendo la ricostruzione della propria carriera e i conseguenti benefici economici, fra cui gli scatti di anzianità e il controvalore delle azioni concesse nell'anno 1999 ai suoi colleghi con contratto a tempo indeterminato.

Dopo una prima pronuncia di reiezione delle domande, emessa dal Tribunale di Tempio Pausania, la Corte d'Appello di Cagliari, Sezione distaccata di Sassari, dichiarava la nullità dei termini apposti ai contratti di lavoro intercorsi tra V.L. e la M. Spa riconoscendo la sussistenza di un rapporto a tempo indeterminato fin dal 1° agosto 1991.

Quanto agli effetti economici, la Corte di Merito, inoltre, riteneva coperti da prescrizione i diritti di credito derivanti dai rapporti a tempo determinato giacché la lavoratrice, assunta a tempo indeterminato dal 1° aprile 2002, aveva interrotto la prescrizione solo con lettera dell'8 maggio 2006, oltrepassando il quinquennio.

Al contrario, con riferimento alla richiesta relativa all'assegnazione di azioni della società avvenuta nel 1999 in favore dei dipendenti a tempo indeterminato, la Corte di merito rilevava che, trattandosi di elargizione *una tantum*, andava soggetta alla prescrizione ordinaria decennale.

La Corte d'Appello condannava la società al pagamento di una somma di denaro pari al controvalore delle azioni della società cedute gratuitamente ai colleghi della dipendente in servizio a tempo indeterminato nell'anno 1999, e dichiarava il diritto agli scatti di anzianità, da conteggiarsi tenendosi esclusivamente conto dei periodi di prestazione lavorativa effettuata.

A seguito di un articolato ricorso affidato a ben diciannove motivi, cui resisteva la società proponendo ricorso incidentale con cinque motivi, la Corte di Cassazione, con limitato riferimento alla questione che ci riguarda, dopo aver confermato la nullità dei termini apposti ai contratti di lavoro susseguitisi dal 1991 sino al 2002, in ordine alle conseguenze economiche applicava lo *ius superveniens*, rappresentato dalla legge 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, commi 5, 6 e 7.

2. — *Conseguenze economiche della nullità della clausola di termine apposta al contratto di lavoro. Cenni ricostruttivi* — Non è più il caso di dilungarsi sulla ben nota questione riguardante le conseguenze economiche della nullità della clausola di termine apposta al contratto di lavoro, come modificate dal cd. Collegato lavoro (legge n. 183 del 4 novembre 2010), con cui è stata introdotta una forte limitazione del costo aziendale della dichiarazione di nullità del termine mediante la previsione, con i commi 5 e 6 dell'art. 32, cit., di una soglia massima invalicabile commisurata a un numero prestabilito di mensilità (1).

È opportuno richiamare solo brevi cenni riassuntivi.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010, per individuare le conseguenze economiche della nullità della clausola di termine apposta

(1) Ci sia consentito riferirci a F. Aiello, *L'indennizzo ex art. 32 del Collegato lavoro tra giurisprudenza e interventi legislativi*, in q. *Riv.*, 2012, 3, pp. 493 ss.

al contratto di lavoro, si ricorreva al regime giuridico di diritto comune non applicandosi la tutela reale di cui alla legge n. 300 del 1970, articolo 18 (2); in sostanza, giacché il comportamento del datore non incideva sulla continuità del rapporto, che rimaneva idoneo alla produzione dei propri effetti, sorgeva il diritto del lavoratore al risarcimento del danno per la perdita del trattamento retributivo successivo alla costituzione in mora del datore di lavoro a cui doveva mettere a disposizione le proprie prestazioni lavorative (3).

Con il Collegato lavoro si è voluto limitare il risarcimento del danno integrale, per il periodo dalla costituzione in mora del datore di lavoro sino alla riammissione in servizio, introducendo la ben nota «indennità onnicomprensiva» commisurata a un valore variabile dalle 2,5 alle 12 mensilità di retribuzione.

Sulla questione è intervenuta la Corte Costituzionale (4) a seguito di rimessione della questione da parte della Cassazione (5), che, fra l'altro, aveva notato come la liquidazione di una somma sproporzionata per difetto rispetto all'ammontare del danno avrebbe potuto indurre il datore di lavoro a persistere nell'inadempimento.

Com'è noto, la Corte Costituzionale, con sentenza interpretativa di rigetto, ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale sottoposte.

Per quel che interessa a questo esame, nella sentenza viene affermato il principio secondo cui la regola generale di integralità della riparazione, e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato, non ha copertura costituzionale purché sia garantita, come nella specie, l'adeguatezza del risarcimento (6), e, nella specie, la norma assicura al lavoratore l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato cui si aggiunge l'*indennità onnicomprensiva* dovuta in ogni caso (7), che assume «una chiara valenza sanzionatoria».

In tal modo, la Corte Costituzionale ha ritenuto legittima l'indennità onnicomprensiva affermando che essa copre il periodo «... dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto» (8).

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

(3) Cass., Ss.Uu., 8 ottobre 2002, n. 1438, cit., Cass. 18 febbraio 2003, n. 2392, Cass. 18 maggio 2006, n. 11670, Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, ord., in q. *Riv.*, 2011, II, p. 24. Non è questa la sede per approfondire le fondate critiche all'orientamento giurisprudenziale che escludeva il diritto alle retribuzioni in favore del riconoscimento di un corrispondente risarcimento del danno in quanto l'effetto della mora del datore di lavoro è l'adempimento della sua prestazione (pagamento della retribuzione), mentre il risarcimento del danno patito dal lavoratore è una conseguenza ulteriore della condotta inadempiente del datore di lavoro, come previsto dall'art. 1453 cod. civ.; sul punto ci sia consentito di rimandare nuovamente a F. Aiello, *op. cit.*

(4) Corte Cost., 11 novembre 2011, n. 303.

(5) Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, ord., cit.

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

(7) La Corte ha offerto ulteriori elementi a supporto della tesi sanzionatoria dell'indennità ritenendo che si tratti di un'«indennità che [...] è dovuta sempre e comunque, senza necessità né dell'offerta della prestazione, né di oneri probatori di sorta».

(8) Giacché solo «a partire dalla sentenza [...] il datore di lavoro [è] obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva».

Quest'ultimo punto, relativo al periodo cui riferire l'indennità omnicomprensiva, ha suscitato dissensi fra la giurisprudenza di merito, che ha, al contrario, limitato il periodo intermedio coperto dall'indennità omnicomprensiva a quello decorrente dalla scadenza del termine sino alla proposizione del ricorso di primo grado (9).

Per soffocare questi orientamenti giurisprudenziali è intervenuto l'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 28 giugno 2012 (cd. legge Fornero), con cui è stata introdotta una disposizione di interpretazione autentica secondo cui la disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, si interpreta nel senso che l'indennità omnicomprensiva ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, *comprese le conseguenze retributive e contributive* relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro.

3. — *La posizione della Cassazione antecedentemente alla norma di interpretazione autentica* — La Suprema Corte di Cassazione, in virtù del disposto di cui al comma 7 dell'art. 32, cit., ha dovuto applicare immediatamente (10) le regole sull'*indennità omnicomprensiva*, e, con varie sentenze (11), precedenti alla norma di interpretazione autentica, ha condiviso la posizione della Corte Costituzionale.

La giurisprudenza di legittimità ha richiamato quanto affermato dal giudice delle leggi sostenendo che la norma realizzerebbe un equilibrato componimento dei contrapposti interessi, garantendo al lavoratore la conversione a tempo indeterminato unitamente a un'indennità che gli è dovuta sempre e comunque, mentre al datore di lavoro garantirebbe la predeterminazione del risarcimento del danno dovuto per il periodo che intercorre dalla data d'interruzione del rapporto fino a quella dell'accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso.

4. — *La pronuncia in commento, successiva alla norma di interpretazione autentica* — La sentenza in commento ha applicato la disposizione di cui all'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010, come interpretata dall'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 2012 (12), fornendo alcune indicazioni chiarificatrici sebbene, ad avviso di chi scrive, non idonee a chiudere definitivamente la questione.

Il Collegio ripropone l'argomento principale, affermato dalla Consulta e ripetuto dai precedenti pronunciamenti di legittimità, costituito dall'equilibrio della soluzione

(9) Corte d'Appello Roma 2 febbraio 2012, n. 267, e Corte d'Appello Torino 20 dicembre 2011, n. 1519, in q. *Riv.*, 2012, 3, pp. 493 ss. Sul punto, occorre ricordare che il Tribunale di Napoli (sentenze nn. 18261 e 18262 del 16 giugno 2011, e sentenza 16 novembre 2011, in <http://www.diritto24.ilsolo24ore.com/lavoro/primiPiani/2012/01/contratto-a-termina-e-collegato-lavoro-disattesa-linterpretazione-della-consulta.html>) aveva osservato che la disposizione non indica quale periodo di tempo l'indennità copra; infatti, se è certo il *dies a quo* (ovvero l'interruzione del rapporto), non è indicato in alcun modo il *dies ad quem* ovvero la data finale «coperta» dalla indennità risarcitoria.

(10) Sul punto, Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, ord., cit.

(11) *Ex multis*, Cass. 31 gennaio 2012, n. 1409, Cass. 31 gennaio 2012, n. 1411, Cass. 2 aprile 2012, n. 5241, in q. *Riv.*, 2012, 3, pp. 493 ss.

(12) Intervenuta nelle more del deposito della sentenza giacché è entrata in vigore il 18 luglio 2012 (*Gazz. Uff.*, n. 153 del 3 luglio 2012), mentre l'udienza pubblica si era tenuta il 13 maggio 2012.

adottata dal legislatore che avrebbe composto i contrapposti interessi delle parti del rapporto. In sostanza, da un lato, al lavoratore è assicurata l'instaurazione del rapporto a tempo indeterminato assieme a un'indennità omnicomprensiva dovuta sempre, giacché avente natura di penale *ex lege*, mentre, d'altro lato, al datore di lavoro viene garantita la predeterminazione dell'indennizzo dovuto.

Ad avviso della Corte, la norma di interpretazione autentica si colloca in continuità con l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale e dalla stessa Corte di Cassazione, ritenendo che le sue disposizioni vadano «in senso conforme a quanto già affermato dalla Corte Costituzionale e da questa Corte di legittimità» e fornendo alcune indicazioni pratiche.

In sostanza, partendo dal presupposto che l'indennità omnicomprensiva, come si legge nella sentenza, copre tutti i danni causati dalla nullità del termine nel periodo che va dalla scadenza dello stesso alla sentenza (nella specie di appello) di conversione del rapporto a tempo indeterminato *ab origine*, se ne fa conseguire che, ad esempio, gli scatti di anzianità devono ritenersi ricompresi in essa.

Allo stesso modo, la stessa, comprendendo tutti i danni, non può che comprendere anche il risarcimento del danno conseguente alla mancata assegnazione delle azioni, richiesto in causa, avvenuta per tutti i dipendenti colleghi della lavoratrice ma assunti a tempo indeterminato.

Infine, con riferimento al risarcimento del danno contributivo nei confronti del datore di lavoro per il citato periodo intermedio, la sentenza è chiarissima e netta nell'affermare che anch'esso è compreso nella indennità «forfetizzata» e «omnicomprensiva», che ristora anche le conseguenze contributive (13) relative al detto periodo, richiamando in tal senso il dato testuale della norma interpretativa di cui alla legge n. 92 del 2012, art. 1, comma 13.

In conclusione, sembra ormai conclamata la tesi secondo cui, nella specie, si tratterebbe di un'invalidità speciale con efficacia *ex nunc*, nel senso che nel periodo tra la scadenza del termine e il provvedimento del giudice il rapporto non sussiste (14), cosicché l'indennità omnicomprensiva ristora il lavoratore di ogni presumibile pregiudizio e/o diminuzione patrimoniale.

5. — *Possibili questioni di costituzionalità* — Di recente, è stato rilevato come la questione non si possa dire conclusa con l'intervento interpretativo (15), giacché il Tribunale di Napoli ha investito la Corte di Giustizia dell'Unione europea con l'ordinanza del 13 giugno 2012, chiedendo in particolare se sia compatibile con l'ordinamento comunitario una disposizione di diritto interno che preveda conseguenze economiche, in ipotesi di clausola appositiva del termine nulla nel contratto di lavoro, inferiori rispetto al contratto di diritto civile comune, e che statuisca comunque una sanzione che avvantaggi, soprattutto per la durata del processo, il datore di lavoro abusante.

(13) Sul punto, si veda la circolare n. 40/11, emessa dall'Inps, nella quale si precisa che l'indennità non è assoggettata a contribuzione. Analogamente, in tema di indennità *ex art. 8*, legge n. 604/66, si era espressa Cass. n. 2906/96.

(14) Così R. Orfanelli, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in Aa.Vv., *La riforma del mercato del lavoro. Aspetti sostanziali e processuali*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 39.

(15) R. Orfanelli, *ibidem*.

Inoltre, già in precedenza, chi scrive aveva sollevato dubbi sulla costituzionalità dell'impianto risarcitorio delineatosi con l'intervento dell'art. 32, comma 5, cit., soprattutto a seguito della interpretazione autentica fornita dall'art. 1, comma 13, della legge n. 92, cit. (16).

Ciò a causa dell'insanabile contrasto con la clausola 8.3 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce, nel quale è stabilito che l'applicazione dell'accordo non può costituire motivo di riduzione delle tutele nell'ambito coperto dall'accordo stesso.

Una prima obiezione a tale tesi potrebbe consistere nel fatto che un intervento operato a ben undici anni di distanza dal d.lgs. n. 368 del 2001, di attuazione della direttiva, non dovrebbe essere assoggettato alla clausola di «non regresso» prevista nel 1999.

Ma l'obiezione non sarebbe fondata. Al fine di giungere alla corretta nozione di «ambito coperto dall'accordo stesso», la giurisprudenza della Corte di Giustizia (17) ha chiarito che in esso dev'essere ricompresa l'intera disciplina del lavoro a termine.

È stato ricordato (18) che la clausola 8, intitolata «Disposizioni di attuazione», non riguarda solo l'iniziale trasposizione, ma anche ogni altra successiva misura che completi o modifichi gli interventi traspositivi già effettuati; in sostanza, essa copre ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente al recepimento propriamente detto, completino o modifichino le norme nazionali già adottate (19).

Sul punto, la stessa Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1931 del 2011, richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia (20), ha confermato tali principi in ordine alla necessità di utilizzare, quale parametro per la verifica del non regresso, l'insieme delle disposizioni di diritto interno relative alle tutele in materia di contratti a termine.

Allora i limiti di applicazione della clausola sono altri. Essi sono stati ben individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha precisato come la *reformatio in peius* sia possibile allorché giustificata dalla necessità di promuovere un «altro obiettivo», distinto da detta applicazione e finanche meno degno di tutela (21), e quando tale *reformatio* riguardi il livello generale di tutela dei lavoratori a termine, ovvero se la modifica attiene a una categoria circoscritta di lavoratori a tempo determinato e se essa sia compensata da altre garanzie o misure di tutela.

(16) Ci sia consentito riferirci nuovamente a F. Aiello, *L'indennizzo ex art. 32 del Collegato lavoro tra giurisprudenza e interventi legislativi*, in q. Riv., 2012, 3, pp. 493 ss.

(17) Sentenze Corte di Giustizia Ue *Agelidaki*, punti 120 e 124, e *Sorge*, punti 33 e 34.

(18) R. Orfanelli, *op. cit.*, p. 19.

(19) Corte di Giustizia Ue, ordinanza 11 novembre 2010, *Vino*, punto 36; cfr. R. Orfanelli, che rileva come non possa essere dato eccessivo peso al criterio formale pur contenuto nel comma 3 dell'art. 2 della Direttiva, secondo cui le disposizioni con cui gli Stati membri intendono trasporla «contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate da tale riferimento all'atto della loro pubblicazione ufficiale», secondo modalità stabilite dagli Stati stessi, cfr. Corte di Giustizia Ue, sentenza 22 dicembre 2010, *Gavieiro Gavieiro* (punti 66 e 67).

(20) Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 2009 nei procedimenti riuniti da C-378/07 a C-380/07, *Kiziaki e altri*, nonché sentenza 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*.

(21) Corte di Giustizia Ue, ordinanza 11 novembre 2010, *Vino*, punto 44, che ha dichiarato la conformità alla direttiva della disposizione di cui all'art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. n. 368 del 2001.

Ne consegue che l'art. 32, comma 5, cit., come interpretato a opera dell'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 2012, rientra nell'ambito coperto dall'Accordo quadro allegato alla citata direttiva e costituisce un intervento diretto a modificare la regolamentazione del profilo patrimoniale correlato all'abuso della stipulazione di contratti a termine.

Ma esso comporta, rispetto al regime previgente salvaguardato dalla clausola 8.3 dell'Accordo quadro cit., una consistente riduzione del livello di tutela (perdita della retribuzione e della contribuzione) della generalità dei lavoratori a termine nessuno escluso a fronte dell'abusiva stipulazione di contratti a tempo determinato, senza che a essa corrisponda una misura di garanzia o di tutela (22).

In conclusione, siccome la clausola 8.3 (23) non soddisfa i requisiti per essere direttamente produttiva di effetti impedendo il rimedio della disapplicazione, l'unica via percorribile per far cessare il contrasto con la clausola 8.3 cit. è la questione di costituzionalità, giacché risulta preclusa un'interpretazione conforme (24) che nel caso in esame, alla luce del testo della norma di interpretazione, sconfinerebbe in un'inammissibile interpretazione *contra legem*.

Questa è la via percorsa dal Tribunale di Velletri, che ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 32, comma 5, cit., come interpretato dall'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 2012, per contrasto con la clausola 8.3 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce (25).

6. — *Prescrizione dell'indennizzo ex art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 e implicazioni in tema di decadenza* — La Suprema Corte, nella sentenza in commento, ha avuto modo di precisare i termini e il regime di prescrizione da applicare *in subiecta materia*. Ciò è stato possibile poiché la questione riguardava, come detto, una lavoratrice, il cui primo atto interruttivo della prescrizione risaliva all'8 maggio 2006, la quale aveva avuto una serie di contatti a termine dal 1991 sino al 2002 e, successivamente, era stata assunta a tempo indeterminato.

In ordine alle richieste economiche, come detto, la Cassazione ha ritenuto che esse fossero state tutte assorbite dall'indennizzo forfetario, e che quindi non si poneva la questione della prescrizione, mentre per l'indennità omnicomprensiva ha affermato che essa non è soggetta alla prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948 cod. civ., n. 4, né alla prescrizione presuntiva annuale di cui all'art. 2955 cod. civ., n. 2, o triennale di cui all'art. 2956 cod. civ., n. 1.

La Corte rileva, infatti, che l'indennità «costituisce un nuovo e diverso diritto» certamente soggetto a prescrizione, ma che, per la sua natura «forfetizzata» e «omnicom-

(22) Al contrario, si è verificato un concreto arretramento delle tutele costituito dall'estensione ai contratti a termine del regime decadenziale previsto per il licenziamento accompagnato, in sede di riforma Fornero, dall'ulteriore limitazione del termine di decadenza (da 330 a 300 giorni complessivamente).

(23) Come stabilito dalla Corte di Giustizia Ue, sentenza 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Sorge*, punto 50.

(24) Corte di Giustizia Ue, sentenze *Impact*, punto 99, *Pfeiffer*, punto 114, *Adeneler*, punto 109.

(25) Trib. Velletri 21 dicembre 2012, ord., inedita.

prensiva», è assoggettato al regime prescrizione ordinario decennale di cui all'art. 1946 cod. civ.

Si ricava, quindi, che il riferimento a «tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi» e alle analoghe espressioni contenute negli artt. 2955, n. 2, e 2956, n. 1, cod. civ. in ragione della natura dell'indennità, non possono trovare applicazione, con conseguente vigenza del regime ordinario decennale.

La soluzione appare del tutto conforme alle disposizioni richiamate.

Ciò che suscita grande interesse sono le implicazioni connesse ai cenni relativi alla decorrenza del termine di prescrizione, giacché la Corte afferma espressamente che durante la successione dei contratti a termine non è configurabile un decorso della prescrizione dei diritti derivanti dalla conversione, fra cui la nuova indennità omnicomprensiva, in considerazione del *metus* del lavoratore nei confronti del datore di lavoro tipico dei rapporti senza stabilità.

È del tutto evidente che la questione ha scarso rilievo pratico per la presenza di uno stringente regime di decadenza stragiudiziale e giudiziale per l'impugnativa della clausola di termine apposta al contratto di lavoro (26).

Se il lavoratore non reagisce tempestivamente nel termine di decadenza perde la possibilità di agire a propria tutela, e se, invece, reagisce tempestivamente certamente interrompe il decorso della prescrizione decennale (ampiamente comprensiva del termine massimo di decadenza di 300 giorni per impugnare e proporre il giudizio).

Il richiamo della Corte può risultare di grande rilievo se lo si traspone nel regime delle decadenze in presenza di una serie di contratti a termine. Infatti, gli insegnamenti della Corte Costituzionale (sentenza n. 63 del 1966) vengono ripetuti dalla Cassazione, che osserva come la situazione di soggezione del lavoratore potrebbe condurlo a rimanere inerte perdendo i propri diritti, cosicché l'unica interpretazione conforme è quella che preveda il differimento della decorrenza del termine alla fine del rapporto.

È di tutta evidenza che se il *metus* del lavoratore giustifica la decorrenza posticipata dei termini di prescrizione alla fine della serie dei contratti a tempo determinato, come affermato dalla Suprema Corte nella sentenza in commento, allo stesso modo esso giustifica la decorrenza posticipata, alla fine della serie dei contratti a termine, del termine di decadenza per l'impugnativa dei contratti già scaduti e non contestati.

L'implicazione pratica risulta di enorme rilievo, poiché è frequente nella pratica quotidiana che lavoratori utilizzati a termine dalle aziende non contestino le clausole nulle apposte ai loro contratti di lavoro restando in attesa di un auspicato richiamo al lavoro che verrebbe definitivamente pregiudicato dalla presenza di un'impugnativa.

In tali casi, posticipare all'esito della serie dei contratti a tempo determinato la possibilità di impugnare anche le clausole di termine apposte a contratti già scaduti non avrebbe altro risultato che restituire all'inerzia del lavoratore il suo vero significato.

Non sembra decisivo, sul punto, il prolungamento del termine di decadenza da sessanta a centoventi giorni, come previsto dall'art. 1, comma 11, della legge n. 92/2012 (27), poiché l'estensione temporale non muta il regime di soggezione del la-

(26) Sul punto, mi sia consentito un rimando al mio scritto *Impugnativa del licenziamento e regime delle decadenze*, in *Lav. giur.*, 2012, 4, pp. 344 ss.

(27) Che ha modificato l'articolo 32, comma 3, della legge 4 novembre 2010, n. 183.

voratore. E nulla cambia anche a voler combinare il prolungamento del termine di decadenza con l'estensione dei periodi intertemporali fra un contratto a termine e l'altro, previsto dall'art. 5 del d.lgs. n. 368 del 2001, che da dieci e venti giorni (a seconda che si tratti di contratti superiori o inferiori a sei mesi) sono stati prolungati a sessanta e novanta giorni (28). Nella realtà concreta, infatti, l'azienda che voglia richiamare un lavoratore dovrà attendere centoventi giorni invece che novanta o sessanta prima di riassumerlo a termine, mantenendolo in uno stato di soggezione che non viene scalfito dall'ampliamento dei termini.

Filippo Aiello
Avvocato in Roma

(28) La legge 28 giugno 2012, n. 92, ha disposto, con l'art. 1, comma 9, lettere *g* e *h*, la modifica dell'art. 5, comma 3.

I

CASSAZIONE PENALE, 6 settembre 2012, n. 33907, Sez. VI – Pres. De Roberto, Est. Di Salvo, P.M. Scardaccione (parz. diff.) – ric. P. M. (avv. Chiariello).

Diff. Corte d'Appello Lecce, Sez. dist. di Taranto, 24 ottobre 2011.

Licenziamento individuale – Ordine giudiziale di reintegra – Mancata ottemperanza – Art. 388, comma 1, cod. pen. – Inapplicabilità.

Il diritto a eseguire la prestazione lavorativa non si configura come diritto di credito, ma come diritto della personalità, in quanto esprime un interesse del lavoratore alla tutela della propria immagine professionale. Difettando del carattere della patrimonialità, e non potendo conseguentemente costituire oggetto di diritto di credito, la violazione di detto interesse per omessa esecuzione del provvedimento giudiziale che ordina la reintegrazione nel posto di lavoro non può configurare il delitto di mancata esecuzione dolosa dell'ordine del giudice previsto dall'art. 388, comma 2, cod. pen. (1)

II

CASSAZIONE, 16 giugno 2012, n. 9965, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Curzio, P.M. Matera (conf.) – Soc. Ctg (avv.ti Trifirò, Favalli, Lucchini) c. Inps (avv.ti Sgroi, Caliulo, Maritato).

Conf. Corte d'Appello Brescia 11 agosto 2009.

Licenziamento individuale – Ordine giudiziale di reintegra – Inottemperanza – Mancata reintegrazione del rappresentante sindacale – Incoercibilità specifica dell'ordine – Obbligo di versamento al Fondo adeguamento pensioni – Sussistenza.

«Reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro», ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300/1970, significa «restituire in integro» la relazione del lavoratore col «posto di lavoro», in ogni suo profilo, anche non retributivo, poiché il lavoro non è solo un mezzo di sostentamento economico, ma anche una forma di accrescimento della professionalità e di affermazione dell'identità, personale e sociale, tutelata dagli artt. 1, 2 e 4 Cost.; ne consegue che non ottempera all'ordine giudiziale di reintegrazione del dirigente sindacale illegittimamente licenziato, e deve pagare la sanzione al Fondo adeguamento pensioni ex art. 18, comma 10,

Stat. lav., l'imprenditore il quale, facendo leva sull'incoercibilità specifica dell'ordine medesimo, si limiti a versare al lavoratore la retribuzione e a consentirgli l'ingresso in azienda per lo svolgimento dell'attività sindacale, senza permettergli, tuttavia, di riprendere il lavoro. (2)

(*) Il testo delle sentenze è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1-2) OBBLIGO DI REINTEGRAZIONE
E SUA COERCIBILITÀ DOPO LA LEGGE N. 92/2012

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il licenziamento nella disciplina codicistica. — 3. La reintegrazione: profili sistematici. — 4. L'art. 18 Stat. lav. e il problema della esecuzione dell'ordine di reintegrazione. — 5. Strumenti di coercibilità indiretta dell'ordine di reintegrazione. — 5.1. La coercizione indiretta nell'art. 18 Stat. lav. — 5.2. La repressione penale. — 6. L'esecuzione dell'ordine della reintegrazione dopo la legge n. 92/2012: verifica della tenuta degli orientamenti giurisprudenziali. — 7. Perché la coercibilità dell'ordine di reintegrazione. — 8. La nuova prospettiva. — 9. Conclusioni.

1. — *Premessa* — Le due sentenze che si annotano affrontano i problemi connessi alla reintegrazione del lavoratore in caso di annullamento del licenziamento nell'area di applicazione dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

In entrambe le pronunce, la Corte di Cassazione, nel portare a disamina la condotta del datore di lavoro parzialmente inadempiente all'ordine giudiziale, esamina da punti di osservazione distinti l'inottemperanza all'obbligo di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro nell'ipotesi in cui comunque il datore di lavoro provveda a corrispondere la retribuzione.

Nella prima delle pronunce, la Cassazione è stata chiamata ad accertare se tale condotta abbia valenza penale; in particolare se in essa sia ravvisabile il reato di dolosa omissione dell'esecuzione di un ordine giudiziale *ex art.* 388 cod. pen.

Il caso è quello di un direttore di struttura complessa reintegrato nel servizio in quanto avente diritto a permanervi fino al compimento del settantesimo anno di età, cui il direttore generale della azienda sanitaria ha però omesso di riaffidare l'incarico primario precedentemente ricoperto collocandolo d'ufficio in congedo.

Il dirigente, ritenendo evasa nella specie la prescrizione di cui all'art. 388, comma 2, cod. pen., ha denunciato il fatto in sede penale, ottenendo ragione nella fase di merito.

La Suprema Corte, riformando la sentenza d'Appello, ha mandato esente da penale responsabilità il direttore generale, dando della disposizione una interpretazione restrittiva, sul presupposto che la nozione di «diritto di credito» richiamato nella norma, essendo incisa dal carattere della patrimonialità, non può comprendere quelle situazioni immateriali qualificate come diritti della personalità.

In particolare, secondo il giudizio della Cassazione, non può concretare la fattispecie delittuosa la condotta datoriale tendente a impedire al lavoratore di svolgere la pro-

pria attività lavorativa, perché, nel contesto del rapporto, la prestazione di lavoro forma solo oggetto della posizione debitoria del lavoratore o non costituisce per lo stesso un diritto (tantomeno di credito).

La seconda delle pronunce, invece, esamina la medesima fattispecie direttamente all'interno dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, giungendo a una soluzione opposta.

Il caso è pressoché uguale: si tratta ancora una volta di un lavoratore, questa volta dirigente sindacale, che, dopo l'invalidazione del licenziamento, è stato reintegrato nella retribuzione, ma non nel posto di lavoro (la società si è limitata a consentirne l'ingresso in azienda per il solo svolgimento dell'attività sindacale).

L'Inps, ritenendo inverata la fattispecie di cui all'art. 18, comma 10, legge n. 300/1970, ha chiesto la condanna del datore di lavoro al versamento al Fondo di adeguamento delle pensioni della relativa sanzione.

La Suprema Corte, questa volta ribaltando il ragionamento, ha affermato che «il lavoro non è solo strumento di sostentamento economico, ma è anche strumento di accrescimento della professionalità e di affermazione della propria identità a livello individuale e nel contesto sociale. Questa molteplicità di profili è considerata dalla Costituzione quando afferma che la Repubblica è fondata sul lavoro (art. 1), riconosce i diritti dell'uomo «sia come singolo che nelle formazioni sociali» (art. 2) e in particolare riconosce «il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto», che è altresì un «dovere» nei confronti della società (art. 4.). In questo contesto di valori ordinamentali, ottemperare all'ordine di «reintegrazione nel posto di lavoro» non può significare limitarsi a pagare la retribuzione e a permettere lo svolgimento dell'attività sindacale, ma significa ripristinare il rapporto di lavoro nella sua pienezza, consentendo l'esercizio dell'attività lavorativa».

Sulla base di questo assunto, dunque, ha rigettato il ricorso presentato dalla Società contro la sentenza della Corte d'Appello che l'aveva condannata.

Le due sentenze sicuramente pongono ancora in evidenza il problema della natura e della tutela dei diritti della persona nell'ambito dei rapporti obbligatori, ma l'aspetto che sembra suscitare maggiore interesse è quello che rinvia alla esecuzione dell'obbligo di reintegrazione; problema anch'esso annoso e sotto molti aspetti sedimentato, ma che oggi merita di essere riesaminato alla luce delle recenti modifiche apportate all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dalla legge 28 giugno 2012, n. 92.

2. — *Il licenziamento nella disciplina codicistica* — In un normale rapporto contrattuale di scambio, le posizioni delle parti si configurano come contrapposti complessi di situazioni soggettive attive e passive corrispondenti a diritti e obblighi; nel rapporto di lavoro, invece, solo la posizione del lavoratore risponde a questo schema, mentre quella del datore di lavoro nel lato attivo è un coacervo di diritti e poteri; con la possibilità, per il datore di lavoro, attraverso l'esercizio di quest'ultimi, di conformare in via unilaterale il contenuto della prestazione lavorativa, ovvero di stabilire le modalità dell'adempimento della propria obbligazione da parte del lavoratore (1).

(1) Questo perché il contratto di lavoro è un contratto di organizzazione e la posizione delle parti si connota per tale complemento (v. M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966; M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002).

A questo schema non sfugge nemmeno la potestà data al datore di lavoro di portare a estinzione il rapporto per mezzo del licenziamento (2); prerogativa che spetta al datore di lavoro in quanto esplicazione dell'autonomia contrattuale ed effettuale rispetto al potere gestionale d'impresa (art. 41 Cost.).

A rigor di logica e per coerenza con i principi generali del diritto comune, il licenziamento dovrebbe essere configurato come un atto di recesso (istituto sicuramente tipico dei rapporti di durata), di cui assume la caratteristica fondamentale, cioè l'efficacia *ex nunc*, nel senso che esso è inidoneo a coinvolgere gli effetti che il contratto ha già prodotto perché opera solo per il futuro.

Dal punto di vista semantico, in questi termini si esprime l'art. 2118 cod. civ., la cui rubrica, riferita a quella del capo intitolato «Estinzione del rapporto di lavoro», indica nel recesso lo strumento attraverso il quale le parti possono sciogliersi dal vincolo contrattuale; stessa nomenclatura il legislatore ha utilizzato nell'art. 2119 cod. civ. (3).

Nella sistematica degli atti di recesso, il licenziamento sicuramente è un atto unilaterale recettizio a giustificazione causale o a discrezionalità limitata (come normalmente avviene nelle cause legali di recesso) e con effetto estintivo, in quanto, a esclusione dell'area marginale in cui non trova applicazione la legge n. 604/1966, risolve il rapporto al ricorrere di un presupposto legale (la giusta causa o il giustificato motivo).

Anche allorché lo scioglimento dal vincolo sia l'effetto dell'inadempimento del lavoratore (area della giusta causa e/o del giustificato motivo soggettivo) si parla sempre di recesso, e non di risoluzione, perché l'effetto estintivo accede alla dichiarazione di volontà del datore di lavoro di far cessare il rapporto e non necessita di una pronuncia (costitutiva o dichiarativa) del giudice: in presenza dell'inadempimento del lavoratore, il datore di lavoro può semplicemente recedere dal contratto motivando la sua decisione, senza dover necessariamente fare ricorso ai complessi meccanismi della risoluzione (4).

Ancorché vi siano aspetti di evidente promiscuità con la risoluzione per inadempimento (5), la configurazione da parte della dottrina della categoria del recesso causale (6) porta la fattispecie più coerentemente nell'ambito dell'art. 1373 cod. civ. in quanto la estinzione del rapporto è un effetto regolarmente raggiungibile con l'esercizio della facoltà di recesso.

Nei rapporti di fiducia – «... a prescindere dalla risoluzione per inadempimento (art. 1453), che configura l'esercizio di un diritto potestativo – è ammesso un recesso unilaterale, subordinato al concorso giustificante di una “giusta causa” [...] qui non è nullo il recesso [...] se la pretesa giusta causa addotta dal recedente si rivela inconsi-

(2) Vd. L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, III, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 256 ss.

(3) Per la configurazione codicistica del licenziamento come denuncia unilaterale con effetto risolutivo e la sua riconducibilità all'art. 1373 cod. civ., vedi L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 251.

(4) Cfr. M.C. Diener, *Il contratto in generale. Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 801.

(5) Vd. artt. 1453 ss. cod. civ.; ma lo stesso ragionamento potrebbe farsi anche per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo con riguardo alla impossibilità sopravvenuta: vd. art. 1460 cod. civ.

(6) Si veda F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2009, p. 1036.

stente al controllo del giudice; ma spetta alla controparte il risarcimento del danno che essa risente per la risoluzione ingiustificata del rapporto» (7).

Il recesso, infatti, può operare anche in presenza di vizi sopravvenuti o funzionali del contratto in posizione speculare rispetto alla risoluzione, differenziandosi da essa in quanto il rimedio non opera in via retroattiva e, operando automaticamente in virtù di una efficacia propria, non necessita di un intervento giudiziale (costitutivo o dichiarativo) o dei moduli procedurali tipici della risoluzione (diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa ecc.) (8).

Si comprende bene questa situazione ponendo mente a quanto accade fenomenicamente in conseguenza del licenziamento: il lavoratore, estromesso giuridicamente dal rapporto, contestualmente viene estromesso anche dall'organizzazione d'impresa e non ha più luogo il suo ingresso in azienda.

Se questo è il punto di arrivo di queste prime considerazioni, è anche il punto di partenza per l'analisi che segue, perché compito dell'analisi è quello di esaminare gli aspetti modali del rientro del lavoratore in azienda una volta che, a seguito dell'annullamento del licenziamento, il contratto di lavoro è stato ripristinato nella sua funzionalità e si è verificato il suo reingresso nel rapporto.

3. — *La reintegrazione: profili sistematici* — Il licenziamento come recesso è un atto unilaterale soggetto alle disposizioni dettate in via generale per il contratto, in virtù di quanto stabilito in materia dall'art. 1324 cod. civ.; dunque è impugnabile al ricorrere di una delle ragioni vizianti, tra cui la mancanza della giustificazione causale.

L'invalidazione del licenziamento per il difetto della causa attiene a un presupposto di legittimità: essa non produce la nullità del recesso perché evidentemente la causa non è intesa tecnicamente come causa del contratto o ragione dell'atto unilaterale (9) e non ne costituisce un elemento costitutivo o requisito, quantomeno nel senso in-

(7) E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* (ristampa), Esi, Napoli, 2002, p. 177.

(8) Per un'analisi del complesso rapporto tra recesso e risoluzione (specialmente per impossibilità sopravvenuta e inadempimento) nel licenziamento vedi E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 1994, pp. 230 ss., in cui, trattando in generale della estinzione del rapporto di lavoro, è evidenziato che «... in considerazione della particolare configurazione di questo rapporto giuridico caratterizzato dalla coesistenza – nel contesto del sinallagma contrattuale – di due tipi di obbligazioni molto diverse tra loro, sotto il profilo non soltanto della funzione, ma, altresì, della struttura [quando] può non essere più opportuno o economicamente conveniente proseguire nel rapporto [...] alla tutela di questo interesse sarà più funzionale lo strumento del recesso che non quello della risoluzione automatica *ope legis* [...] Prima di entrare nel cuore della problematica – l'analisi del negozio di recesso – occorre vedere se sia ammissibile, a fianco di questo, il ricorso alla risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento. In proposito la risposta sembra dover essere negativa: la regolamentazione legale del contratto di lavoro prevede, a tutela del soggetto adempiente contro colui che non sia tale, l'istituto del recesso unilaterale, mentre le norme di diritto comune sono dirette a tutelare lo stesso interesse in un modo più macchinoso e indiretto...».

(9) La ragione che il licenziamento è diretta a soddisfare è lo scioglimento del vincolo, per cui la causa, sia nel suo senso di ragione economico-sociale (v. F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1962), sia in quello di ragione pratica del negozio (vedi G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966), è riconducibile all'effetto estintivo voluto dal disponente.

dicato dall'art. 1325 cod. civ.; la conseguenza della sua invalidazione, infatti, è l'annullamento (per effetto della rilevata illegittimità), cui però, nel sistema disegnato dalla legge n. 604/1966, non consegue automaticamente la riviviscenza del rapporto cessato, cioè la riduzione in pristino di esso (10), ma ne deriva la riassunzione del lavoratore o, in una obbligazione a facoltà alternativa, il risarcimento del danno forfezzato tra un minimo e un massimo.

La più rilevante eccezione a questa regola è posta dall'art. 18 Stat. lav., che, nonostante la resezione operata recentemente dall'art. 1, legge n. 92/2012, con riguardo a un rilevante segmento di rapporti di lavoro (quelli cd. resistenti o area della tutela reale), continua a prevedere la manutenzione del rapporto, con un meccanismo però che non è né quello di cui agli artt. 1418 ss. cod. civ., per la nullità (11), né quello di cui agli artt. 1441 ss., per l'annullamento (12).

Questo semplicemente perché la ricostituzione del rapporto non è un effetto automatico riconducibile alla caducazione dell'atto rescissorio, cioè alla invalidazione del licenziamento per il solo fatto che lo stesso è invalidato; si tratta bensì di un meccanismo di tutela, ossia di una modalità tipica di risarcimento in forma specifica che l'ordinamento riconnette non alla invalidazione del licenziamento, ma all'inadempimento che in esso si consuma in relazione all'impegno assunto contrattualmente dal datore di lavoro di sciogliersi unilateralmente dal vincolo negoziale solo per via di un legittimo recesso causale.

La reintegrazione, non avendo (e non potendo avere) natura inibitoria, è un rimedio ripristinatorio che per la sua attuazione richiede una condotta attiva del soggetto obbligato, e più in particolare necessita della cooperazione del debitore per la realizzazione dell'interesse del creditore.

È a questo punto che si pone il fondamentale problema della coercibilità dell'obbligo, dovendo accertarsi se l'operazione cui è tenuto il datore di lavoro, nella realizzazione di un obbligo positivo di fare, richiede un fare fungibile o infungibile.

Il punto di sofferenza del sistema è stato chiaramente evidenziato dalla dottrina, secondo cui il limite della utilizzazione di questo strumento non si ravvisa nella natura del diritto da cui è scaturito l'obbligo, ma nel grado della «... obiettiva possibilità dell'esecuzione forzata, in quanto questa avviene – come sempre – prescindendo dalla volontà dell'obbligato o addirittura contro la sua volontà» (13).

Se il datore di lavoro provvede a dare esecuzione all'obbligo spontaneamente *nulla quaestio*, in quanto la soluzione al problema è data dal fatto stesso del suo non manifestarsi; diverso è il caso, invece, se il datore di lavoro rifiuta l'esecuzione o non ottempera *motu proprio* (14): in questa ipotesi è possibile provvedervi in via coattiva?

(10) Se non nei casi in cui una detta conseguenza sia espressamente prevista dalla legge o voluta dalle parti.

(11) Cioè la sua originaria idoneità a produrre effetti giuridici (l'atto nullo è *tamquam non esset*) con la sua definitiva espunzione dal mondo giuridico per effetto della sentenza (dichiarativa) che ne dispone la nullità.

(12) Cioè la sua provvisoria idoneità a produrre effetti, che, però, cessa una volta che sia reso inefficace dalla sentenza (costitutiva) che lo annulla.

(13) M. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, III, Giappichelli, Torino, 1989, p. 116.

(14) È ormai prassi per alcuni datori di lavoro, in caso di reintegrazione del lavoratore, adempiere alla obbligazione retributiva rifiutando la prestazione lavorativa (sia impedendo al

Un antico brocardo, solitamente riferito agli artt. 2931 cod. civ. e 612 cod. proc. civ., recita: *nemo ad factum praecise cogi potest*, cioè nessuno può essere costretto a compiere un atto specifico. Si tratta della posizione renitente del destinatario di un obbligo di esecuzione che si risolve in un *facere* infungibile: se la condotta dell'esecutato è strumentale al conseguimento del risultato perché per l'adempimento della prestazione indicata nel titolo è necessaria la cooperazione *in toto* o *pro quota* del debitore, in assenza di una esecuzione volontaria il risultato non si realizza.

Secondo la tradizionale interpretazione che la dottrina fornisce dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, questa situazione è predicabile anche dell'ordine di reintegrazione dato dal giudice a seguito della declaratoria di illegittimità del licenziamento: «L'art. 18, comma 5, rimette l'esecuzione dell'ordine di reintegrazione allo stesso datore di lavoro [...] l'effettività della tutela ex art. 18 deve fare i conti con l'infungibilità e l'incoercibilità dell'obbligo di fare del datore di lavoro, dal quale necessariamente dipende la ripresa del servizio da parte del lavoratore licenziato. L'ordine di reintegrazione fa sorgere a carico del datore di lavoro un'obbligazione di fare, come tale – secondo l'opinione a lungo prevalente, ma ora messa in discussione – a carattere infungibile, insuscettibile, in base a un antico principio processual-civilistico, di esecuzione forzata in forma specifica. Ma soprattutto va tenuto presente che soltanto al datore di lavoro spetta l'assegnazione di compiti al dipendente, specificandone le mansioni con l'esercizio del proprio potere direttivo. Può, dunque, accadere che il datore di lavoro rifiuti di reinserire materialmente il lavoratore illegittimamente licenziato, senza che l'eventuale ricorso ex artt. 2931 cod. civ. e 612 cod. proc. civ. all'autorità giudiziaria possa ovviare al rifiuto e il dipendente, pur vittorioso in giudizio, possa in realtà tornare a svolgere le proprie mansioni» (15).

Il problema a volte ritorna nella giurisprudenza e, nonostante il dogma della incoercibilità della reintegrazione in taluni casi venga messo in discussione (come evidenziato anche dalla appena citata dottrina), tuttora resiste come un elemento assodato quasi che se fosse un dato definitivamente acquisito e irreformabile.

Eppure, analizzando la normativa in materia di esecuzione degli obblighi di fare, dei due corni del dilemma, solo una cosa appare certa, mentre l'altra rimane dubbia.

La certezza è che l'ordinamento prevede l'esecuzione coercitiva degli obblighi di fare: dispone l'art. 2931 cod. civ. che l'inesecuzione spontanea dell'obbligo di fare legittima l'avente diritto a richiedere che esso sia eseguito in via forzata dall'autorità nelle forme precisate dall'art. 612 cod. proc. civ., cioè con la fissazione in sede giudiziale delle modalità esecutive; l'incertezza, invece, ha riguardo alla sua estensione, cioè se essa è possibile in generale per tutti gli obblighi di fare o se rimane preclusa per quelli aventi a oggetto un fare infungibile.

4. — *L'art. 18 Stat. lav. e il problema della esecuzione dell'ordine di reintegrazione* —
Riportando quanto detto all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, parte della dottrina, già nei primi commenti della norma, escludeva la coercibilità dell'ordine di reintegrazione ravvisando in esso non un obbligo, ma un onere; posizione non assoggettabile a

lavoratore reintegrato di entrare in azienda, sia, al limite, facendolo entrare in azienda, ma mantenendolo inattivo).

(15) G. Perone, *Lo Statuto dei lavoratori*, Utet, Torino, 2010, p. 73.

esecuzione coattiva poiché alla sua inosservanza fa seguito una esecuzione indiretta con la fissazione di precise conseguenze o di una misura alternativa: nello specifico l'imposizione di un'obbligazione risarcitoria (16).

Questa soluzione ha trovato coerente svolgimento nella giurisprudenza in materia, secondo cui «Le sentenze di condanna a favore del lavoratore, la cui attuazione può realizzarsi esclusivamente con la cooperazione del debitore, sono insuscettibili di esecuzione forzata e l'ottemperanza al comando in esse contenuto non costituisce un atto dovuto, ma rappresenta l'esplicazione di una libera e autonoma determinazione» (17).

Più precisamente, la coeva giurisprudenza di legittimità ha detto senza mezzi termini che «È insuscettibile di esecuzione forzata l'ordine di reintegrare il lavoratore il legittimamente licenziato» (18); la giurisprudenza di merito, invece, ha dato origine a una pluralità di orientamenti: accanto all'indirizzo conforme a quello della Suprema Corte (19), si è registrato sia un orientamento opposto diretto a ritenere ammissibile la coercibilità diretta dell'ordine di reintegrazione (20), sia un orientamento intermedio proiettato a scomporre il complessivo obbligo di reintegrazione in diverse posizioni, distinguendo gli obblighi eseguibili coattivamente (ad esempio, l'obbligazione retributiva) da quelli non suscettibili di una tale esecuzione (21).

L'eterogeneità degli orientamenti giurisprudenziali non ha impedito alla dottrina di ricavarne la prevalenza di quello maggiormente accreditato, dando una lettura dell'ordinamento giuslavoristico come di un settore in cui, proiettando l'analisi oltre l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, «... vi è una forte tendenza dei rimedi a riversarsi sul piano risarcitorio, in dipendenza della valutazione in termini di infungibilità dei comportamenti dovuti. Inevitabilmente, dato l'alto tasso di comportamenti infungibili che caratterizzano l'esecuzione del rapporto [...] nel diritto del lavoro siffatta tendenza si rende particolarmente visibile» (22).

(16) Vedi M.G. Garofalo, *Art. 18 – reintegrazione nel posto di lavoro*, in G. Giugni (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 261 ss.

(17) Cass. 21 giugno 1985, n. 3738, in *Foro it.*, 1986, I, p. 1013; conf. Cass. 4 settembre 1990, n. 9125, in *Notiz. giur. lav.*, 1990, p. 689.

(18) Conf. Cass. 13 aprile 1985, n. 2458, in *Foro it.*, 1986, I, p. 1655.

(19) Cfr., *ex plurimis*, Trib. Roma 13 dicembre 1996, in *Notiz. giur. lav.*, 1997, p. 77; Trib. Parma 12 luglio 2005, in *Lav. giur.*, 2005, p. 1160; Trib. Benevento 23 aprile 2009, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Esecuzione di obblighi di fare*, n. 17; Trib. Milano 1° dicembre 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2007, I, p. 154.

(20) «È ammissibile l'esecuzione forzata dell'ordine di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro [nella specie: tale enunciazione è contenuta nell'ordinanza emanata ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. con la quale il giudice ha ordinato la reintegrazione nel posto di lavoro di un dipendente illegittimamente licenziato]» (Pret. Sassari 13 dicembre 1985, in *Foro it.*, 1986, I, p. 1656).

(21) «L'obbligo di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro è eseguibile coattivamente per la parte relativa alla riammissione del lavoratore in azienda, alla obbligazione retributiva, al ripristino della posizione assicurativa e a quegli obblighi fungibili da individuare di volta in volta dal giudice che procede all'esecuzione; non è invece eseguibile per la parte infungibile, che postula la cooperazione attiva del datore di lavoro» (Trib. Lecce 27 luglio 1983, in *Foro it.*, 1984, I, p. 3038; conf. Pret. Roma 14 marzo 1986, in *Nuovo dir.*, 1986, p. 657).

(22) P. Tosi, F. Lunardon, *Introduzione al diritto del lavoro*, Laterza, Bari, 2004, p. 115.

Questo assunto, prima di procedere a una verifica della possibilità di dare esecuzione diretta all'ordine di reintegrazione, impone preliminarmente la necessità di spostare l'attenzione sui rimedi alternativi che appresta l'ordinamento, quelli che valorizzano la cd. esecuzione indiretta: sostanzialmente i rimedi repressivi e risarcitori.

5. — *Strumenti di coercibilità indiretta dell'ordine di reintegrazione* — A fronte di un comportamento inottemperante del datore di lavoro connotato di norma dall'antigiuridicità, l'ordinamento dispone di rimedi surrogatori finalizzati a favorire una condotta datoriale attiva per dare effettività alla tutela del lavoratore disposta con l'ordine giudiziale.

5.1. — *La coercizione indiretta nell'art. 18 Stat. lav.* — È appena il caso di dire che la dottrina ha da sempre cercato di contrastare le condotte omissive imponendo come deterrente la permanenza in capo al datore di lavoro della obbligazione retributiva: il datore di lavoro può anche rifiutare la prestazione lavorativa, ma non può giustificare per tale solo fatto l'inadempimento della obbligazione retributiva (e contributiva), perché il venir meno della corresponsività è riconducibile (e imputabile) a una sua scelta non giustificata da fattori diversi dalla sua cosciente volontà di esporsi all'obbligo della retribuzione in corrispondenza della inattività (forzosa) del lavoratore.

Si tratta di una misura che, per quanto possa astrattamente rispondere alle esigenze di ripristinare una buona prassi di corretta ed efficiente gestione economica dell'azienda (23), si presta ad avere, soprattutto nelle grandi realtà produttive, scarsa efficacia per la capacità dell'impresa, nella logica dei grandi numeri, di attenuare e, al limite, neutralizzare l'impatto negativo dei costi della inattività forzata del lavoratore ugualmente retribuito.

Non è questa l'occasione per addentrarsi in considerazioni *de iure condendo*; tuttavia la casistica in materia mostra la insufficienza di questa forma di coazione indiretta per le tante (e troppe) volte, nel contingente periodo storico sempre più frequenti, in cui il lavoratore reintegrato dal giudice, pur retribuito, si sente intimare dal datore di lavoro di non presentarsi in azienda, come se in un semaforo predisposto a via libera (verde) si accenda contemporaneamente anche l'ordine di arresto (il rosso).

Questo stato di cose fa in modo che a una buona legge si possa dare una cattiva applicazione; sicché la norma, nella sua compiutezza ordinamentale, non ha strumenti sufficienti per garantire effettività alla tutela che promette; allora la sua efficacia deve essere sorretta da un più forte ed efficace impianto sanzionatorio, ad esempio, rafforzandone la capacità dissuasiva con il conferimento a essa della natura di *astreinte* (24)

(23) Pagare la retribuzione, gravata di tutti gli oneri riflessi, per l'azienda è un costo di produzione che si giustifica in quanto ne riceve un'utilità, data appunto dal rendimento della prestazione di lavoro; per cui retribuire un lavoratore (quindi, sopportare un costo di produzione) senza farlo lavorare significa introdurre nella gestione dell'azienda un fattore di costo non solo improduttivo, ma soprattutto non giustificabile in termine di funzionalizzazione dei costi ai ricavi.

(24) Pur prevista dalla precedente versione dell'art. 18 Stat. lav. e mantenuta dalla novella apportata con l'art. 1, comma 42, legge n. 92/2012, ma limitata solo alla mancata reintegrazione del dirigente delle rappresentanze sindacali di cui all'art. 22.

con un forte carattere di progressività o con l'aggiunta di una sanzione amministrativa (computabile, ad esempio, con il modello delle quote *ex artt.* 10 e 11 d.lgs. n. 231/2001) in caso del protrarsi dell'inottemperanza oltre un ragionevole limite temporale.

Così, *de iure condito*, a legislazione invariata, il datore di lavoro economicamente forte, cioè quello che è in grado di sopportare i costi dell'arbitrio, può dare sfogo al capriccio (che mai è capriccio, ma in questi casi è sempre ritorsione) (25) di compiere atti di attribuzioni liberali a propri lavoratori che meritano di essere retribuiti non per il lavoro prestato, ma per l'ozio goduto elogiato nella sua forma non di gratificazione, ma di mortificazione della persona (26).

5.2. — *La repressione penale* — L'ordinamento segue anche un'altra via per rendere effettivo l'ordine di reintegrazione: si tratta di quella penale, ma con scarsi risultati, non essendovi una norma *ad hoc* per la fattispecie e risultando, nella sua applicazione giudiziaria, poco efficace quella in cui la fattispecie può essere ricondotta.

Nonostante la forza compulsiva della sanzione, infatti, la tutela penale si è mostrata il più delle volte di scarsa utilità perché, nonostante il suo apparato repressivo, non sembra avere particolare efficacia nel prevenire le condotte evasive, elusive od omissive del datore di lavoro.

Il codice penale relega la fattispecie nell'angusto ambito dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, riportandola, tra i delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie, nell'art. 388 cod. pen., particolarmente nella parte in cui la norma sanziona la mancata esecuzione dolosa del provvedimento del giudice civile a tutela del credito (comma 2), ovvero nella parte in cui, manifestandosi la condotta nella forma commissiva, l'art. 388 cod. pen. vieta al datore di lavoro di ottenere il medesimo risultato per mezzo di comportamenti simulati o fraudolenti (comma 1) (27).

Paradigmatica della fattispecie criminosa è proprio l'inottemperanza all'obbligo di reintegrazione del lavoratore, che, nonostante le alterne considerazioni, è presa a riferimento dalla giurisprudenza ormai da tempi risalenti come una delle più importanti (e problematiche) ipotesi applicative (28), anche perché, nonostante qualche titubanza espressa dalla minoritaria dottrina e giurisprudenza (vedi Cass. pen. n. 33907/2012 in esame), non è posto in dubbio che la nozione di diritto di credito cui fa riferimen-

(25) Tante volte, come la cronaca insegna, perpetrata per discriminare per motivi sindacali.

(26) Il gusto della buona letteratura ci riporta alla mente il titolo della raccolta lirica di C. Pavese, *Lavorare stanca*, e quello di una raccolta di saggi di B. Russell, *Elogio dell'ozio*, come dire che, a coniugare i due titoli, elogiando il lavoro, è l'ozio che stanca (stanchezza intesa nel senso biblico come conseguenza di un'offesa o di una gratuita rivalsa, Isaia 7, 12).

(27) Sulla riconducibilità della inottemperanza all'obbligo di reintegrazione reso dal giudice *ex art.* 18 Stat. lav. all'art. 388 cod. pen. nonostante la previsione da parte dello Statuto di meccanismi propri di coercibilità indiretta v. G. Cannati, *L'applicabilità dell'art. 388 cod. pen. in funzione compulsiva dell'adempimento degli obblighi datoriali. Incertezze della norma e incoerenze del sistema*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nei rapporti di lavoro, Atti del convegno Foggia 14-15 novembre 2003*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 258 ss.

(28) Vd. Cass. 30 gennaio 1979, Magini, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 722; in dottrina, cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale I*, Zanichelli, Bologna, 1988, pp. 309 ss.

to l'art. 388 cod. pen. vada oltre la semplice prestazione pecuniaria e si estenda ad altri aspetti in cui emerge comunque la patrimonialità della prestazione (29).

Non potrebbe essere altrimenti, perché una diversa interpretazione porrebbe un contrasto evidente e insanabile con l'art. 1174 cod. civ., nella parte in cui, secondo l'interpretazione corrente, la norma, fondamentale, nel declinare la nozione di credito, definisce con estrema ampiezza il carattere patrimoniale della prestazione includendovi tutte quelle situazioni che, indipendentemente dalla loro consistenza (morale o materiale), siano suscettibili di valutazione patrimoniale (30).

Il fallimento della tutela repressiva si deve principalmente al fatto che per il reato in questione, nonostante la norma tuteli in modo diretto anche l'interesse del privato (31), la giurisprudenza, ponendo al centro della tutela l'effettività della funzione giurisdizionale, pur ritenendo illegittimo il mero rifiuto di ottemperare all'ordine di reintegrazione nelle ipotesi di obblighi infungibili, ha finito per dare rilevanza pervasiva al rifiuto causale, con ciò rendendo nei fatti difficilmente reprimibile ciò che giuridicamente è stato compulsato con l'ordine all'obbligato di prestare la propria collaborazione al fine di rendere eseguibile il provvedimento giudiziale (32).

In questo modo è particolarmente problematico accertare, per le complesse valutazioni di merito implicate, se sia integrato l'elemento del dolo in presenza di una motivazione giustificativa della condotta inottemperante (33), troppo spesso ritenuta sussistere in presenza della sua sola plausibilità (34) in un campo in cui al giudice non è dato valutare nel merito le misure organizzative disposte dall'imprenditore per il principio della insindacabilità delle scelte aziendali (35).

(29) Vd. C. Smuraglia, *Diritto penale del lavoro*, Cedam, Padova, 1980, p. 199; G. Vidiri, *Inottemperanza alla sentenza di reintegrazione del lavoratore licenziato*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, II, p. 1028; F. Frediani, *Note sull'effettività della reintegra nel posto di lavoro*, in *q. Riv.*, 1978, I, p. 73.

(30) Dunque anche quelle non patrimoniali, perché, in caso di danno, quantificabili per equivalente: cfr. Cass., Ss.Uu., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, p. 120.

(31) Vd. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale II*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 591.

(32) «Il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giudiziari previsti dall'art. 388, comma 2, cod. pen., non costituisce comportamento penalmente rilevante, a meno che la natura personale delle prestazioni imposte ovvero la natura interdittiva dello stesso provvedimento esigano per l'esecuzione il contributo dell'obbligato; infatti, l'interesse tutelato dai commi 1 e 2 dell'art. 388 cod. pen. non è l'autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, bensì l'esigenza costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale» (Cass., Ss.Uu., 27 settembre 2007, Lo Mauro, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, p. 767).

(33) Cass. 28 febbraio 2012, n. 9190, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Mancata esecuzione dolosa*, n. 4; d'altronde è difficile che il datore di lavoro che non vuole reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro si renda meramente omissivo: come emerge dalla prassi delle relazioni di lavoro, di norma adduce un motivo (reale o pretestuoso che sia) facendo richiamo delle ipotesi più disparate, quali, ad es., la indisponibilità del posto di lavoro in quanto occupato da altro lavoratore, la impossibilità di reimpiego immediato per le modificazioni organizzative apportate, l'esigenza di accertare l'idoneità psicofisica del lavoratore alle mansioni ecc., fino a quella limite della cessazione dell'attività aziendale.

(34) Cfr. Cass. 11 giugno 2009, n. 32846, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Mancata esecuzione dolosa*, n. 7.

(35) Vd. art. 30, legge n. 183/2010; Cass. 9 luglio 2012, n. 11465, inedita a quanto consta; Cass. 24 febbraio 2012, n. 2874, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 800; il

6. — *L'esecuzione dell'ordine della reintegrazione dopo la legge n. 92/2012: verifica della tenuta degli orientamenti giurisprudenziali* — Nonostante la riserva sopra evidenziata e la facile possibilità di eludere il sistema, l'evoluzione della giurisprudenza in materia di coercibilità dell'obbligo di reintegrazione del lavoratore licenziato mantiene l'eseguibilità dell'ordine nell'ambito della condotta discrezionale del datore di lavoro, affidandosi quanto più possibile ai mezzi di coercizione indiretta per indurre la esecuzione spontanea dell'ordine giudiziale.

Tutta la giurisprudenza che si è pronunciata in materia ha deliberato sulla base di un quadro normativo rimasto pressoché immutato per oltre quarant'anni (sostanzialmente non scalfito dalla legge n. 108/1990), cioè di una portata dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori che per tutta l'area di sua applicazione disponeva una tutela omogenea connotata da due elementi: la reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento del danno corrispondente alla retribuzione globale di fatto dovuta fino alla effettiva reintegrazione.

Quest'ultimo elemento era esso stesso parte costitutiva della tutela garantita al lavoratore in forma reale, perché il contratto, risolto per effetto di un licenziamento, a seguito della illegittimità di quest'ultimo era automaticamente ripristinato nella sua funzionalità con effetto retroattivo.

Per cui, nella complessiva posizione debitoria di obbligato, il datore di lavoro era tenuto a una duplicità di comportamenti tra loro giuridicamente interdipendenti, ma di fatto anche disgiungibili: reinserire il lavoratore nella propria organizzazione aziendale e corrispondergli la retribuzione, in modo che, anche se non avesse ottemperato al primo, comunque rimaneva vincolato all'obbligo retributivo essendo l'inadempimento parziale.

L'art. 18 Stat. lav., per effetto della legge n. 92/2012 (art. 1, comma 42), ha subito una radicale modifica, tanto da essere riscritto fino al comma 6 e da essere diversamente intitolato (36).

La modificazione apportata alla norma ha inciso radicalmente sul sistema di protezione (37), non perché ha eliminato la tutela reale, ma perché, in una complessiva modulazione delle tutele, ha dato alla vecchia area della tutela reale una concentrica collocazione nella complessivo contesto di incidenza dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che, per i rapporti cd. resistenti, stabilisce ora la misura risarcitoria come agiuntiva della reintegrazione per alcuni rapporti e come sostitutiva per altri.

principio di insindacabilità delle scelte aziendali è ritenuto corollario dell'art. 41 Cost., per cui sulle scelte imprenditoriali al giudice è consentito il controllo sulla sussistenza ma non sul criterio di gestione da cui la scelta scaturisce (vd. Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 362).

(36) La sua vecchia rubrica «Reintegrazione nel posto di lavoro», infatti, è stata sostituita con la nuova rubrica «Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo».

(37) Si può dire che sul punto il vecchio e il nuovo art. 18 della legge n. 300/1970 coincidono e differiscono nella stessa formulazione dell'ordine giudiziale; infatti, mentre nel testo previgente era detto univocamente che «... il giudice con la sentenza [...] ordina al datore di lavoro [...] di reintegrare il lavoratore...», il testo attuale, da una parte, ha confermato la formula legislativa (vd. comma 1) e, dall'altra, ha modificato la stessa, trasformando l'ordine di reintegrazione in una «... condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro» (vd. comma 4).

Allo stato attuale la reintegrazione congiunta al risarcimento del danno nella misura omnicomprensiva è limitata ad alcune ipotesi tipizzate, tutte riconducibili alla nullità del licenziamento (licenziamento discriminatorio, per nullità testuali e per motivo illecito).

Per il licenziamento disciplinare (privo di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo) e per quello economico (privo di giustificato motivo oggettivo), la reintegrazione è prevista rispettivamente per le sole ipotesi in cui il licenziamento venga annullato perché il fatto non sussiste o perché per lo stesso il codice disciplinare dispone una sanzione conservativa (reintegrazione necessaria), ovvero per difetto della giustificazione del licenziamento disposto per motivi di salute (reintegrazione necessaria) o quando vi è manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento economico (reintegrazione eventuale).

In questi casi, rappresentanti una parte dell'area del licenziamento illegittimo, alla reintegrazione nel posto di lavoro non segue il risarcimento nella stessa forma reale, cioè automaticamente agganciato all'ordine di reintegrazione e operativo fino alla sua effettiva attuazione con la ripresa del lavoro da parte del lavoratore; dispone la nuova normativa che al lavoratore reintegrato spetta una indennità risarcitoria dipendente dalla effettiva reintegrazione nel posto di lavoro solo parzialmente, in quanto per la parte eccedente le dodici mensilità essa è autonomamente determinata perché è computabile nella retribuzione globale di fatto solo ciò che spetta nel detto limite temporale (una sorta di forfetizzazione del danno nel suo ammontare massimo).

Inoltre, dall'importo deve essere dedotto quanto il lavoratore ha percepito per lo svolgimento nel periodo di estromissione per altre attività lavorative (*aliunde perceptum*) e quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una occupazione (*aliunde percipiendum*) (38).

Per completezza del discorso, vi è una terza area di rapporti cui si applica il novellato art. 18 Stat. lav., individuati con la regola della sussidiarietà (il sistema si applica a tutti i casi non rientranti nelle ipotesi precedenti), per i quali la sanzione accedente alla illegittimità del licenziamento è solo monetizzata (39).

Ritornando al tema in esame, cioè l'esecuzione dell'obbligo di reintegrazione, emerge chiaramente che il problema non si pone più per una buona parte dei rapporti individuati in via residuale, cioè quelli per i quali, non essendo più stabilita la reintegrazione (o essendo prevista solo in via eventuale), non si applica più la stabilità reale (sostituita da quella obbligatoria).

Il problema, invece, si pone per la prima volta per quei licenziamenti nulli che, non soggetti all'art. 3, legge n. 108/1990 (licenziamenti discriminatori), per la prima volta sono attratti nell'orbita della tutela reale stabilita dalla normativa speciale e, dun-

(38) Nel previgente regime, la possibilità di detrarre dal risarcimento l'*aliunde perceptum* era già riconosciuta, ma aveva anche una portata più limitata rispetto a quella che gli ha dato la legge n. 92/2012, in quanto circoscritta all'*aliquid perceptum* conseguito impiegando la capacità di lavoro non impegnata nell'esecuzione del rapporto di lavoro cessato per effetto dell'illegittimo licenziamento; v. Cass. 28 maggio 2003, n. 8494, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1758; Cass. 20 febbraio 2003, n. 2529, in q. *Riv.*, 2003, II, p. 328.

(39) Si tratta di una indennità risarcitoria omnicomprensiva compresa tra dodici e ventiquattro mensilità della retribuzione globale di fatto.

que, non più soggetti alla normativa generale sulla nullità (artt. 1418 ss. cod. civ.) quanto alle modalità di ricostituzione del rapporto.

Questo settore, prima non compreso nel campo di applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ne modifica l'ambito quantitativo, ma non il contenuto, perché il meccanismo di reintegrazione rimane immutato; per cui essi non riqualificano il problema, che rimane così come tradizionalmente si è manifestato e si è posto nell'originario ambito di applicazione dell'art. 18.

Il vero elemento di novità è rappresentato da quei rapporti rispetto ai quali la disposizione prevede un limite al *quantum* del risarcimento, il cui ammontare non può più coprire l'intero periodo intercorrente tra l'ordine di reintegrazione e la sua esecuzione se l'importo dell'indennità supera le dodici mensilità.

Questa limitazione incide profondamente sul sistema delle tutele in quanto, facendo venire meno l'effetto coercitivo riconosciuto nel previgente regime alla forma di esecuzione indiretta, contenuta nell'obbligo di corrispondere la retribuzione omnicomprensiva per tutto il periodo intercorrente dal licenziamento sino alla effettiva reintegrazione, può favorire, oltre quanto già non avvenga, comportamenti elusivi in conseguenza dell'effetto sospensivo dell'obbligo di retribuzione che si verifica una volta che è decorso tale periodo, ovvero che è raggiunto l'importo massimo indennizzabile.

In mancanza di un pagamento spontaneo della retribuzione, il lavoratore è gravato di ulteriori oneri (azioni giudiziarie) per ottenere un effetto che prima la reintegrazione produceva automaticamente, perché non è più certo che alla effettiva utilizzazione delle prestazioni del lavoratore, ai fini della permanenza dell'obbligo retributivo, sia equiparata per tutto il periodo di mancata reintegrazione la loro mera utilizzabilità (40).

Il quadro normativo, dunque, è mutato in maniera tale da incidere anche sul problema della esecuzione dell'obbligo di reintegrazione, in misura tale da far ritenere che una posizione prima qualificabile (anche se solo in via di fatto) come di onere (tale in effetti è la reintegrazione nel delineato sistema della esecuzione indiretta), adesso, per la parte non surrogabile dalla misura economica (pagamento della retribuzione), è sicuramente un obbligo.

Allora, in virtù di questa peggiore posizione che ne deriva per il complessivo sistema di tutela, appare necessario rivedere la infungibilità dell'obbligo di reintegrazione, perché, contrariamente a quanto avveniva prima della legge n. 92/2012, esso rimane inottemperabile per la parte ritenuta infungibile (reintegrazione nelle mansioni o nell'attività lavorativa) in ragione della incoercibilità del *facere* in cui si sostanzia la cooperazione datoriale, e diviene inottemperabile anche nella parte in cui prima era sicuramente possibile, cioè in quella in cui dispone un fare fungibile (pagamento delle retribuzioni), a causa della sopravvenuta cessazione dell'obbligo retributivo (che semmai si trasforma in un danno risarcibile secondo le ordinarie regole della responsabilità contrattuale per inadempimento *ex art.* 1218 cod. civ.).

(40) «L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nel prevedere l'obbligo del datore di lavoro (inottemperante all'ordine di reintegrazione contenuto nella sentenza pretorile dichiarativa della illegittimità del licenziamento) di corrispondere al lavoratore le retribuzioni dovutegli in virtù del rapporto di lavoro, equipara alla effettiva utilizzazione delle energie lavorative del predetto la mera utilizzabilità di esse, stante la situazione di fatto caratterizzata dalla disponibilità del lavoratore, se richiesto in dipendenza di quell'ordine a riprendere servizio» (Cass., Ss.Uu., 13 aprile 1988, n. 2925, in *Foro it.*, 1988, I, p. 2280).

7. — *Perché la coercibilità dell'ordine di reintegrazione* — La reintegrazione, prima che essere un fatto giuridico, è un fatto materiale, in quanto l'effetto che essa produce non è quello di ricongiungere semplicemente due spezzoni diversi di un medesimo rapporto, ma quello di innestare la ripresa della funzionalità del rapporto nel punto in cui essa è stata interrotta *contra ius*, come se detta interruzione non vi fosse mai stata.

Dunque, la reintegrazione neutralizza il periodo in cui il rapporto è rimasto sospeso, e in via figurativa fa presumere *iuris et de iure* la sua esecuzione con le medesime modalità prestazionali vigenti all'epoca del licenziamento.

In questo modo viene meno il dogma della insuscettibilità di esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegrazione perché il comportamento attivo del datore di lavoro non è elemento necessario per eseguire l'ordine, in quanto, almeno in questo momento, non entrano in gioco il potere organizzativo e le prerogative funzionali proprie del datore di lavoro (che si connotano come diritti potestativi).

È vero che egli può assegnare il lavoratore a mansioni diverse, ma questa non è una modalità di esecuzione dell'ordine di reintegrazione per il solo fatto che se una tale misura è adottata, è anche assunta nell'esercizio del generale potere direttivo (nella specie lo *ius variandi ex art. 2013 cod. civ.*), che trova esplicazione non come una delle modalità attraverso cui è possibile dare esecuzione all'ordine di reintegrazione, ma come una facoltà succedanea che il datore di lavoro può esercitare una volta ottemperato all'ordine di reintegrazione del lavoratore non semplicemente nel rapporto, ma anche nella posizione lavorativa in cui si trovava all'atto del licenziamento.

Si capisce che questa soluzione presta il fianco a una critica, in quanto non tiene conto del fatto eventuale che l'organizzazione aziendale *medio tempore* potrebbe aver subito modificazioni e che il posto cui il lavoratore era adibito potrebbe essere stato soppresso o riqualificato, potrebbe essere stato assegnato ad altro lavoratore ecc.

Ma questi sono falsi problemi, perché riguardano sempre e comunque il momento successivo alla reintegrazione nel posto di lavoro, perché in questi casi il datore di lavoro è onerato di ricollocare il lavoratore nell'organizzazione aziendale, come se si trattasse di un atto di mobilità interna disposta nella contestualità dei due fatti: indisponibilità del posto di lavoro e riassegnazione del lavoratore ad altro posto equivalente.

Cioè la variabile che viene meno e che non ha natura incidente è proprio la reintegrazione, perché l'atto dispositivo datoriale viene posto in essere (sotto il profilo giustificazionale) non perché il lavoratore è stato reintegrato a seguito di licenziamento, ma perché il rapporto trova svolgimento secondo il postulato della continuità (anche se solo figurativa, ovvero ricostituita *ex post*).

Come è stato già detto, l'ordine di reintegrazione non crea un nuovo vincolo tra le parti (41), ma afferma la continuità di quello già in essere, per cui la sua esecuzione

(41) «Nel quadro normativo delineato dall'art. 18 Stat. lav. [...] il licenziamento illegittimo non può produrre [...] l'estinzione del rapporto [...] licenziando illegittimamente, il datore di lavoro interrompe soltanto di fatto il rapporto» (G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1987, p. 306); in giurisprudenza, per tutte, v. Cass., Ss.Uu., 5 luglio 2007, n. 15143, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 496 («... il licenziamento dichiarato illegittimo non interrompe il rapporto di lavoro, ma incide unicamente sulla funzionalità di fatto della prestazione, lasciando in ogni caso inalterata la continuità del *vinculum iuris* che la sentenza viene a ripristinare *ex tunc*...»).

ne si esaurisce nell'unico atto di innesto del rapporto ricostituito nel punto in cui era stato spezzato, e se quel punto non è più quello di prima, viene ricostituito e, se neanche ciò fosse possibile, viene riconformato nel suo modo equivalente.

Più precisamente, la reintegrazione nel rapporto di lavoro è un effetto direttamente prodotto dalla sentenza, mentre la reintegrazione nel posto di lavoro è una mera attività materiale i cui effetti non sono ricollegabili alla reintegrazione stessa, bensì all'originario contratto di lavoro rispetto al quale l'ordine giudiziale comporta il ripristino della funzionalità del rapporto nel punto stesso in cui si era indebitamente interrotto.

Allora il problema della esecuzione forzata dell'ordine di reintegrazione non si pone in relazione alla coercibilità in sé dell'obbligo, ma si pone con riguardo alla possibilità di stabilizzarne gli effetti nella fase successiva di svolgimento del rapporto (42).

Infatti, in questa prospettiva l'esercizio del potere direttivo da parte del datore di lavoro emerge solo dopo e in conseguenza del reinserimento del lavoratore in azienda, o meglio, nel posto di lavoro: solo a questo punto il potere direttivo può essere esercitato, ma trova spiegazione e si giustifica in quanto costituisce esercizio del potere direttivo (nella specie lo *ius variandi*); il che logicamente presuppone la preesistenza di una situazione di fatto che il datore di lavoro non crea *ex novo*, ma modifica unilateralmente attraverso un'autonoma valutazione del proprio interesse.

Per ovviare a ciò la giurisprudenza di legittimità ha tentato di ricostruire l'ordine di reintegrazione, sotto il profilo concettuale, come una condanna generica, unico modo per dare operatività al potere direttivo sin dal momento in cui il rapporto si ricostituisce (43); ma si tratta di una soluzione che se, da una parte (dovendo necessariamente estremizzare la tesi della infungibilità dell'ordine di reintegrazione), conferma la incoercibilità dell'obbligo di fare, dall'altra, mette a nudo i limiti della tesi cui aderisce, perché conferma che, laddove il contenuto dell'obbligo sarebbe specifico (o specificato), non vi sarebbe alcun margine di discrezionalità per il datore di lavoro nel darvi esecuzione.

Il problema è proprio questo, cioè che l'ordine di reintegrazione nasce in sé specifico, con un proprio contenuto già determinato: è lo stesso art. 18 dello Statuto dei lavoratori a dare all'ordine di reintegrazione (atto tipico) un contenuto vincolato, ovvero a dire che il lavoratore, reintegrato nel rapporto, deve essere reintegrato nel posto di lavoro, ossia in quella posizione, non solo di diritto ma anche di fatto, che materialmente non è mai venuta meno (44).

L'ordine di reintegrazione, in mancanza di una esecuzione spontanea, pone il lavoratore in una posizione uguale a quella del lavoratore mantenuto inattivo, perché l'obbligo datoriale non si sostanzia in una cosa diversa dall'obbligo di far lavorare il dipendente; infatti, una volta che il lavoratore è reimmesso in azienda il datore di lavoro è tenuto a farlo lavorare.

(42) Vedi A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 109.

(43) Cass. 25 ottobre 1997, n. 10515, in *Notiz. giur. lav.*, 1998, p. 63.

(44) Rende chiara questa situazione la famosa frase del conduttore televisivo Enzo Tortora, il quale, dopo le tristi vicende giudiziarie che lo vollero protagonista in una vicenda che il Parlamento europeo ritenne connotata nei suoi epigoni da *fumus persecutionis*, una volta tornato a condurre la trasmissione «Portobello» su Rai2, nell'occasione iniziò la puntata dicendo: «Dunque, dove eravamo rimasti».

Riemerge allora quell'orientamento della giurisprudenza di merito più risalente nel tempo meritevole di essere rivalutato alla luce della novella legislativa in esame, che, configurando nel contratto-rapporto di lavoro la prestazione lavorativa come diritto soggettivo (diritto a lavorare) cui è speculare l'adempimento della prestazione (obbligo di far lavorare), ritiene che per la reintegrazione la collaborazione diretta del datore di lavoro non sia essenziale alla esecuzione, perché la cooperazione attiene alla posizione creditoria (diritto di ricevere la prestazione), ma non a quella debitoria (dovere di far svolgere l'attività lavorativa) (45).

8. — *La nuova prospettiva* — Sembra oggi possibile riportare l'ordine di reintegrazione *ex art.* 18 dello Statuto dei lavoratori in un contesto ordinamentale più ampio di quello che la disposizione è capace di delineare nello svolgimento della sua funzione di tutela della posizione del lavoratore.

Si ha l'impressione che l'art. 18, nella sua nuova formulazione, non avendo più la totale capacità di garantire il rispetto delle prerogative spettanti al lavoratore reintegrato, deve per forza proiettarsi all'esterno del suo sistema (non più compiuto) e appoggiarsi a proprio completamento ad altre disposizioni che meglio presidiano quella posizione.

In particolare, necessita di un collegamento con valori e principi superiori con i quali si impongono doveri di solidarietà (quelli contenuti nell'art. 2 Cost.) specificati nella loro precettività nell'art. 41, comma 2, Cost., come dovere di rispettare la dignità e la libertà dei lavoratori, nonché nell'art. 2087 cod. civ., come dovere di preservare la personalità morale degli stessi.

Il diritto a essere reintegrato nel posto di lavoro, ricostruito come diritto a lavorare, diventa allora un diritto inviolabile della persona che non tollera limitazioni, tantomeno imposte o imponibili dalla supposta infungibilità del *facere* cui è tenuto il soggetto cooperante (in posizione passiva) nella realizzazione del diritto.

Il principio si ritrova nella recentissima giurisprudenza, secondo cui «Reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro», ai sensi dell'art. 18, legge n. 300 del 1970, significa «restituire in integro» la relazione del lavoratore col «posto di lavoro», in ogni suo profilo, anche non retributivo, poiché il lavoro non è solo un mezzo di sostentamento economico, ma anche una forma di accrescimento della professionalità e di affermazione dell'identità, personale e sociale, tutelata dagli artt. 1, 2 e 4 Cost. (46).

Questo non è un principio nuovo, ma è la estensione di esso a un ambito settoriale in cui è stato possibile evaderne l'osservanza.

La configurazione del diritto a prestare la propria attività come interesse giuridicamente protetto non è altro che la proiezione della personalità del lavoratore in un contesto sociale, seppur settoriale, come l'ambiente di lavoro (47), che è una delle forma-

(45) Pret. Milano 30 maggio 1985, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1985, p. 1293.

(46) Cass. 18 giugno 2012, n. 9965, in *q. Riv.*; conf. Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, *ivi*, 2002, II, p. 233; Corte d'App. Genova 15 aprile 2005, in *Lav. prev. oggi*, 2006, p. 396; Trib. Venezia 26 gennaio 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 425.

(47) «Un aspetto particolare il problema della protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori viene ad assumere quando si ha riguardo al modo di assicurarla nei luoghi dove l'attività lavorativa si svolge, dato che la situazione di assoggettamento speciale al potere direttivo dell'imprenditore può ostacolare l'esercizio dei diritti medesimi, e non solo quelli dei trattamenti

zioni sociali dove si svolge la personalità del soggetto; e il lavoro, con i valori della professionalità, è il modo di estrinsecare tale personalità.

Allora non può che ritenersi una corrispondenza tra lavoro e personalità, o meglio, una posizione servente dell'attività lavorativa nella dinamica di realizzazione della personalità dell'individuo.

Se questo è il sistema dei valori, allora l'ordinamento non può tollerare che nelle sue pieghe si annidino anse di franchigia in cui il relativo diritto non trova protezione, ovvero non è garantito da una effettiva e integrale tutela.

Il pericolo che ciò avvenga proprio in relazione all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori è stato colto dai primi commentatori della norma, i quali hanno messo a nudo questo rischio facendo presente che «... il rapporto di lavoro, ancorché ridotto a mero vincolo giuridico, costituisce sempre quel contratto sociale pericoloso per la situazione giuridica fondamentale; e ciò sia sotto il profilo della retribuzione [...] ma anche sotto quello della prestazione lavorativa, in quanto il rifiutarla può costituire (e non di rado costituisce) quell'esercizio abnorme del potere direttivo, potenzialmente pericoloso per la situazione giuridica fondamentale» (48).

Ci aiuta in questa operazione la dottrina, per la quale, nell'interazione tra posizione di dovere e posizione di diritto soggettivo, quando sono coinvolti diritti fondamentali della persona e l'adempimento consistente in un *facere*, se esso non è spontaneo, obbligatoriamente richiede la «... realizzazione forzata dell'obbligo...» anche se infungibile (49).

9. — *Conclusioni* — Non rimane che trarre dal discorso finora portato avanti una considerazione ultima, che necessariamente si incentra sull'aspetto finale della trattazione: «chi non lavora non ha, ma soprattutto non è» (50).

Questo breve ma compendioso pensiero rappresenta un altro tassello nella costruzione del diritto del lavoro; questo, se, da una parte, segue la deriva economica con la sua metamorfosi in un diritto mercantile (il diritto del mercato del lavoro), dall'altra, in maniera meno chiassosa, contribuisce allo sviluppo del sistema di tutela della persona, rappresentando per molti versi una vera palestra per la costruzione di nuovi diritti e contesto di avanguardia dell'evoluzione nell'ordinamento generale di quelli già conosciuti.

Il diritto del lavoro, nel quadro complessivo dei diritti fondamentali, ha dapprima spiegato la trasformazione dell'aver in una categoria esistenziale quando esso è funzionale al rispetto della dignità e della libertà dell'individuo (51), e poi la sua evolu-

connessi al rapporto di lavoro, ma anche degli altri legati alla qualità di uomo e di cittadino, dei quali l'art. 2 Cost. ha inteso assicurare il godimento, oltre che nei confronti delle pubbliche autorità, anche nei rapporti fra privati» (C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, pp. 1201 ss.).

(48) M.G. Garofalo, *Art. 18. Reintegrazione nel posto di lavoro*, in G. Giugni (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori...*, cit., p. 265.

(49) E. Fazzalari, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, *Processi di esecuzione forzata*, Cedam, Padova, 1986, p. 117.

(50) U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di uguaglianza*, in L. Mengoni, U. Romagnoli, G. Giugni, T. Treu, *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, a cura di M. Napoli, Vita e Pensiero, Milano, 1998, p. 15.

(51) Vd. F. Santoro Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1948, p. 1070.

zione nella categoria dell'essere quando con la materialità dei beni la persona umana è il valore da promuovere (52).

Questo ordine costituisce la regola cui risponde tutto il diritto del lavoro: quando il legislatore se ne discosta allora fuoriesce dal diritto del lavoro e si pone in un altro ordinamento settoriale con il quale questo ramo del diritto si confronta e interagisce, ma con esso non si confonde e al limite può anche confliggere.

Premesso ciò, la modifica apportata all'art. 18 Stat. lav. non ha travalicato la soglia di un dogma, ma più semplicemente ha riordinato – più o meno discutibilmente – un sistema nel quale ha introdotto elementi di novità che, nel renderne l'applicazione nel suo nucleo forte più selettiva, devono anche avere la capacità di orientarne lo sviluppo in coerenza con il dato programmatico scolpito nella sua nuova rubrica.

Se l'obiettivo che è stato dato alla norma nella versione riqualficata dalla legge n. 92/2012 è quello della tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo (53), gli effetti della sua applicazione non possono che realizzare quel programma, salvo tradire la sua missione e porsi fuori o al margine di quel sistema che, con altri interventi legislativi o, come spesso accade, con l'interpretazione adeguatrice della dottrina e della giurisprudenza e il sedimentarsi della prassi applicativa, lo sostituirà in tale funzione (54).

Fuori da questo risultato la norma si trasforma solo in un fattore di regresso che, come tale, si giustifica solo nel senso contrario a quello rinvenibile nella sua rubrica, ossia come strumento di destrutturazione e non incremento (incluso in quest'ultimo anche la redistribuzione) delle tutele.

In questo nuovo quadro normativo l'ordine di reintegrazione in cui si risolveva per buona parte il vecchio art. 18 ha assunto un ambito operativo significativamente più ristretto per quanto concerne il dato quantitativo; la stessa norma, per mantenere (e al limite aumentare) il tasso di tutela precedentemente garantito deve allora compensare questa riduzione con un esponenziale crescita della qualità delle misure di protezione in una sorta di sviluppo verticale.

(52) Vd. P. Rescigno, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXIII, Roma, 1990, p. 2.

(53) La precedente rubrica («Reintegrazione nel posto di lavoro») definiva non lo scopo, ma l'effetto.

(54) Vedi, per esempio, Trib. Bologna 15 ottobre 2012, in q. *Riv.*, 2012, II, pp. 761 ss. con nota di F. Fabbri, in tema di interpretazione della formula «insussistenza del fatto contestato» (art. 1, comma 42, legge n. 92/2012, corrispondente al comma 4 del nuovo art. 18 della legge n. 300/1970), ipotesi al ricorrere della quale al licenziamento disciplinare dichiarato illegittimo consegue la reintegrazione nel posto di lavoro, pronuncia che ha stravolto il senso che sembrava voler dare all'espressione il legislatore, ritenendo invece che «... la norma in questione, parlando di fatto, fa necessariamente riferimento al cd. fatto giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo»; oppure Trib. Milano 28 gennaio 2013, in *Osservatorio trentino diritti sociali del lavoro, Rassegna di giurisprudenza sui licenziamenti individuali dopo la riforma del mercato del lavoro 2012*, che ha dato un'interpretazione dell'altra formula contenuta nella medesima disposizione («... il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi, ovvero dei codici disciplinari applicabili...») tale da consentire il recupero del principio di proporzionalità, se desumibile dal contratto collettivo.

Come detto, la coercibilità dell'ordine di reintegrazione ne è uno dei primi e più importanti banchi di prova, perché misura il grado di effettività della tutela: oggi la posizione del datore di lavoro è stata sgravata per un segmento rilevante di rapporti dell'obbligo di reintegrazione, sostituendo alla tutela reale una forma di tutela obbligatoria omologata all'art. 8, legge n. 604/1966.

Ma, se ciò si traduce in una maggiore libertà di licenziamento, o meglio nella libertà del datore di lavoro di tenere ferma la risoluzione del rapporto di lavoro anche se il licenziamento dovesse risultare illegittimo, all'incondizionato vantaggio di vedersi comunque realizzato l'effetto voluto, cioè la definitiva estromissione del lavoratore licenziato dall'azienda, per la circolarità della norma fondante un sistema di tutele, il lavoratore dovrebbe vedersi riconoscere il diritto a eseguire la prestazione (cioè a essere reintegrato nel posto di lavoro) una volta che nell'area della tutela reale sia disposta la reintegrazione in forma specifica nel rapporto, senza che ciò possa essere vanificato dalla condotta ostruzionistica del datore di lavoro, o meglio, rimesso all'arbitrio «renumerato» del datore di lavoro.

Nell'autonomia, dentro il giudizio di meritevolezza, ognuno dispone come vuole; nell'ordinamento delle tutele, invece, l'effettività si sposa con l'effettività; se si coniuga con l'aleatorietà, allora è sposa concubina del mercato.

Antonio Federici
Dottore di ricerca

in Autonomia individuale e autonomia collettiva

CASSAZIONE, 11 luglio 2012, n. 11676, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Arienzo, P.M. Sepe (diff.) – M.V. (avv. Bertolone) c. Bencivenni & C. di F.T. Snc (avv.ti Armentano, Marelli, Andolfo).
Cassa Corte d'Appello Torino 1° ottobre 2007.

Dimissioni – Padre lavoratore – Necessità di convalida – Art. 55, comma 4, d.lgs. n. 151/2001 – Mancata fruizione congedo di paternità – Insussistenza di convalida.

In tema di dimissioni del padre lavoratore, l'estensione delle tutele previste per il caso di licenziamento in periodo di fruizione del congedo, e fino al compimento di un anno di età del bambino, è condizionata alla fruizione del congedo di paternità, in quanto altrimenti il datore di lavoro, che normalmente non conosce la situazione familiare del dipendente se non a seguito della fruizione del congedo, non potrebbe, in contrasto con il principio della certezza dei rapporti giuridici, accettare le dimissioni del lavoratore, senza cautelativamente disporre la convalida dinanzi al Servizio ispettivo del ministero del Lavoro. (1)

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

(1) IL RECESSO DEL PADRE LAVORATORE TRA CONVALIDA AMMINISTRATIVA E PARIFICAZIONE DEI RUOLI GENITORIALI

SOMMARIO: 1. La vicenda all'origine della sentenza. — 2. L'interpretazione sistematica dell'art. 55, comma 4, d.lgs. n. 151/2001. — 3. La *ratio* della convalida ispettiva. — 4. Il principio della certezza dei rapporti giuridici: la non parificabilità del padre lavoratore alla madre lavoratrice. — 5. L'onere probatorio. — 6. Profili di criticità.

1. — *La vicenda all'origine della sentenza* — La Corte di Cassazione, con la sentenza in epigrafe, risolve positivamente un dubbio interpretativo legato alla legittimità delle dimissioni rese dal padre lavoratore che non abbia previamente fruito del congedo di paternità, in assenza di convalida ispettiva *ex* art. 55, comma 4, d.lgs. n. 151/2001 (di seguito T.U.) [In generale, cfr. M. Del Conte, *Le dimissioni e la risoluzione consensuale nel contratto di lavoro*, Egea, Milano, 2012; R. Vianello, *La sospensione del rapporto di lavoro e la tutela della funzione genitoriale*, in M. Martone (a cura di) *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, vol. IV, pp. 1197 ss.].

La fattispecie in esame riguarda il caso di un dipendente che rassegna le dimissioni durante il primo anno di vita del proprio bambino per poi contestarne la validità, eccependo la mancata convalida da parte dell'organo amministrativo. Il datore di lavoro, che ignora l'intervenuta paternità del lavoratore, considera comunque risolto il rapporto e si rifiuta di riammettere in servizio il neo genitore.

Ne scaturisce un contenzioso giudiziario durante il quale, dopo un'iniziale soccombenza del ricorrente, la Corte d'Appello, in riforma della sentenza di primo grado, riconosce l'invalidità delle dimissioni rassegnate poiché non confermate dagli organi ispettivi preposti. Il giudice del gravame, su siffatto presupposto, condanna la società convenuta a reintegrare in servizio il dipendente, nonché a corrispondere in suo favore tutte le retribuzioni maturate sino al ripristino del rapporto.

La Corte territoriale rileva, inoltre, l'erroneità della tesi sostenuta dal giudice di *prime cure* che subordina la necessità di tale convalida alla preventiva fruizione paterna del congedo *ex art.* 28 del T.U. Tale disposizione di carattere residuale conferisce al padre lavoratore il diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità – o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice – in caso di morte o di grave infermità della madre, ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre (Cfr. Corte Cost. 15 luglio 1991, n. 341, in *Foro it.*, 1991, I, p. 2297).

A parere del giudice di secondo grado, il comma 4 dell'art. 55 del d.lgs. n. 151/2001, in realtà (a differenza del comma 2 dello stesso articolo), non contiene alcun esplicito richiamo alla suindicata norma.

Il ricorso è proposto dinanzi alla Corte di Cassazione sulla base di quattro motivi, tesi a denunciare la violazione e falsa applicazione delle norme di diritto (in particolare, art. 12 disp. prel. cod. civ.; artt. 28, 32, 54 e 55 del d.lgs. n. 151), oltre a sollevare in subordine una questione di legittimità costituzionale dell'art. 55, comma 4, cit., per violazione degli artt. 3, 77, 24, 101, 102 e 104 Cost. Il lavoratore resiste con controricorso. La Cassazione accoglie il ricorso, decidendo nel merito ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ.

2. — *L'interpretazione sistematica dell'art. 55, comma 4, d.lgs. n. 151/2001* — La pronuncia di legittimità, nell'accogliere i motivi di doglianza, aderisce a un'interpretazione sistematica dell'art. 55, comma 4, del T.U.; norma che, lungi dall'essere considerata «equivoca», subordina l'efficacia delle dimissioni presentate dalla lavoratrice in gravidanza e da entrambi i genitori durante il primo (ora terzo) anno di vita del bambino (o di accoglienza del minore adottato o in affidamento), alla convalida del servizio ispettivo del ministero del Lavoro (Cfr. Corte d'App. Genova 8 aprile 2010, in *Guida lav.*, 2011, 5, p. 39).

A giudizio della Corte di Cassazione, il significato assiomatico di questa disposizione legislativa, va ricollegato a un più vasto ambito di tutele estese al padre lavoratore fruitore del congedo di paternità (Vd. Trib. Firenze 16 novembre 2009, in q. *Riv.*, 2010, II, p. 323; Trib. Brindisi 24 ottobre 2001, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 862). Ne è riprova la previsione espressa dal comma 2 dell'art. 55 T.U., in materia di indennità legali e contrattuali previste per il licenziamento e spettanti anche al neo padre in caso di dimissioni; come anche il dettato del comma 7 dell'art. 54 del T.U.; norma di chiusura sulle garanzie applicabili al genitore dipendente che si trovi nelle condizioni previste dall'art. 28 del T.U. [Vd., in proposito, L. Calafà, *Il recesso, i diritti al rientro e il lavoro notturno dei genitori-lavoratori*, in L. Lenti (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2012, vol. 6, pp. 1011 ss.].

È noto che la disciplina speciale stabilita dall'art. 55, comma 4, d.lgs. n. 151/2001, mira ad accertare *ex ante* – mediante un colloquio diretto dei lavoratori interessati con

un funzionario ispettivo – la veridicità e spontaneità dell'intento risolutorio, che, per essere confermato, dovrà risultare scevro da pressioni datoriali (Vd. circolare ministero del Lavoro 26 febbraio 2009, prot. n. 2840; circolare ministero del Lavoro 4 giugno 2007, prot. n. 7001; sulla irrilevanza delle mere affermazioni scritte fatte pervenire alla Dtl, cfr. I. Spanò, *La tutela del lavoratore in caso di dimissioni fra tradizione e recenti riforme*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, pp. 1221 ss.; nel merito, cfr. Trib. Milano 12 luglio 2007, in *Orient. giur. lav.*, 2007, I, p. 847, in ordine all'incidenza del difetto di convalida sulle dimissioni rassegnate dalla lavoratrice madre durante il primo anno di vita del bambino).

Il provvedimento di convalida eventualmente rilasciato dalla Dtl competente conferisce efficacia alle dimissioni rassegnate (Cfr. la nuova formulazione dell'art. 55, comma 4, T.U., interamente riformulato dall'art. 4, comma 16, della legge 28 giugno 2012, n. 92 – non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie esaminata –, che, oltre a estendere l'istituto della convalida ministeriale all'ipotesi di risoluzione consensuale del rapporto, innalza sino a tre anni il periodo di tutela).

Nel valutare il caso *de quo*, il Collegio giudicante esclude la sussistenza di un autonomo diritto alla convalida delle dimissioni rese dal padre lavoratore in quanto tale (prescindendo dalla preventiva fruizione di un congedo di paternità e/o da un obbligo informativo nei confronti del datore di lavoro). Per argomentare tale conclusione, la Cassazione ripercorre l'*iter* normativo che ha condotto il legislatore all'emanazione della norma presente nel T.U. attualmente in vigore, a partire dall'art. 11 del d.P.R. n. 1026/1976 (Regolamento di esecuzione della legge n. 1204/1971). La Cassazione richiama i propri precedenti, ritenendo tale norma illegittima e da disapplicare da parte del giudice ordinario «perché, nell'introdurre tale condizione di efficacia delle dimissioni, detta una disciplina diversa e confliggente rispetto a quella dell'art. 12 della legge n. 1204/71» [Cass. 17 aprile 2000, n. 4942; v. anche Cass. 14 dicembre 1996, n. 11181, in tema di annullabilità (e non nullità assoluta) della transazione effettuata da una lavoratrice in stato di gravidanza; in senso critico, cfr. D. Gottardi, *Sul rapporto tra legge e regolamento di esecuzione nella disciplina delle dimissioni della lavoratrice madre*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, pp. 815 ss.]. La disposizione testé richiamata, difatti, afferente la sola fattispecie di recesso della lavoratrice madre, non condiziona la manifestazione unilaterale solutoria ad alcuna verifica esterna (va precisato, in ogni caso, che l'art. 11 sopra citato non viene abrogato sino all'emanazione del T.U. del 2001).

Attualmente, la convalida trova la sua regolamentazione nell'art. 55, comma 4, del d.lgs. n. 151/2001, dove, con opportuno correttivo, viene trasfusa la previgente disciplina di cui all'art. 18, comma 2, legge 8 marzo 2000, n. 53, sui congedi parentali. Quest'ultima norma, in particolare, include per la prima volta il padre lavoratore tra i soggetti destinatari dell'obbligo (Vd., in dottrina, R. Del Punta, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *Riv. it. dir. lav.* 2000, 2, pp. 149 ss.).

È questo il punto problematico nel quale si innesta la soluzione prospettata dalla Cassazione, che trova conferma della propria opzione ermeneutica nel dettato letterale dell'art. 15 della legge n. 53/2000; norma che prevede l'emanazione di un Testo Unico finalizzato a realizzare «organicità e sistematicità alle norme in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità».

In contrasto con l'interpretazione letterale cui aderisce la Corte d'Appello, la Corte di Cassazione sottolinea che «l'estensione delle tutele previste per il caso di licenzia-

mento in periodo di fruizione del congedo e fino al compimento di un anno di età del bambino anche al padre lavoratore, per il caso di dimissioni volontarie presentate durante il periodo di divieto di licenziamento, è condizionata alla fruizione, appunto, del congedo di paternità» [In dottrina, v., fra gli altri, E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2012, p. 178; F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2011, p. 291, secondo i quali «tali disposizioni (art. 55, T.U.) sono estese anche al padre lavoratore che abbia usufruito del congedo di paternità»].

La ricostruzione della Corte riconosce dunque nella fruizione del congedo di paternità l'unica causa legittimante il regime protettivo anche per il padre lavoratore. Una diversa previsione di convalida che non tenesse conto di tale elemento (o per lo meno della conoscibilità dell'evento nascita da parte del datore) apparirebbe «priva di coordinamento con le norme che hanno previsto il divieto di licenziamento e disciplinato le dimissioni volontarie del padre lavoratore (art. 54, comma 7, e art. 55, commi 1 e 2)».

Nel T.U. riformato, tuttavia, non si evince con nettezza tale collegamento; anzi, la differenziazione temporale del periodo protetto nei due istituti rescissori (per il licenziamento, permane il termine di un anno; per le dimissioni, si eleva sino a tre anni) impedisce la individuazione di un unico arco temporale in cui convergere le pur diverse tutele.

3. — *La ratio della convalida ispettiva* — Per comprendere appieno il significato della procedura garantista prevista nel comma 4 dell'art. 55 del d.lgs. n. 151/2001 bisogna prendere le mosse dalla presunzione di non completa spontaneità del recesso reso nel periodo di interdizione, allorché la scelta delle dimissioni, benché volontaria, è influenzata dalla difficoltà di conciliare il lavoro con il neo stato genitoriale (V., nel merito, Trib. Modena 20 dicembre 2005, in *Dir. rel. ind.*, 2007, 2, p. 471; Trib. Firenze 12 dicembre 2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 2, p. 616).

Prevedere all'uopo un intervallo di tempo tra la manifestazione del recesso e la successiva convalida consente al lavoratore di riflettere – lontano da condizionamenti datoriali – sull'opportunità delle scelte attuate, spesso frutto di una suggestione contingente.

In stretta analogia con l'istituto in esame, uno *ius poenitendi* trova ora collocazione nella legge n. 92/2012 (cd. legge Fornero), che all'art. 4, comma 21, prevede un diritto di revoca in relazione alle dimissioni comunque rassegnate (oltre a estenderlo anche all'istituto della risoluzione consensuale) (Vd. M. Del Conte, *L'intricata procedura per le dimissioni dalla legge n. 188/07 alla legge n. 92/2012*, in *Lav. giur.*, 2012, 10, pp. 922 ss.).

Parte della dottrina colloca le dimissioni presentate nel periodo di interdizione ai sensi dell'art. 55, d.lgs. n. 151/2001, a metà tra le dimissioni volontarie e quelle per giusta causa, quasi un *tertium genus* desunto dal comma 5 della stessa norma, che esclude per tale tipologia di recesso la necessità del preavviso in virtù della sua intrinseca autonoma giustificazione (Vd., in tal senso, G. Trioni, *I nuovi vincoli in materia di dimissioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 2, p. 227; sul riconoscimento dell'indennità sostitutiva del preavviso alla lavoratrice madre a prescindere dal motivo delle dimissioni v. Cass. 22 ottobre 1991, n. 11164, in *Riv. it. dir. lav.* 1992, II, p. 415; Trib. Prato 12 novembre 2008, in *Famiglia e dir.*, 2009, p. 603; *contra*, v. Cass. 19 agosto 2000, n.

10994, in *Foro it.*, 2000, I, p. 3108, che ritiene non dovuta la predetta indennità, in caso di immediato reperimento, da parte della lavoratrice dimissionaria, di una nuova occupazione più vantaggiosa).

La Cassazione, nella pronuncia in commento, pur non disconoscendo la nullità e la conseguente inefficacia delle dimissioni non convalidate *ex lege*, lascia prevalere sul descritto automatismo il principio di legittimo affidamento che il datore ripone sull'avvenuta rescissione del vincolo contrattuale a opera del prestatore (Recentemente, sul tema, v. Trib. Pordenone 8 gennaio 2010, inedita; sugli effetti tecnico-giuridici in tema di revoca delle dimissioni, cfr. Cass. 29 aprile 2011, n. 9575, in *Giur. it.*, 2012, 2, pp. 365 ss.; in ordine all'irrelevanza della revoca, seppur manifestata in costanza di preavviso, v. Cass. 4 ottobre 2007, n. 20787, in *Foro it.*, 2008, I, p. 152).

Il legislatore della legge n. 92/2012, nel ribadire l'essenzialità della convalida del servizio ispettivo della Direzione territoriale del lavoro per l'efficacia di tali dimissioni (o risoluzione consensuale), ne fa derivare in sua assenza non più la nullità dell'atto, bensì la sospensione dell'efficacia (In tal senso, cfr. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 79).

La convalida rappresenta dunque quell'avvenimento futuro e incerto, di matrice civilistica, dal quale dipende l'effettiva risoluzione del rapporto di lavoro (art. 1353 cod. civ.) [V. già, nel merito, Trib. Roma 2 aprile 2009, inedita, a favore di una interpretazione che dichiarava inefficaci (e non nulle) le dimissioni rese in violazione dell'art. 55 del d.lgs. n. 151].

Ora come allora, se essa non si verifica, resta impregiudicato per il dipendente il diritto al ripristino del rapporto – da considerarsi mai interrotto –, oltre al risarcimento del danno commisurato nelle retribuzioni perdute a far data dalla *mora credendi* del datore (Cfr. Cass. 4 gennaio 2007, n. 25, in *Dir. prat. lav.*, 2007, 34, p. 2112; Cass. 17 maggio 2011, n. 10817, in *Giur. it.*, 2012, 3, pp. 637 ss., con nota di M. Del Conte, secondo cui il *dies a quo* decorre dal momento in cui il lavoratore, facendo valere la nullità del proprio recesso e la perdurante validità del rapporto, offre contestualmente la propria prestazione lavorativa; in senso conforme, già Cass. 14 febbraio 1987, n. 1087, in *Foro it.*, 1987, p. 182; in dottrina, v. A. Vallebona, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 7, p. 502).

4. — *Il principio della certezza dei rapporti giuridici: la non parificabilità del padre lavoratore alla madre lavoratrice* — Un secondo aspetto che viene posto in luce dalla Cassazione, a supporto dell'interpretazione sistematica della norma, attiene all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici non soddisfatta dalla lettera della legge *stricto sensu*.

Nella pratica, un datore di lavoro non potrebbe accettare le dimissioni di un lavoratore «senza cautelativamente disporre la convalida dinanzi al servizio ispettivo del ministero del Lavoro» (così la sentenza annotata), ben potendo ignorare l'«intervento» di una paternità non comunicata (V., in tal senso, A. Di Geronimo, *Sempre legittime le dimissioni del padre lavoratore se il datore ignora la paternità*, in *Diritto e giustizia*, 2012, p. 591).

Parte della migliore dottrina suggerisce quale possibile rimedio al momento del recesso la sottoscrizione di una dichiarazione del lavoratore attestante i dati personali riferiti alla prole (V., in tal senso, A. Maresca, *Le dimissioni e la risoluzione consensuale del contratto*, relazione al convegno «Le nuove regole del mercato del lavoro», Roma,

Cnel, 23-24 ottobre 2012), stante la necessità del datore di acquisire un elemento che, se pur non riferito direttamente all'attività lavorativa e all'attitudine professionale, risulta decisivo ai fini della correttezza degli adempimenti amministrativi richiesti (Ultroneo ricordare il carattere discriminatorio di una simile richiesta al momento dell'assunzione: v., in proposito, l'art. 3 del T.U. novellato dal d.lgs. n. 5/2010; in dottrina, cfr. O. La Tegola, *Sui divieti di discriminazione per motivi di genere*, in q. *Riv.*, 2011, I, pp. 177 ss.).

Secondo la Corte, è impossibile tracciare un parallelismo con un'analogha situazione riferibile alla lavoratrice madre. La ragione trova le sue basi nella presunzione di necessaria conoscenza, da parte del datore, dello stato di gravidanza quale presupposto fondamentale per la fruizione del congedo di astensione obbligatoria. Tuttavia, tale argomentazione, se già all'epoca dei fatti poteva suscitare perplessità, alla luce dell'attuale riforma, è ancor più opinabile considerando l'estensione temporale ivi prevista (si consideri, a titolo esemplificativo, l'ipotesi di assunzione di una lavoratrice già madre di un bimbo di due anni, che si dimetta entro l'anno successivo all'assunzione) (Sulle dimissioni della lavoratrice madre cfr. V. Magnatti, *Dimissioni della lavoratrice madre e conoscenza dello stato di gravidanza*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, 2, p. 471; L. Amoriello, *La convalida delle dimissioni rese in stato di gravidanza nel labirinto delle fonti*, in *Dir. prat. lav.*, 2006, 1, p. 618; nel merito, v. Corte d'App. Roma 19 luglio 2001, in *Not. giur. lav.*, 2002, II, p. 68, che evidenzia la funzione meramente informativa e probatoria dell'onere previsto ex art. 2, comma 2, legge n. 1204/1971).

La Cassazione, nella sentenza in commento, utilizza esclusivamente la descritta argomentazione per escludere un possibile raffronto tra la posizione della lavoratrice rispetto a quella del lavoratore: ancora una volta, il ragionamento si basa su una correlazione dell'art. 55, comma 4, con le disposizioni di cui all'art. 54, comma 7, e art. 55, commi 1 e 2, T.U.

E invero è la stessa Corte, in alternativa a una interpretazione estensiva, a suggerire una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 55, comma 4. In sostanza, il padre lavoratore che voglia impugnare le dimissioni non convalidate – per parificare la propria situazione a quella della madre lavoratrice – dovrà dimostrare l'avvenuta conoscenza da parte del datore di lavoro del proprio stato genitoriale.

5. — *L'onere probatorio* — A differenza di quanto previsto dall'art. 54 del T.U. in tema di licenziamento della lavoratrice madre, per la quale il diritto alla conservazione del posto opera in connessione con lo stato oggettivo della gravidanza e sino al compimento di un anno del bambino, non altrettanto si può affermare in caso di dimissioni volontarie non convalidate [In tema di divieto di licenziamento nel periodo di gravidanza e puerperio, v. Cass. 1° dicembre 2010, n. 24349, in *Mass. giur. lav.*, 2011, n. 8-9, p. 648; Cass. 20 maggio 2000, n. 6595, in *Diritto e giustizia*, 2000, n. 22, p. 44, secondo cui tale presunzione opera in maniera assoluta. In materia di dimissioni vi è contrasto in giurisprudenza: v. Corte d'App. Genova 8 aprile 2010, cit.; in senso analogo, Trib. Lucca 2 ottobre 2007, in *Riv. dir. lav.*, 2008, II, p. 137, a favore di una oggettiva rilevanza dello *status familiae*; *contra*, Trib. Modena 20 dicembre 2005, cit.].

A giudizio della Corte, appare fondamentale, affinché operi la descritta procedura garantista in tema di dimissioni, che il datore (così come il prestatore) non ignori

lo stato di gravidanza/maternità o paternità della lavoratrice/ore, la cui mancata conoscenza non può presupporre l'obbligo di convalida (In tal senso, in dottrina, cfr. V. Magnati, *op. cit.*, che non ravvisa un divieto assoluto di dimissioni nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento, atteso il carattere relativo della sottesa presunzione di non spontaneità; nel merito, v. Trib. Treviso 4 gennaio 2007, in *Rass. giur. lav. Veneto*, 2007, 1, p. 49, a favore di un obbligo di convalida delle dimissioni, limitatamente al caso di presupposta consapevolezza dello stato di gravidanza; *contra*, Corte d'App. Firenze 9 settembre 2006, in *Foro toscano*, 2006, p. 301, che afferma l'irrelevanza della mancata conoscenza dello stato in cui si trova la lavoratrice da parte del datore).

A ogni modo, chiosa il Collegio, un lavoratore che voglia eccepire la invalidità delle dimissioni non convalidate nei modi di legge dovrà quanto meno dimostrare giudizialmente di avere previamente edotto il datore sulla intervenuta paternità (Sulla comunicazione dello stato di gravidanza v. Cass. 6 luglio 2002, n. 9864, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 10, p. 654, con nota di D. Gottardi; v. anche Corte di Giustizia 27 febbraio 2003, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, I, p. 276).

La «evidenziata esigenza probatoria» è funzionale alla interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, richiamata dalla S.C. in sentenza: il soddisfacimento dell'onere della prova della avvenuta comunicazione risponde alla esigenza di parificare due situazioni genitoriali per loro natura diverse.

La Corte esclude perentoriamente il rilievo attribuito dal lavoratore all'art. 32 del T.U. e riconosciuto dal giudice di secondo grado, poiché solo quest'ultima norma stabilisce un collegamento puntuale con la nascita del figlio, mentre il comma 4, art. 55, non correla tale evento alle dimissioni.

La circostanza secondo cui entrambi i genitori possono avvalersi dei congedi parentali sino agli otto anni di vita del bambino non consente di affermare che il regime garantista previsto per la validità delle dimissioni debba analogamente valere *tout court* per entrambi i genitori (Cfr., in materia di congedi parentali, la Direttiva n. 2010/18/Ue, in *www.lavoro.gov.it*).

A conclusione del proprio *iter* argomentativo, la S.C., ritenendo assorbiti il terzo e quarto motivo di ricorso nei primi due accolti e trattati (nonché la questione di legittimità costituzionale), scarta l'ipotesi di una possibile «suggestione e/o coercizione paterna» da parte del datore, se non ancorata a quella previa consapevolezza che potrebbe *in limine* giustificare la necessità di una tutela giuridica del padre lavoratore.

La «preventiva conoscenza» diventa l'espressione più logica dei principi di buona fede e correttezza che debbono improntare ogni negozio giuridico, punto di partenza per la difesa di quei principi di uguaglianza e di solidarietà sociale evocati, in una eterogeneità dei fini, sia dal controricorrente sia dalla Cassazione.

6. — *Profili di criticità* — La soluzione adottata dalla Cassazione nella singolare fattispecie — che non vanta, a quanto consta, precedenti giurisprudenziali — induce comunque l'interprete a riflettere sui possibili profili discriminatori di genere che l'interpretazione sistematica sostenuta lascia intravedere.

In un'ottica sempre più inclusiva del padre lavoratore nella cura dei figli, quale sollecitata dalla Unione europea nell'ambito di una ridefinizione dei ruoli genitoria-

li equilibrata e condivisa, a una maggiore estensione delle responsabilità paterne dovrebbe corrispondere un correlativo aumento delle tutele [Sulla scelta effettuata dal legislatore del 2012 in materia di congedo obbligatorio di paternità, vedi: D. Gottardi, *Maternità e paternità per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, 10, pp. 973 ss.; in generale, cfr. V. Ballestrero, G. De Simone (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Giappichelli, Torino, 2009; L. Calafà, D. Gottardi (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009].

Non sembra, tuttavia, che la pronuncia in esame si avvii per la strada indicata dalla Unione europea, rimanendo agganciata a un concetto di genitorialità tutta al femminile, ancora distante da quell'auspicato processo di parificazione di trattamento madre-lavoratrice padre-lavoratore, che una lenta evoluzione del costume sociale incoraggia (V., sul punto, in dottrina, ancora D. Gottardi, *La condivisione delle responsabilità genitoriali in salsa italiana*, in *Lav. dir.*, 2012, 3-4, pp. 609 ss.).

Non va sottaciuta poi, la necessità di evitare un uso strumentale della convalida ispettiva, che potrebbe danneggiare un ignaro datore di lavoro in buona fede, per il quale sembra opportuno – alla luce del generico obbligo di convalida delle dimissioni (re)introdotto dalla legge n. 92/2012 – adottare, a conclusione del rapporto di lavoro con un proprio dipendente, due diversi modelli per le distinte fattispecie risolutorie (In materia di revoca dell'atto amministrativo di convalida, v. Trib. Ancona 2 ottobre 2007, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 1, pp. 570 ss.; sul tentativo posto in essere dalla legge n. 188/07, v. M. Tatarelli, in *Guida dir.*, 2007, 6, p. 16).

In conclusione, non soddisfa appieno il criterio ermeneutico prescelto dalla S.C. per risolvere il caso esaminato, considerata la chiarezza letterale del testo del comma 4, art. 55, che rifugge da una interpretazione estensiva foriera di perplessità: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*; e sul punto che qui ci interessa, il legislatore, pur avendone l'occasione, tace.

Silvia Magnifico
Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma

CASSAZIONE, 17 maggio 2012, n. 7752, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Balestrieri, P.M. Viola (conf.) – B.T. (avv.ti Vottari, Mammoliti) c. Cooperativa Liguria Società cooperativa di consumo a r.l. (avv.ti Varcirca, Ghibellini).
Conf. Corte d'Appello Genova 15 dicembre 2009.

Lavoro a tempo parziale – Art. 5, comma 3-bis, legge n. 863/1984 – Diritto di precedenza in caso di nuove assunzioni – Trasformazione del rapporto da tempo parziale a tempo pieno – Condizioni – Mansioni fungibili – Rilevanza.

Il diritto di precedenza, previsto, in caso di nuove assunzioni, in favore dei lavoratori a tempo parziale dall'art. 5, comma 3-bis, del d.l. n. 726 del 1984 (convertito con modifiche nella legge n. 863 del 1984), comporta la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno, con modifica dell'assetto negoziale preesistente solo rispetto alla quantità e alla distribuzione temporale delle prestazioni lavorative. Ne consegue che il suddetto diritto spetta a condizione che il datore di lavoro compia delle nuove assunzioni a tempo pieno e purché adibisca i nuovi assunti a mansioni fungibili con quelle dei lavoratori a tempo parziale. Benché sia prevista, esplicitamente, soltanto dallo ius super-veniens in materia (d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, art. 5, comma 2), la condizione ora prospettata – per l'insorgenza e l'esercizio del diritto di precedenza dei lavoratori – risulta, tuttavia, coerente con la ratio e compatibile con il tenore letterale della disciplina originaria. (1)

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

(1) IL DIRITTO DI PRECEDENZA DEI LAVORATORI A TEMPO PARZIALE
IN CASO DI ASSUNZIONI A TEMPO PIENO

La Corte di Cassazione torna su una questione che ha più volte impegnato la giurisprudenza, di merito e di legittimità, vale a dire le condizioni per l'esercizio del diritto di precedenza dei lavoratori *part-time* nel caso di assunzioni di personale a tempo pieno.

La pronuncia della Corte si fonda sull'interpretazione della laconica disposizione contenuta nell'art. 5, comma 3-bis, del d.l. n. 726/1984, conv. in legge n. 863/1984, trattandosi della norma applicabile *ratione temporis* al caso concreto.

Nel caso sottoposto all'attenzione dei giudici, il ricorrente (il cui rapporto di lavoro evidentemente era sorto diversi anni or sono ed è rimasto regolato dalla vecchia disciplina, sebbene sul punto la pronuncia non specifichi ulteriormente) conveniva in giudizio il proprio datore di lavoro per ottenere – tra l'altro – il risarci-

mento dei danni conseguenti alla ritardata trasformazione del suo contratto di lavoro a tempo parziale in contratto a tempo pieno, avvenuta dopo nove anni, sebbene la società nel frattempo avesse proceduto a diverse assunzioni di lavoratori a tempo pieno nel medesimo periodo. Il Tribunale aveva dichiarato il diritto della ricorrente al risarcimento del danno per la mancata tempestiva trasformazione del rapporto da tempo parziale a tempo pieno.

La società datrice di lavoro ha proposto appello, evidenziando che le assunzioni indicate dal ricorrente avevano riguardato lavoratori con mansioni diverse e non fungibili rispetto a quelle cui era adibito il lavoratore, e la Corte d'Appello – dal momento che a seguito dell'istruttoria espletata era risultato che le assunzioni poste in essere riguardavano soggetti aventi professionalità diverse rispetto a quelle della ricorrente – ha rigettato la domanda proposta dalla ricorrente in primo grado.

La sentenza di Appello è stata confermata dalla Corte di Cassazione.

In questa sede, l'analisi sulle molteplici modificazioni legislative, intervenute in un arco di tempo relativamente breve, sarà limitata alle disposizioni concernenti il diritto di precedenza dei *part-timer*; anche da questo particolare angolo visuale è possibile apprezzare l'evoluzione dell'ordinamento e constatare come – soprattutto sotto la vigenza della normativa originaria – un ruolo decisivo sia svolto dalla giurisprudenza, ben potendosi condividere il giudizio di «eccesso di stringatezza» (R. Romei, *Prime riflessioni sulla nuova legge sul rapporto di lavoro a tempo parziale*, in *Arg. dir. lav.*, n. 1, 2000, p. 247) formulato nei confronti della legislazione del 1984.

L'art. 5 della legge n. 863/1984 prevede che «in caso di assunzione di personale a tempo pieno è riconosciuto il diritto di precedenza nei confronti dei lavoratori con contratto a tempo parziale, con priorità per coloro che, già dipendenti, avevano trasformato il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale».

La disposizione, che come ci suggerisce anche la numerazione è stata aggiunta dal legislatore soltanto in sede di conversione, non è tecnicamente ineccepibile (Parla di «formulazione tecnica imperfetta, generica e lacunosa» M. Brollo, *Il lavoro a tempo parziale*, Jovene, Napoli, 1991, p. 192; cfr. anche P. Ichino, *Il tempo della prestazione di lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. II, 1985, pp. 382 ss.).

Il diritto dei lavoratori a tempo parziale a essere preferiti in caso di assunzione di personale a tempo pieno appare estremamente generico, non essendo in alcun modo esplicito né quali tipologie di assunzione determinassero il diritto in parola, né una procedimentalizzazione nell'esercizio dello stesso.

Inoltre, e in questo caso si tratta di un difetto comune a tutta la normativa del tempo in ordine al tempo parziale, vengono specificatamente indicate le prescrizioni «senza indicare le sanzioni civilistiche in caso di violazione» [M. Brollo, *Introduzione*, in Idem (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Ipsoa, Milano, 2001, p. 7]; argomento, questo, che ha determinato un vivace contrasto giurisprudenziale, anche in tema di conseguenze in tema di mancata attuazione del diritto di precedenza, risolto definitivamente soltanto dal d.lgs. n. 61/2000.

La tematica del diritto di precedenza è ben presente fin dai primordi dell'esperienza italiana in tema di tempo parziale: v., per esempio, il Ccnl delle Autostrade (Non appare superfluo ricordare che le stesse erano a partecipazione pubblica e in questo incise il ruolo, senza dubbio avanzato, dell'associazionismo datoriale rappresentato dall'Intersind) che riteneva legittima l'assunzione di lavoratori a tempo par-

ziale soltanto (i) tra gli studenti e (ii) tra lavoratori che già svolgessero un'altra attività lavorativa.

Come ampiamente risaputo, infatti, l'istituto del *part-time* non nasce con la prima regolazione organica posta in essere dal legislatore, ma si tratta al contrario di una fattispecie già conosciuta, anche per via delle precedenti e più avanzate esperienze di altri Stati europei [Di legittimità «affatto presupposta e indiscussa» del *part-time* parla V. Bavaro, *Il rapporto a tempo parziale*, in M. Brollo (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 29].

Il passaggio dal tempo parziale al *full-time* non veniva in alcun modo favorito, e addirittura in un primo momento era precluso che un lavoratore *part-time* potesse convertire il proprio contratto a tempo pieno; solo successivamente fu consentita la possibilità di partecipare alle selezioni interne per i posti a tempo pieno, ma con forti limiti, occorrendo il requisito dell'anzianità di servizio minima di 4 anni (Cfr. F. Guarriello, *Rapporti di lavoro a tempo parziale nella contrattazione collettiva più recente*, in *Annali Fondazione Pastore*, XII, 1983, p. 186; v. anche M. Asteriti, *Il part-time nel settore autostradale: dieci anni di esperienza*, in *Industria e sindacato*, 1979, n. 20, p. 7).

Riassumendo argomenti per i quali è necessario svolgere riflessioni più ampie, ai fini del presente commento basti qui riportare, in maniera quanto mai sintetica, il mutamento di giudizio in ordine al lavoro a tempo parziale da parte dei sindacati, intercorso alla metà degli anni settanta: paradigmatica appare in questo senso una intervista di Luciano Lama, il quale compie un'autocritica e afferma che «il tempo ridotto deve portare, semmai, al recupero delle fasce oggi emarginate dal mercato del lavoro [...] per giovani, donne, anziani, proprio perché è stato un errore del sindacato quello di considerare il secondo mercato come un nemico da combattere e non come un'opportunità da utilizzare, controllando i processi e difendendo i lavoratori interessati» (Si veda *l'Unità* del 26 agosto 1979).

Tale evoluzione politico-sindacale porta a un ripensamento di alcune soluzioni tecnico-giuridiche fino a quel momento adottate nella contrattazione collettiva, anche con riferimento al diritto di precedenza: ecco perché il possibile passaggio a tempo pieno non è più temuto, a tutela degli *insider* occupati a tempo pieno, bensì al contrario incentivato, cosicché al momento della redazione del testo di legge si può affermare, a seguito di una panoramica della contrattazione collettiva, nazionale e aziendale dove presente, che «compare con notevole frequenza [...] la clausola che attribuisce ai lavoratori a *part-time* un diritto di priorità per il passaggio a *full-time* nel caso di assunzioni, per posizioni di *analogo contenuto professionale*» (F. Borgogelli, *Il part-time tra legge e contrattazione collettiva: una prima verifica delle soluzioni contrattuali*, in q. *Riv.*, 1986, I, p. 155).

La precedente citazione, però, al contempo ci mostra come la contrattazione collettiva fosse solita disciplinare con maggior precisione tale istituto, poiché il riferimento all'«analogo contenuto professionale» dell'eventuale assunzione a tempo pieno, in presenza del quale nasce il diritto del lavoratore *part-time* alla precedenza, senza dubbio limita opportunamente l'operare di siffatto diritto altrimenti estremamente generico, qualora ipoteticamente riferito a una qualsivoglia assunzione.

È con il d.lgs. n. 61/2000 che, in attuazione della Direttiva n. 97/81/Ce, il legislatore, all'art. 5, comma 2, specifica il diritto di precedenza, prevedendo un duplice limite, con riferimento sia al luogo che alle mansioni; il diritto di precedenza

spetta ai *part-timer* in attività presso unità produttive site entro 100 km dall'unità produttiva interessata alla programmata assunzione (tale raggio di operatività successivamente è stato ridotto a 50 km dal d.lgs. n. 100/2001); con riferimento alle mansioni, invece, il diritto di precedenza spetta ai lavoratori a tempo parziale «adibiti alle stesse mansioni o a mansioni equivalenti rispetto a quelle con riguardo alle quali è prevista l'assunzione».

Tra i soggetti titolari del diritto di precedenza, il legislatore – come del resto nella normativa del 1984 – prevede una priorità assoluta nei confronti dei dipendenti che abbiano già effettuato una trasformazione del rapporto di lavoro, e siano passati cioè dal tempo pieno a tempo parziale, rispetto a quelli che possiamo definire *part-timer* originari, cioè assunti sin dal principio a orario ridotto.

Dopo pochi anni l'art. 46 del d.lgs. n. 276/2003 modifica in profondità tale assetto normativo, stabilendo che il diritto di precedenza non discende più dalla legge, bensì più blandamente *può* essere previsto da una clausola del contratto individuale; inoltre, fermo restando il requisito della identità o equivalenza delle mansioni «rispetto a quelle con riguardo alle quali è prevista l'assunzione», l'eventuale diritto di precedenza spetta soltanto in favore dei lavoratori assunti a tempo parziale «in attività presso unità produttive site nello stesso ambito comunale», riducendone quindi in maniera rilevante l'ambito territoriale di efficacia.

Con la legge n. 247/2007, attuativa del Protocollo *welfare* firmato nel luglio 2007 con le parti sociali, il diritto di precedenza assume l'assetto tutt'oggi vigente; la norma non abroga la disposizione in tema di precedenza, come risultante dall'art. 46 del d.lgs. n. 276/2003 succitato, bensì interviene in maniera tecnicamente più complessa, prevedendo un duplice piano di operatività (Vd. P. Passalacqua, *L'assetto del lavoro a tempo parziale a seguito degli ultimi interventi del legislatore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, n. 1, p. 559).

Viene reintrodotta un diritto di precedenza di fonte legale (art. 12-ter, d.lgs. n. 61/2000, aggiunto dall'art. 1, comma 44, legge 24 dicembre 2007, n. 247) a favore dei lavoratori a tempo parziale, sempre mantenendo la previsione dell'«espletamento delle stesse mansioni o di quelle equivalenti a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale», ma – è questa la novità di maggior rilievo – soggetti titolari di tale diritto sono soltanto i dipendenti che abbiano trasformato in contratto *part-time* un precedente contratto a tempo pieno.

Inoltre non vi è alcun cenno all'ambito territoriale, né soprattutto sono stati esplicitati dal legislatore i criteri che il datore di lavoro deve utilizzare per operare una scelta nel caso ci fossero più lavoratori (in precedenza trasformati in) *part-time* che possano vantare il diritto di precedenza.

Evidenziare che il diritto di precedenza operi soltanto in favore dei lavoratori *part-time trasformati* permette di continuare ad attribuire senso alla previsione, mantenuta intatta, di cui all'art. 5, comma 3, definita di «carattere meramente esortativo» (*Ibidem*) e che pertanto si applicherà a tutti i lavoratori *part-time*, vale a dire anche a coloro i quali siano stati assunti sin dal principio con orario ridotto.

Questo *excursus* circa l'evoluzione della normativa in tema di precedenza dei lavoratori a tempo parziale è funzionale all'analisi della sentenza, consentendoci di apprezzare le soluzioni prospettate, che sono in linea con l'orientamento giurisprudenziale prevalente.

I giudici della Corte di Cassazione evidenziano come il diritto di precedenza non è violato «per il solo fatto che si proceda ad assunzioni a tempo pieno»; ma, come già chiarito in più occasioni, il diritto soggettivo di precedenza – il quale «comporta la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno, con la modifica dell'assetto negoziale preesistente solo rispetto alla quantità e alla distribuzione temporale delle prestazioni lavorative» – «spetta a condizione che il datore di lavoro compia delle nuove assunzioni a tempo pieno, nei soli confronti dei nuovi assunti, e purché essi vengano adibiti a mansioni fungibili con quelle dei lavoratori a tempo parziale e non siano adibiti a unità produttive territorialmente remote».

Per giungere a questa conclusione, la Corte richiama la sentenza Cass. 21 luglio 2005, n. 15312 (In *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, pp. 578 ss., con nota di F. Alvaro), nella quale i giudici hanno sancito che «il diritto di precedenza dei *part-timer* suppone la indifferenza, per le esigenze oggettive del datore di lavoro, tra l'assunzione di nuovo personale e la trasformazione di rapporti di lavoro a tempo già costituiti con contratti di lavoro a tempo pieno», ferma restando la fungibilità delle mansioni e l'adibizione a unità produttive non remote.

Con riferimento alle assunzioni operate dal datore di lavoro, la giurisprudenza aveva già avuto modo di chiarire in Cass. 28 agosto 2003, n. 12648, che è escluso il diritto di precedenza nei casi di conversione del rapporto di formazione e lavoro in rapporti di lavoro a tempo pieno e indeterminato, per un duplice ordine di considerazioni: una di carattere più tecnico, attraverso la quale i giudici hanno valorizzato il dato letterario che faceva riferimento a «nuova assunzione», il quale costituisce il presupposto per l'applicabilità del diritto di precedenza; la seconda argomentazione, di politica del diritto, tesa a valorizzare la funzione promozionale del contratto di formazione e lavoro, la quale sarebbe frustrata nel caso in cui si ammettesse l'operatività del diritto di precedenza dei lavoratori *part-time* in tempo pieno (Vedi M. Borzaga, *Diritto di precedenza dei lavoratori a part-time nel passaggio a tempo pieno e conversione del rapporto di formazione e lavoro in rapporto ordinario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 86; v. anche G. Camilli, *Part-time, diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato, contratto di formazione e lavoro*, in *q. Riv.*, 2004, II, pp. 756 ss.).

In realtà, è vero che è soltanto lo *ius superveniens* a prevedere esplicitamente le limitazioni in ordine alle mansioni e all'ambito territoriale di cui sopra si è dato conto. Infatti, vi è chi ha ritenuto non esente da critiche tale orientamento: «se così non fosse, perderebbe qualsiasi rilevanza l'innovazione di cui al d.lgs. n. 61/2000, che ha introdotto la specifica indicazione circa la corrispondenza e l'equivalenza delle mansioni oggetto delle assunzioni con quelle svolte dal *part-timer*, nonché i limiti relativi all'ubicazione delle unità produttive interessate alle nuove assunzioni» (F. Alvaro, *op. cit.*, p. 581).

È però ben possibile, ad avviso di chi scrive, ritenere che proprio il legislatore nel 2000 abbia preso atto e fatto propri limiti che già parte della giurisprudenza, almeno quella di merito, aveva desunto, in via di interpretazione, nel silenzio della norma, e che anche la contrattazione collettiva, come accennato in precedenza, aveva avuto modo di esplicitare, in alcuni casi addirittura prima ancora che il legislatore si pronunciasse.

E del resto, argomentando *a contrario*, pensiamo alla situazione che si sarebbe potuta verificare all'interno di una azienda con sedi diffuse in tutto il territorio nazionale, se il diritto di precedenza avesse riguardato qualsiasi assunzione, senza alcun riferi-

mento alle mansioni che i lavoratori in procinto di essere assunti avrebbero dovuto svolgere, e senza alcun limite territoriale.

Si badi bene che una siffatta soluzione (ci si riferisce qui, in ipotesi, non tanto alla previsione del limite territoriale – perché astrattamente un lavoratore a tempo parziale di una catena di supermercati in Calabria potrebbe avere una utilità nell'esercitare il diritto di precedenza per un'assunzione che lo stesso gruppo debba operare in Lombardia – quanto alla mancanza di qualsivoglia riferimento alle mansioni) senza dubbio rappresenterebbe, come evidenziato nella sentenza in commento, «un aggravio – non voluto dalla legge – dell'obbligo che ne risulta imposto al datore di lavoro»; ma parimenti sarebbe di nessuna utilità per ciò che concerne i lavoratori *part-timer*, a meno di non volersi disinteressare completamente del tasso di effettività di un preteso diritto soggettivo, tanto ampio nella lettera, se interpretato senza le limitazioni di origine giurisprudenziale e in un secondo momento recepite dal legislatore, quanto (presumibilmente) disatteso nel suo concreto atteggiarsi, finendo per rassomigliare a poco più di una petizione di principio.

In conclusione, è peculiare osservare come, nel commentare i fatti di causa – per i quali, ricordiamo, si applica la normativa del 1984 –, l'interprete si trovi dinnanzi a una sorta di spaesamento per la sfasatura tra il piano giurisprudenziale con i suoi necessari tempi e le vorticose modifiche normative di cui abbiamo dato conto, e la cui onda lunga non tarderà a continuare a interessare i giudici in una tematica tanto complessa tecnicamente (per tacere in questa sede, ad esempio, della procedimentalizzazione dell'esercizio del diritto di precedenza o della formazione di vere e proprie graduatorie tra più lavoratori a tempo parziale, tutti astrattamente titolari del diritto in parola) quanto delicata, allorquando desiderio del lavoratore a tempo parziale sia quello di convertire il proprio contratto a tempo pieno.

Mirko Altimari
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
presso l'Università Cattolica di Milano*

TRIBUNALE BUSTO ARSIZIO, 1° ottobre 2012 – Est. Molinari – Consigliera di parità della Regione Lombardia (avv.ti Manassero, Civitelli) c. Inail, già Ipsema (avv.ti Tomba, Capodiferro).

Discriminazioni – Calcolo indennità di maternità – Retribuzione di riferimento – Computo al 50% dell'indennità di volo – Discriminazione diretta di genere – Sussiste.

Indennità di maternità – Retribuzione di riferimento – Artt. 22 e 23, d.lgs. n. 151/2001 – Necessità – Normativa collettiva per calcolo indennità di malattia – Computo al 100% dell'indennità di volo – Applicabilità.

Retribuzione – Indennità di volo – Natura retributiva – Sussistenza – Indennità di maternità – Retribuzione di riferimento – Computabilità dell'indennità di volo – Sussiste.

Costituisce discriminazione diretta di genere l'erogazione dell'indennità di maternità alle lavoratrici del settore aereo prendendo come parametro di riferimento la retribuzione imponibile per il calcolo dei contributi previdenziali, allineata alla retribuzione imponibile a fini fiscali ex art. 6 del d.lgs. n. 314/1997, a norma del quale l'indennità di volo si computa solo per il 50%. (1)

La retribuzione da utilizzare quale parametro per l'indennità di maternità si calcola sulla base dei criteri di cui agli artt. 22 e 23, d.lgs. n. 151/2011. L'art. 23, comma 3, d.lgs. n. 151/2011, va interpretato nel senso che nel calcolo dell'indennità di maternità debbono concorrere quantomeno gli stessi elementi previsti per l'erogazione dell'indennità di malattia, stabilendo così il valore minimo dell'indennità dovuta e non il valore massimo del suo ammontare. Per determinare la retribuzione di riferimento per il calcolo dell'indennità di malattia, occorre tener conto di quanto prevede la normativa contrattuale collettiva in tema di retribuzione per il calcolo dell'indennità di malattia, secondo la quale l'indennità di volo è computata al 100%. (2)

L'indennità di volo, per la tipologia dell'attività espletata e per il carattere continuativo della relativa erogazione, ha natura retributiva in senso stretto e va computata interamente nella retribuzione di riferimento per il calcolo dell'indennità di maternità. (3)

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

(1-3) LAVORATRICI DEL SETTORE AEREO E DISCRIMINAZIONE
NEL COMPUTO DELL'INDENNITÀ DI MATERNITÀ

La Consigliera di parità della Regione Lombardia ha promosso un ricorso, su delega di un gruppo di assistenti di volo di una compagnia aerea inglese, finalizzato all'accertamento della discriminarietà dei criteri di calcolo dell'indennità di maternità da parte dell'ente previdenziale.

L'ente previdenziale, all'epoca Ipsema (attualmente Inail, poiché a esso, in forza dell'art. 7, comma 1, d.l. n. 78/2010 – convertito in legge n. 122/2010 –, sono state attribuite le funzioni già esercitate da Ipsema), a partire dal 2006 (sulla base di una propria circolare interpretativa delle norme di legge) impiega quale retribuzione di riferimento per il calcolo dell'indennità di maternità la retribuzione imponibile, normalmente utilizzata per il calcolo dei contributi previdenziali, che dal 1998 è allineata a quella imponibile a fini fiscali *ex art. 6, d.lgs. n. 314/1997* (disposizione che ha novellato l'art. 12 della legge n. 153/1969).

Poiché l'art. 6, d.lgs. n. 314/1997, prescrive che le indennità di volo, previste dalla legge o dal contratto collettivo, debbano concorrere a formare il reddito nella misura del 50% del loro ammontare, l'impiego della retribuzione imponibile quale parametro per il calcolo dell'indennità di maternità penalizza fortemente le lavoratrici del settore aereo, in quanto la loro retribuzione è composta da un salario base, di importo molto contenuto, e da diverse indennità, talune delle quali (in particolare, nel caso di specie, l'indennità di volo garantita) corrisposte in via continuativa e a prescindere dallo svolgimento concreto dell'attività lavorativa poiché erogate anche durante l'assenza per malattia.

A causa delle modalità di calcolo sopra descritte, l'indennità di maternità delle lavoratrici del settore aereo dal 2006 è di gran lunga inferiore all'80% della loro retribuzione precedente l'astensione (come previsto dall'art. 22, comma 1, del d.lgs. n. 151/2001), attestandosi intorno al 40%. Il danno è ulteriormente aggravato dal fatto che a queste lavoratrici l'attività di volo è interdetta dall'inizio della gravidanza (*ex art. 17, d.lgs. n. 151/2001*), ed esse debbono quindi rimanere assenti dal lavoro (tra maternità anticipata e congedo obbligatorio) per circa 12 mesi.

Nel ricorso, la Consigliera di parità censura il metodo di calcolo dell'indennità di maternità, e in particolare la nozione di retribuzione da utilizzare quale parametro per il calcolo, e sostiene che il comportamento dell'ente si traduce in una discriminazione diretta di genere; ad avviso della Consigliera, infatti, tale modalità di calcolo risulta adottata in violazione degli artt. 22 e 23 del d.lgs. n. 151/2001, delle disposizioni della contrattazione collettiva in materia di retribuzione da utilizzare quale parametro per l'indennità di malattia, nonché del diritto comunitario. La principale argomentazione di Inail è invece il richiamo alla normativa (art. 6 del d.lgs. n. 314/2001) che ha equiparato la nozione di retribuzione utile per il calcolo dei contributi previdenziali alla nozione di retribuzione utile a fini fiscali, nonché il riferimento all'art. 23, comma 3, del T.U. sulla maternità (d.lgs. n. 151/2001) in base al quale «concorrono a formare la retribuzione gli stessi elementi che vengono considerati agli effetti della determinazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria per le indennità economiche di malattia».

È vero che la legge (art. 23, comma 3, sopra riportato testualmente, e art. 22, comma 2, del T.U.) si richiama alle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le

malattie come elemento di raffronto per il calcolo dell'indennità di maternità; tuttavia, nel settore aereo l'ente previdenziale non è mai stato ente assicuratore contro il rischio malattia, essendo tale rischio direttamente a carico dei datori di lavoro. Nel caso di specie, infatti, l'indennità di malattia è pagata dalla compagnia aerea sulla base di una regolamentazione derivante dal contratto collettivo aziendale di compagnia per gli assistenti di volo impiegati in Italia, che prescrive di computare per intero l'indennità di volo garantita nella retribuzione da utilizzare quale parametro per il calcolo dell'indennità di malattia. Questo elemento, come si vedrà, assumerà grande rilievo ai fini della decisione.

Per quanto attiene all'interpretazione delle norme di legge, la sentenza ritiene inconferente il richiamo effettuato dall'ente convenuto al principio della necessaria equivalenza tra la retribuzione imponibile fiscale e quella contributiva (*ex art. 6 del d.lgs. n. 314/1997*), poiché, «coerentemente con l'autonomia giuridica dei due rapporti, assicurativo e assistenziale, non sussiste corrispettività fra versamenti contributivi e misura della prestazione» (Nello stesso senso, su fattispecie identica, Trib. Tivoli 20 dicembre 2011, inedita). Com'è noto, infatti, l'indennità di maternità trova fondamento nella maternità in sé, e non già nell'attività lavorativa (Cfr. M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, 2010, p. 415), e la normativa prevede diverse ipotesi nelle quali l'indennità viene erogata indipendentemente dai versamenti contributivi. Ne consegue che la parziale esenzione fiscale dell'indennità di volo non deve avere come conseguenza la penalizzazione delle lavoratrici in maternità.

In motivazione, il giudice afferma inoltre che nel caso di specie l'indennità di volo garantita – che sulla base del contratto collettivo applicato dalla compagnia fa parte del salario conglobato ed è corrisposta all'assistente di volo indipendentemente dallo svolgimento dell'attività lavorativa in volo – per la natura dell'attività espletata dalle lavoratrici e per l'erogazione continuativa mensile debba ritenersi di natura retributiva in senso stretto e non possa essere considerata alla stregua di una diaria. Con riferimento a questa seconda affermazione, va osservato che la giurisprudenza di Cassazione, quando ritiene le indennità di volo di natura mista – risarcitoria e retributiva –, si riferisce a indennità di volo particolari, diverse dall'indennità di volo garantita, che invece è ritenuta di natura retributiva (Cfr., ad esempio, Cass. 4 febbraio 1998, n. 1149, che ha ritenuto di natura mista l'indennità di volo integrativa per servizio estero prestato oltre il sesto giorno, dando atto peraltro che le ulteriori componenti retributive collegate alla indennità di volo – tra le quali il minimo garantito dell'indennità di volo – sono assoggettate a contribuzione al cento per cento).

Il giudice fornisce inoltre una visione d'insieme delle norme che il T.U. sulla maternità dedica all'indennità di maternità (gli artt. 22 e 23, d.lgs. n. 151/2001), ricavandone taluni criteri interpretativi da leggere congiuntamente. La retribuzione di riferimento per il calcolo dell'indennità di maternità deve essere la retribuzione globale (*ex art. 23, comma 1*), che comprende non solo il salario base ma tutte le altre voci retributive *ex art. 23, comma 2* (quindi anche l'indennità di volo garantita, di natura retributiva): questo principio, secondo il giudice del Tribunale di Busto Arsizio, è confermato, *a contrario*, dal testo dell'art. 34, d.lgs. n. 151/2001, il quale, disponendo la non applicazione dell'art. 23, comma 2, del T.U., obbliga a non considerare i trattamenti accessori, ma solo la retribuzione base, nel calcolo del congedo facoltativo. L'art. 23, comma 3, del T.U. deve essere interpretato nel senso che al calcolo dell'indennità

di maternità debbano concorrere quantomeno gli stessi elementi previsti per l'erogazione dell'indennità di malattia, stabilendosi così il valore minimo dell'indennità dovuta, in caso di inapplicabilità degli altri criteri, e non il valore massimo del suo ammontare.

Se quindi è proprio la legge che prescrive di tener conto, per il calcolo dell'indennità di maternità, degli stessi criteri previsti per l'erogazione dell'indennità di malattia e visto che nel caso di specie l'indennità di malattia è garantita dal sistema contrattuale, per il giudicante è necessario tener conto, al fine della quantificazione dell'indennità di maternità, di quanto previsto nel contratto collettivo in materia di retribuzione, parametro per l'indennità di malattia. Poiché la normativa contrattuale prescrive che nell'indennità di malattia l'indennità di volo garantita debba essere computata al 100%, la stessa voce dovrà computarsi per intero anche nella retribuzione da prendere a parametro per il calcolo dell'indennità di maternità.

La sentenza accoglie, quindi, il ricorso della Consigliera dichiarando discriminatorio il comportamento dell'ente e ordinandogli di erogare, ai fini della rimozione degli effetti della discriminazione, gli arretrati tra quanto dovuto e quanto corrisposto. La corresponsione da parte dell'Ente previdenziale di un'indennità di maternità inferiore sia all'80% della retribuzione, sia a quanto percepito in malattia, costituisce comportamento adottato anche in violazione della normativa comunitaria. L'art. 11 della Direttiva n. 92/85 sui congedi di maternità prescrive, infatti, che l'indennità di maternità debba essere adeguata, e individua la sussistenza di questo requisito quando sia in grado di assicurare alla lavoratrice redditi almeno equivalenti a quelli che la stessa otterrebbe in caso di interruzione delle sue attività per motivi connessi allo stato di salute. Il comportamento tenuto dall'ente previdenziale, inoltre, viola i principi costituzionali: la motivazione della sentenza correttamente richiama la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, ove si afferma che l'indennità di maternità «serve ad assicurare alla madre lavoratrice la possibilità di vivere questa fase della sua esistenza senza una radicale riduzione del tenore di vita che il suo lavoro le ha consentito di raggiungere e a evitare, quindi, che alla maternità si ricollegli uno stato di bisogno economico, pregiudizievole per il benessere della donna e del bambino che sta per nascere o che è nei suoi primi mesi di vita» (Cfr., per tutte, Corte Cost. n. 132/1991). Da ultimo, sussiste violazione anche delle disposizioni nazionali, in particolare dell'art. 25 del d.lgs. n. 198/2006, che reca le nozioni di discriminazione diretta e indiretta. Va ricordato che la più recente formulazione della norma (Cfr. art. 25, comma 2-bis, del d.lgs. n. 198/2006, come modificato dal d.lgs. n. 5/2010), recependo un principio da molti anni presente nell'ordinamento comunitario, prevede che «costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti» (Per una disamina dei divieti di discriminazione nella normativa più recente si v. O. La Tegola, *Sui divieti di discriminazione per motivi di genere*, in q. *Riv.*, 2011, pp. 177 ss.; L. Cafalà, *Pari opportunità e divieti di discriminazione*, in *Nuove leggi civ.*, n. 3, 2010, pp. 537 ss.; A. Occhino, *La questione dell'eguaglianza nel diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, pp. 95 ss.).

Anche se quanto deciso dal giudice sulla base delle disposizioni comunitarie e nazionali riveste notevole importanza per la risoluzione del caso concreto, di particolare interesse nella sentenza in commento appare la valorizzazione delle disposizioni con-

tenute nella contrattazione collettiva quali elementi ulteriormente qualificatori del requisito dell'adeguatezza dell'indennità di maternità.

La vicenda oggetto della sentenza sta dando luogo a un diffuso contenzioso, promosso per lo più direttamente dalle singole lavoratrici (Anche se talvolta dalle Consigliere di parità: cfr., su fattispecie identica, Trib. Venezia 2 aprile 2008, in q. *Riv.*, 2008, p. 820), con esito in prevalenza sfavorevole per le stesse. Va segnalato, però, che l'orientamento giurisprudenziale prevalente si fonda esclusivamente sull'interpretazione delle norme di legge (Cfr. Trib. Roma 20 aprile 2011, Trib. Tivoli 24 febbraio 2011, Trib. Cremona 30 aprile 2011, Trib. Milano 8 luglio 2009, Trib. Milano 21 gennaio 2010, inedite; nello stesso senso di cui alla sentenza in commento cfr., invece, Trib. Busto Arsizio 13 dicembre 2012, Trib. Pistoia 14 giugno 2011, Trib. Tivoli 20 dicembre 2011, Trib. Busto Arsizio 22 novembre 2010; Trib. Monza 2 agosto 2009, inedite), mentre la sentenza in commento si segnala per aver riconosciuto alla contrattazione collettiva il ruolo di fonte normativa che, così come avviene per il computo dell'indennità di malattia, può fornire criteri utili anche per il computo dell'indennità di maternità.

TRIBUNALE PISTOIA, 8 settembre 2012 – Est. Tarquini – G.D. e B.M. (avv. Bruni) e Consigliera di parità della Regione Toscana (avv. Amoriella) c. R.M. e L.H.E. Srl (avv.ti D. Tofanelli, S. Grelli).

Discriminazioni – Molestie sessuali – Legittimazione ad agire a titolo proprio della Consigliera di parità – Sussiste.

Discriminazioni – Discriminazioni di genere – Risarcimento danno non patrimoniale – Funzione punitiva.

Le molestie sessuali operate a danno delle lavoratrici di un'azienda assumono il carattere di discriminazioni collettive e legittimano, pertanto, l'azione in giudizio a titolo proprio della Consigliera di parità. (1)

Nel caso di discriminazioni di genere, la quantificazione del risarcimento del danno non patrimoniale a favore delle vittime deve tener conto della funzione deterrente che la tutela risarcitoria assolve. Tale funzione legittima, altresì, il risarcimento del danno non patrimoniale a favore della Consigliera di parità. (2)

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

(1-2) UN'ALTRA FRECCIA NELL'ARCO DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO:
IL DANNO NON PATRIMONIALE CON FUNZIONE PUNITIVA

SOMMARIO: 1. Il fatto. — 2. La funzione punitiva del danno non patrimoniale.

1. — *Il fatto* — La sentenza in epigrafe rappresenta un tassello importante nell'attuazione nel nostro ordinamento del diritto antidiscriminatorio di nuova generazione, perché per la prima volta – a quanto consta – in un caso di molestie sessuali viene riconosciuto alla Consigliera di parità, intervenuta nel giudizio a titolo proprio, il risarcimento del danno non patrimoniale, al quale il giudice attribuisce una funzione punitiva. Funzione che incide anche sui criteri di quantificazione del risarcimento del danno non patrimoniale accordato a favore delle vittime di molestie sessuali, che hanno agito in giudizio contro il datore di lavoro.

La sentenza riguarda un caso di molestie sessuali subite dalle lavoratrici di un'azienda da parte del rappresentante legale. Il quadro complessivo della questione emerge dalla riunificazione dei ricorsi presentati da due lavoratrici e da quello della Consigliera regionale di parità.

I fatti sono i seguenti. La prima lavoratrice ha prestato la propria attività dal 6 marzo 2008 fino al 12 ottobre 2008, con formalizzazione del rapporto con contratto di apprendistato in data 10 marzo 2008. La conclusione del rapporto avviene con licenziamento per giusta causa intimato alla lavoratrice, in ragione della mancata conserva-

zione – in modo adeguato – delle liste di consegna dei tabacchi, lasciate «alla vista di chiunque entrasse in ufficio», e non avendo avuto cura di riporle in apposito armadio con lucchetto.

La ricorrente assume, in primo luogo, la natura simulata del rapporto di apprendistato, poiché non avrebbe ricevuto per tutto il periodo lavorativo alcuna formazione; a ciò aggiunge che il rapporto di lavoro è – di fatto – iniziato prima della formalizzazione contrattuale. La lavoratrice contesta, quindi, la qualificazione del rapporto e le modalità del recesso, per il quale non è stato seguito l'*iter* del procedimento disciplinare e per la mancanza dell'inadempimento contestato; chiede perciò la qualificazione del rapporto come lavoro subordinato a far data dal 6 marzo 2008 e il pagamento delle differenze retributive.

La lavoratrice imputa il licenziamento al rifiuto di subire le molestie sessuali cui il rappresentante legale dell'azienda l'avrebbe ripetutamente sottoposta, consistenti in *avance* verbali e anche fisiche, dettagliatamente descritte nel ricorso. Per questi motivi la lavoratrice chiede l'annullamento del licenziamento intimatole, con conseguente reintegrazione ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, e il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalle condotte illecite subite, a valere sia sul rappresentante legale in proprio (*ex artt.* 2059 cod. civ. e 185 cod. pen.), sia sulla società convenuta (*ex art.* 2087 cod. civ.). Chiede, inoltre, la pubblicazione della condanna dei convenuti a loro spese su almeno un quotidiano a tiratura nazionale.

La seconda ricorrente è stata impiegata presso la società dal 22 al 30 settembre 2008 con contratto per prestazioni occasionali, risolto con suo recesso. La lavoratrice deduce nel ricorso la natura effettivamente subordinata del rapporto di lavoro e assume quale causa delle sue dimissioni la condotta del rappresentante legale, che l'avrebbe fatta oggetto di ripetute *avance* verbali e fisiche a lei indesiderate. Ella chiede la riqualificazione del rapporto come subordinato, le differenze salariali tra il compenso convenuto e quello cui avrebbe avuto diritto in ragione della dedotta natura subordinata del rapporto di lavoro, la reintegra nel posto di lavoro in ragione della impossibilità di qualificare le dimissioni come espressione della libera volontà della parte recedente, in quanto indotte dal comportamento molesto subito. Chiede infine il risarcimento del danno non patrimoniale per le molestie e la pubblicazione della sentenza di condanna su almeno un quotidiano a diffusione nazionale.

La Consigliera di parità agisce in giudizio contro il rappresentante legale della società e la società stessa, avvalendosi del potere conferitole dall'art. 37 del d.lgs. n. 198 del 2006. Tale norma riconosce legittimazione attiva alla Consigliera di parità nel richiedere il risarcimento del danno non patrimoniale conseguente a discriminazioni collettive. Nel caso di specie, la sussistenza di discriminazioni collettive deriva dalle molestie sessuali perpetrate dal convenuto a danno sia delle due lavoratrici ricorrenti sia di altre lavoratrici dell'azienda, come emerge dai testimoni escussi. In ragione di ciò, la Consigliera avanza tre richieste: la condanna in solido dei convenuti al risarcimento del danno non patrimoniale anche in proprio favore; l'ordine a carico del convenuto di definire un piano di rimozione delle discriminazioni consistente nella condanna a dare notizia alle altre vittime di molestie sessuali della loro facoltà di agire per la reintegrazione delle lesioni patite e, in caso di sua inerzia, chiede di essere autorizzata a provvedere direttamente a tali comunicazioni, a spese del convenuto; in ultimo, la Consigliera richiede la pubblicazione della sentenza di condanna.

I giudizi, che erano stati istruiti con l'escussione di alcuni dei testi indotti dalle parti e di ulteriori tre, ammessi *ex art.* 421 cod. proc. civ., e con l'acquisizione degli atti del procedimento penale iniziato contro il responsabile legale della società, anche per i fatti di cui alle domande attrici, vengono riunificati dal giudice in ragione della parziale identità delle questioni rilevanti ai fini del decidere.

2. — *La funzione punitiva del danno non patrimoniale* — Come si è anticipato, il profilo più interessante della sentenza è relativo al risarcimento del danno non patrimoniale, al quale viene attribuita una funzione punitiva, affinché abbia un effetto deterrente sulle condotte di tipo discriminatorio.

Per conferire tale funzione al risarcimento del danno non patrimoniale nelle ipotesi di discriminazioni per sesso, il giudice richiama la normativa comunitaria: in particolare modo l'art. 18 della Direttiva n. 2006/54/Ce, che obbliga gli Stati membri a introdurre nei rispettivi ordinamenti nazionali le misure necessarie a garantire «un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi» e tali «da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito». Secondo il Tribunale, «la fonte sovranazionale attribuisce allo strumento rimediabile del risarcimento del danno connotati necessari di effettività, essi tuttavia rapportati, non solo alla gravità del danno, ma anche alla funzione dissuasiva e sanzionatoria della qualificata riparazione».

Questa qualificazione del danno ha un duplice effetto. In primo luogo, incide sulla definizione del *quantum* del risarcimento dovuto alle lavoratrici in una misura idonea a soddisfare la funzione non solo ripristinatoria, ma anche dissuasiva del rimedio. Le condotte perpetrate, l'intensità del disagio, la condizione di precariato in cui le lavoratrici si trovavano, e che le costringeva a una situazione di debolezza nel difendersi dalle molestie, sono valutate dal giudice come rilevanti in relazione alla finalità anche sanzionatoria dell'obbligazione risarcitoria.

In riferimento alla domanda risarcitoria della Consigliera di parità, l'art. 37, comma 3, del d.lgs. n. 198/2006 accorda il risarcimento del danno non patrimoniale nel caso di discriminazioni collettive che non sempre consentono l'individuazione precisa dei soggetti lesi. Nel caso di specie, il Tribunale chiarisce che le condotte datoriali «appaiono idonee a pregiudicare nella maniera più immediata l'interesse pubblico presidiato dalla funzione che la Consigliera ricopre, esse risolvendosi nella negazione, la più evidente, del principio di non discriminazione per motivi di genere, le condotte illecite essendosi date specificamente in ragione del genere delle vittime». La discriminazione collettiva si realizza in ragione del genere delle vittime e il risarcimento all'ufficio della Consigliera di parità è giustificato dal fatto che si tratta dell'organismo preposto a tutelare istituzionalmente l'interesse pubblico protetto dalla normativa antidiscriminatoria.

Con molta probabilità, questa sentenza farà discutere perché l'assegnazione al danno non patrimoniale di una funzione punitiva non è pacifica nel nostro ordinamento. La dottrina civilistica (1) si è in passato espressa con riserve, secondo la tesi per cui questa tipologia di danno non possa essere ricondotta a una pena privata, in quanto

(1) Per una ricostruzione complessiva delle diverse tesi v. M. di Marzio, *Le funzioni del risarcimento*, in P. Cendon (a cura di), *La prova e il quantum nel danno biologico, esistenziale e morale*, Utet, Torino, 2008, pp. 105 ss.

le fattispecie per cui è accordato il risarcimento – anche nel caso dei diritti della personalità – «sono inevitabili forme di liquidazione forfetaria o di tipo equitativo» (2), che, comunque, rispondono alla logica della riparazione e non della punizione. Secondo alcuni, se una funzione punitiva il danno non patrimoniale può assolvere, questa dovrebbe essere meramente integrativa del risarcimento, aumentandone l'entità quando vi sia colpa grave o dolo da parte dell'agente (3). Altre argomentazioni ineriscono al timore di una possibile commistione di ruoli fra giudizio civile e giudizio penale, e, più in generale, al rifiuto di attribuire alla responsabilità civile un ruolo diverso da quello da cui ha tratto origine, ovvero la compensazione delle perdite subite dagli individui a causa di altri soggetti.

I pronunciamenti della Corte di Cassazione in materia sono tendenzialmente contrari all'introduzione del danno punitivo nel nostro ordinamento. Occorre però tenere in considerazione i casi di specie presentati, rispetto ai quali la Cassazione ha rigettato l'ammissibilità di *punitive damages* nel nostro ordinamento; nessuno di questi casi è riconducibile a quello che si commenta. Le pronunce del giudice di legittimità hanno riguardato l'attuazione in Italia di sentenze straniere in cui veniva riconosciuto – esplicitamente o implicitamente – un risarcimento a titolo di *punitive damage*, essendo questa categoria prevista in altri ordinamenti (4) e le richieste di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 96 del cod. proc. civ. (5), per controversie insorte, però, prima dell'entrata in vigore della riforma del 2009 (6) (v. *infra*).

Secondo la Corte, «nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive, ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, né il medesimo ordinamento consente l'arricchimento se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto a un altro; ne consegue che, pure nelle ipotesi di danno *in re ipsa*, in cui la presunzione si riferisce solo all'*an debeat* (che presuppone soltanto l'accertamento di un fatto potenzialmente dannoso in base a una valutazione anche di probabilità o di verosimiglianza secondo l'*id quod plerumque accidit* e non alla effettiva sussistenza del danno e alla sua entità materiale), permane la necessità della prova di un concreto pregiudizio economico ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno per equivalente pecuniario» (7). La funzione punitiva non incide nemmeno, secondo la Corte di Cassazione, sull'ammontare del risarcimento, in quanto a tali fini è indifferente la valutazione della condotta dell'agente (8); ne deriva che, ai fini della liquidazione del risarcimento, occorre evitare forme di duplicazioni o locupletazioni che, altrimenti, avrebbero comunque un effetto afflittivo.

(2) F. Busnelli, S. Patti, *Danno e responsabilità*, cit., p. 213.

(3) E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 370.

(4) Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781; Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183; Corte d'Appello Trento, Sezione distaccata di Bolzano, 16 agosto 2008, in *Corriere giuridico*, 4/09, con nota di P. Fava.

(5) Cass. 24 ottobre 2011, n. 21954; Cass. 23 novembre 2012, n. 20767.

(6) Vd. art. 45, comma 12, legge n. 69 del 18 giugno 2009, che ha modificato l'art. 96 del cod. proc. civ., Cass. n. 17902 del 30 luglio 2010.

(7) Cass. 12 giugno 2008, n. 15814, e Cass. 10 dicembre 2009, n. 25820.

(8) Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183.

Nel nostro ordinamento, tuttavia, vi sono norme in cui al risarcimento del danno può considerarsi attribuita funzione punitiva. Un esempio ne è proprio l'art. 96 del cod. proc. civ. come modificato nel 2009, laddove dispone che «in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata». E a tal proposito la Corte di Cassazione (9), nella medesima sentenza in cui nega funzione punitiva al risarcimento del danno previsto dalla norma, chiarisce che si tratta di un'interpretazione del testo nella sua formulazione anteriore alla riforma e che la modifica legislativa del 2009 avrebbe, invece, introdotto nel nostro ordinamento una pena pecuniaria indipendente sia dalla domanda di parte che dalla prova del danno causalmente derivato dalla condotta processuale dell'avversario. Un'ipotesi di danno punitivo poteva considerarsi il risarcimento per danno ambientale, come disciplinato dall'art. 18, comma 6, della legge 8 luglio 1986, n. 349 (10), laddove disponeva che l'ammontare della posta risarcitoria dovesse essere determinata tenendo conto, «oltre che del costo del ripristino, della gravità della colpa e del profitto conseguito dal trasgressore»; questa norma risulta ora abrogata dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che, nella definizione dell'azione risarcitoria in forma specifica e per equivalente patrimoniale (art. 311 del d.lgs. n. 152/2006), prevede dei parametri più stringenti e limitati alla compensazione del danno recato (11). Altre ipotesi si rinvergono nel diritto di famiglia, di stampa, delle associazioni (12).

In realtà, il dibattito è più complesso di una semplice dicotomia *punitive damages* sì-*punitive damages* no. Parlare di *punitive damage* sul modello americano o anglosassone (che pure tra loro divergono) (13) è improprio rispetto alla sostanza del confronto dottrinale su questi temi, che, più che di istituti giuridici da «importare» nel nostro ordinamento, inerisce la funzione punitiva con finalità deterrente, da attribuire al risarcimento del danno non patrimoniale, e la sua compatibilità con il nostro sistema, questione centrale nella sentenza che si commenta.

(9) Cass. 30 luglio 2010, n. 17902.

(10) F. Busnelli, S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 201.

(11) Per una disamina del mutamento di tendenza operato dal legislatore in materia di danno ambientale si rinvia a P. Pardolesi, voce *Danni punitivi*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, agg. 2007, Utet, Torino, pp. 452 ss., ivi pp. 462-463. V. anche G. Spoto, *I danni punitivi e il risarcimento del danno ambientale*, dattiloscritto, 2007.

(12) Sui danni punitivi in generale e sulle fattispecie legislative a essi riconducibili v. F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 4, pp. 909 ss.; P. Pardolesi, *Danni punitivi*, cit.; P. Sirena, *Il risarcimento dei danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 531; G. Ponzanelli, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. comm.*, 2008, II, pp. 25 ss.; E. Guerinoni, *Pene private e danni punitivi*, in P. Cendon (a cura di), *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, Utet, Torino, 2005, pp. 92 ss. Benché risalente, una ricostruzione delle fattispecie di danni punitivi è contenuta in F. Busnelli, S. Patti, *Danno e responsabilità*, cit., pp. 189 ss.

(13) Il modello anglosassone e quello americano prevedono tali tipologie di danni, benché con caratteristiche diverse tra i due sistemi giuridici. Per una disamina v. P. Pardolesi, *Danni punitivi*, cit. In particolar modo, nel sistema americano vi è un elemento non replicabile nel nostro ordinamento, ovvero la presenza della giuria, che è un elemento fondamentale nel processo di definizione del *punitive damage*, in quanto assume il ruolo di esprimere, nel corso della vertenza, il «sentire sociale».

In particolar modo, è il danno morale soggettivo a essere oggetto di discussione, rispetto al quale si afferma che per sua natura stessa il risarcimento che ne deriva non può essere meramente riparatorio. La traduzione in termini economici del dolore e del patema d'animo, il fatto che la gravità della lesione e il grado di colpevolezza del responsabile dell'illecito, come la sua condizione patrimoniale o l'arricchimento derivato dal fatto ingiusto incidono sulla quantificazione del danno, sono di per sé elementi che trascendono la funzione puramente rimediale e di ripristino della situazione *ex ante*. Come affermato in dottrina, «il grado di colpevolezza del responsabile della lesione nonché ancora l'entità dell'arricchimento realizzato mediante fatto ingiusto sono ovviamente circostanze che a rigor di logica esulano da un mero problema di accertamento della reale entità dei danni effettivamente inferti, e che quindi sono un chiaro sintomo del fatto che si è ormai varcata la linea di demarcazione tra semplice risarcimento e pene private» (14).

D'altro canto, la disciplina del danno non patrimoniale, ridisegnata dalle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione del 2003 (15), ha indotto parte della dottrina a ipotizzare un'apertura dell'ordinamento verso le pene private. Secondo Busnelli questo sarebbe il «criterio più plausibile per dare un senso, e prevedere i limiti, all'unica voce di danno non patrimoniale che, nel nuovo contesto della "trilogia" costruita dalla Corte di Cassazione e recepita dalla Corte Costituzionale, l'art. 2059, continua a vincolare tassativamente con il rinvio ai soli "casi determinati dalla legge", che significativamente corrispondono, com'è noto, in larga prevalenza ai fatti illeciti costituenti reato, ossia a fatti che fanno presumere una particolare gravità dell'offesa (corrispondente, in certo qual modo, alla *reprehensibility* della condotta del danneggiante posta dalla *federal constitutional law* quale condizione per il risarcimento dei *punitive damages*)» (16).

Ma la funzione sanzionatoria viene richiamata – per quanto concerne il diritto del lavoro – anche in ipotesi risarcitorie di tipo patrimoniale, come nel caso dell'indennizzo per illegittimo utilizzo del contratto a termine, su cui si è pronunciata la Corte Costituzionale con la pronuncia n. 303 del 9 novembre 2011. Come evidenziato in dottrina (17), nella pronuncia si attribuisce all'indennità una valenza sanzionatoria che sembrerebbe esulare dalla logica dei rimedi risarcitori classici, in cui cioè la funzione risarcitoria deve rifondere il soggetto agente del pregiudizio effettivamente sofferto, ripristinando la situazione *ex ante*. A riprova di ciò vi è anche l'impossibilità di decurtare dall'indennizzo l'eventuale retribuzione percepita, nelle more del giudizio, dal lavoratore ricorrente che avesse prontamente trovato una nuova occupazione.

La sentenza del Tribunale di Pistoia si pone, quindi, in questo complesso dibattito. Nel risarcimento accordato alle lavoratrici, la funzione punitiva ha assunto un ruolo integrativo di quella risarcitoria e si è concretizzata in un criterio di valutazione quantitativo della posta risarcitoria, che consenta di tenere conto della gravità dell'of-

(14) P. Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 96.

(15) Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233; Cass. n. 8827 e n. 8828 del 31 maggio 2003, e n. 7281, n. 7282 e n. 7283 del 12 maggio 2003.

(16) F.D. Busnelli, «*Il Danno alla persona: un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori*», in *Danno e resp.*, 2008, 6, p. 609.

(17) M. Esposito, *La tutela del lavoratore a termine: sanzioni e varietà dei rimedi risarcitori*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi. Saggi*, n. 1/2012, p. 2.

fesa e del comportamento tenuto dal convenuto. Il risarcimento accordato a favore dell'ufficio della Consigliera di parità ha, invece, una funzione esclusivamente punitiva, in quanto non vi è una componente riparatoria ma, come si è detto in precedenza, mira a dare effettività alle norme a tutela dell'interesse pubblico alla cui difesa l'ufficio della Consigliera è istituzionalmente preposta.

Indubbiamente, la decisione del Tribunale apre diversi fronti interpretativi, che in questa sede non è dato approfondire. Una prima riflessione, tuttavia, può indurre a considerare il riconoscimento a favore della Consigliera di parità come una sanzione civile indiretta. Le sanzioni civili indirette (18) non hanno una finalità reintegratoria dell'interesse particolare leso, in quanto mirano a garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico a prevenire la trasgressione di precetti posti a salvaguardia di interessi generali (19). Il verificarsi di discriminazioni non lede soltanto l'interesse personale del singolo individuo offeso dal comportamento subito, ma, come affermato dal Tribunale di Pistoia, anche l'interesse pubblico sotteso all'apparato normativo antidiscriminatorio. Sono la collettività dei lavoratori, i gruppi espressione di fattori tutelati dall'ordinamento e la società nel suo complesso a veder lesi, dai comportamenti discriminatori, i diritti inviolabili della persona di uguaglianza, dignità e libertà. Vi è un altro risvolto importante nell'attribuire funzione punitivo-afflittiva al risarcimento conferito, a tale titolo, agli organismi di parità (20). Come è noto, infatti, i poteri e le funzioni concesse dalla normativa attuale – benché potenziati e affinati nel tempo – rischiano di essere poco incisivi sulle realtà aziendali, soprattutto perché mancano strumenti particolarmente coercitivi. La minaccia di un risarcimento a fronte di comportamenti discriminatori potrebbe rappresentare un mezzo efficace per dare effettività alla normativa antidiscriminatoria, e non solo di genere.

La sentenza del Tribunale di Pistoia, con molta probabilità, farà discutere perché si insinua in un dibattito complesso. Ma dubbi non possono certo esservi circa la funzione di deterrenza che sempre più tende a ricoprire la responsabilità civile, soprattutto nel diritto del lavoro, quale conseguenza diretta del processo di giuridificazione della persona nei rapporti interprivati (21). Una deterrenza che si ispira, a differenza del sistema nordamericano, a valori costituzionali (22) e che ne determina, quindi, la valenza.

Maria Cristina Cimaglia

*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

(18) «Si collocano sul punto di congiunzione dell'interesse generale con l'interesse particolare, attivano il secondo per realizzare il primo»: F. Galgano, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 531. Nel suo saggio, F. Galgano distingue le sanzioni civili indirette dalle pene private. Sulle pene private v. F. Busnelli, G. Scafì, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985.

(19) F. Galgano, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette*, cit., p. 533.

(20) Sui poteri e le funzioni degli organismi di rappresentanza nel diritto antidiscriminatorio v. F. Guarriello, *Il ruolo delle istituzioni e della società civile*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, pp. 467 ss.

(21) G. Marini, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 359 ss.

(22) Lo evidenzia F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità* cit., p. 917.

CASSAZIONE, 12 agosto 2012, n. 14157, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Curzio, P.M. Apice (diff.) – Metro Italia Cash and carry Spa (avv.ti Celebrano, Olgiati, Trifirò, Beretta) c. Filcams Cgil (avv.ti Andreoni, Grandese).
Conf. Corte d'Appello Venezia 4 aprile 2008.

Condotta antisindacale – Sostituzione degli scioperanti – Crumiraggio interno – Limiti.

Il comportamento del datore di lavoro che sostituisce i lavoratori in sciopero con altri presenti sul posto di lavoro normalmente adibiti a mansioni superiori costituisce condotta antisindacale, indipendentemente dall'eventuale consenso dei lavoratori, salvo che le mansioni inferiori non costituiscano un elemento marginale e/o occasionale rispetto alle mansioni principali. La sostituzione è peraltro ammissibile nel rispetto dell'art. 2103 cod. civ.: con adibizione a mansioni equivalenti o superiori. (1)

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

(1) CRUMIRAGGIO INTERNO E CONDOTTA ANTISINDACALE: VARIAZIONI SUL TEMA

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. L'ammissibilità del crumiraggio interno. — 3. Sostituzione dei lavoratori in sciopero e bilanciamento di valori costituzionali. — 4. I limiti dell'art. 2103 cod. civ. — 5. Adibizione a mansioni inferiori e attività strumentali. — 6. Attualità e plurioffensività della condotta antisindacale.

1. — *Il caso* — Il 19 dicembre 2003 si tiene uno sciopero presso la Metro Italia Cash and carry Spa. Per assicurare l'operatività del servizio casse e l'assistenza ai reparti presso il magazzino viene impiegato, in sostituzione degli scioperanti, del personale in servizio avente una qualifica superiore. La Filcams Cgil di Venezia propone ricorso

per la repressione della condotta antisindacale davanti al Tribunale territoriale, sostenendo che la Metro Italia con il suo contegno avesse illegittimamente ostacolato l'esercizio del diritto di sciopero. Il Tribunale di Venezia, pronunciandosi sull'opposizione al decreto emesso *ex art.* 28 Stat. lav., dichiara antisindacale il comportamento aziendale, consistente nella illegittima sostituzione del personale scioperante in violazione dell'art. 2103 cod. civ., e ordina al datore di lavoro di astenersene per il futuro. Il 4 aprile 2008 la decisione è confermata in Appello dalla Corte di Venezia. L'azienda propone dunque un ricorso per Cassazione articolato in quattro motivi, in cui tra l'altro denuncia sia la violazione degli artt. 40 e 41 Cost., 28 Stat. lav. e 2103 cod. civ., che vizi di motivazione. La Filcams Cgil resiste con controricorso.

La S.C., ritenendo infondati tutti i motivi di doglianza, conferma la sentenza impugnata, rigetta il ricorso e pone le spese a carico della società ricorrente.

2. — *L'ammissibilità del crumiraggio interno* — Con la sentenza in commento, la Cassazione torna sul tema dei limiti entro cui è ammissibile la sostituzione degli scioperanti con altri lavoratori non aderenti all'astensione collettiva o impiegati in settori nei quali non è stato proclamato lo sciopero [Vd. S. Bellomo, *Gli effetti dello sciopero*, in F. Lunardon (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, III, Cedam, Padova, 2011, pp. 174 ss.; G. Zilio Grandi, *L'ipotesi «classica» della sostituzione di lavoratori in sciopero tra fonti di disciplina e diritti costituzionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, pp. 509 ss.]. Sgombrando il campo da incertezze che pure si erano manifestate (Cfr. Trib. Venezia 7 luglio 2002, in q. *Riv.*, 2003, II, p. 384, con nota di G. Leotta, *Crumiraggio e art. 2103 cod. civ.: l'incertezza del diritto*), la Corte ribadisce l'orientamento secondo cui «in sé non costituisce comportamento antisindacale la scelta del datore di lavoro di sostituire i lavoratori che aderiscono allo sciopero», qualora ciò avvenga nel rispetto della disciplina legale e collettiva (Cass. 19 luglio 2011, n. 15782, in q. *Riv.*, 2012, II, p. 123, con nota di F. Siotto, *Continuons le combat: sciopero crumiraggio e demansionamento*; Trib. Massa Carrara 14 febbraio 2008, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 193, con nota di F. De Falco, *Astensione «selettiva» e diritto di sciopero*). Così, ad esempio, la sostituzione degli scioperanti è stata ritenuta illegittima ove si impieghino dipendenti assunti *part-time* in giornate diverse da quelle stabilite nel contratto (Cass. 9 maggio 2006, n. 10624, in *Mass. giur. lav.*, 2006, pp. 728 ss., con nota di R. Del Punta, *Sciopero e reazioni del datore di lavoro*, altresì in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, pp. 16 ss., con nota di C. Di Carluccio, *La mobile frontiera tra crumiraggio interno ed esterno: breve storia di un caso limite*), mentre sarebbe ammessa ove avvenga mediante una semplice distribuzione del lavoro diversa da quella programmata (Trib. Bari 26 novembre 2003, in *Lav. giur.*, 2004, p. 1185). In proposito, va ricordato come la dottrina (Cfr. F. Giudotti, voce *Crumiraggio*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 436 ss.; V. Maio, *Attualità del crumiraggio*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, pp. 523 ss.) abbia distinto l'ipotesi in cui dei lavoratori decidano autonomamente di non partecipare allo sciopero (crumiraggio diretto) dall'ipotesi in cui sia il datore di lavoro a sostituire momentaneamente i propri dipendenti assenti per sciopero (crumiraggio indiretto). In quest'ultimo caso, la sostituzione può avvenire con lavoratori o già impiegati in azienda (crumiraggio interno) o assunti all'occorrenza (crumiraggio esterno). Se, come detto, il crumiraggio interno è a determinate condizioni ammissibile, non è chiaro se il crumiraggio esterno — a par-

te il fatto che generalmente è di difficile praticabilità in ragione della breve durata degli scioperi – debba considerarsi sempre vietato o viceversa debba ritenersi vietato solo in ipotesi tassative (Così A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, I, *Il diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2005, p. 246 s. Sul dibattito vd. C. Di Carluccio, *Reazioni datoriali in caso di sciopero e legittimo esercizio dello ius variandi*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, pp. 200 ss.; M. Vendramin, *Reazioni datoriali allo sciopero e condotta antisindacale*, nota a Trib. Milano 9 marzo 2006, *ivi*, 2007, p. 179; V. Turco, *Condotta antisindacale, la differenza tra crumiraggio interno ed esterno*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 30, p. 25). Invero, il divieto di assunzione di personale per sostituire gli scioperanti è previsto espressamente in diverse disposizioni che regolano i cd. contratti flessibili (art. 3, comma 1, lett. a, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, per il contratto a termine; art. 20, comma 5, lett. a, e art. 34, comma 3, lett. a, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, per i contratti di somministrazione e di lavoro intermittente). Da qui se ne vorrebbe ricavare un principio generale (Cfr. G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2010, p. 290, e Cass. 15 marzo 2001, n. 3785, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1127). In quest'ottica, si è ritenuta inammissibile l'utilizzazione di personale esterno fornito da imprese terze o da una società collegata (Cfr. Trib. Milano 9 settembre 2008, in *Orient. giur. lav.*, 2008, p. 517; Corte d'App. Milano 9 febbraio 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 63; Trib. Cassino 25 maggio 2000, *ivi*, 2000, p. 909), e si è considerata antisindacale la condotta del datore di lavoro appaltante che sostituisca con propri dipendenti gli scioperanti della società appaltatrice (Trib. Milano 16 febbraio 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 325); mentre sarebbe possibile garantire il servizio appaltato attraverso forme alternative di esecuzione, ad esempio, il servizio mensa mediante buoni pasto (Trib. Milano 4 aprile 2008, *ivi*, 2008, pp. 1008 ss.). Il principio dovrebbe essere però circoscritto all'area del lavoro subordinato, dal momento che la giurisprudenza sembra ammettere la sostituzione degli scioperanti con il ricorso a prestazioni di lavoro autonomo [Trib. Modena 24 aprile 2003, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 721, con nota di M. Miscione, *Crumiraggio, appalto, propaganda (mediante partecipazione a cortei «interni») e antisindacalità*]. Chiaro che il divieto di sostituzione non opera nei casi di cd. crumiraggio esterno improprio, ossia in ipotesi di assunzioni già programmate prima della proclamazione dell'astensione collettiva (Vd. M. Rosano, *Sostituzione dei lavoratori in sciopero: la Corte di Cassazione apre al crumiraggio esterno improprio*, nota a Cass. 16 dicembre 2009, n. 26368, in *Dir. rel. ind.*, 2010, p. 1162).

3. — *Sostituzione dei lavoratori in sciopero e bilanciamento di valori costituzionali* — È bene chiarire come il diritto di sciopero riconosciuto dall'art. 40 Cost. possa essere, come tutti i diritti costituzionali, soggetto a un giudizio di bilanciamento con altri valori costituzionalmente protetti [Cfr. G. Giugni, voce *Sciopero I* *Ordinamento italiano*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1992, pp. 8 ss.; P. Bellocchi, *Sub art. 40 Cost.*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Diritto del lavoro*, vol. I, *La Costituzione, il codice civile, le leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 391 ss.]. È noto come la ricerca di tale contemperamento abbia animato la legge 2 giugno 1990, n. 146, intervenuta a dare regolazione allo sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali (Vd. G. Santoro Passarelli, *Vecchi e nuovi problemi in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, pp. 39 ss.; P. Pascucci, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 39 ss.). Nel caso in esame, la

S.C., richiamando per identità di *ratio* la suddetta legge, aggiunge che il coordinamento di interessi è necessario non solo quando vengano in rilievo interessi pubblici, ma anche quando venga in considerazione l'interesse privato del datore di lavoro. Il diritto di sciopero, infatti, deve confrontarsi con il diritto alla libera iniziativa economica riconosciuto dall'art. 41, comma 1, Cost. Ciò implica che il datore di lavoro, di fronte all'agitazione collettiva dei lavoratori, possa attuare condotte difensive non solo attraverso la serrata, ma anche attraverso altri strumenti che tendono a contenere gli effetti dannosi dello sciopero (Cfr. Corte Cost. 23 luglio 1980, n. 125, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2369, e, in seguito, Cass. 13 marzo 1986, n. 1701, in *Mass. giur. lav.*, 1986, p. 336, con nota di B. Brattoli, *La Suprema Corte e il cd. crumiraggio*. Sul punto, vd. F. Balestrieri, *Sostituzione dei lavoratori in sciopero e condotta antisindacale*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, n. 6, p. 148). Tra questi va annoverata la facoltà di procedere, nell'esercizio dei poteri datoriali, alla sostituzione dei lavoratori in sciopero (Cfr. Trib. Milano 9 marzo 2006, cit.). A giudizio della S.C. essa è ammissibile proprio perché consente di coordinare lo sciopero con l'interesse imprenditoriale garantito dall'art. 41 Cost. (Vd. F. Siotto, *In dubious battle. Crumiraggio e condotta antisindacale nel bilanciamento tra diritto di sciopero e libera iniziativa economica*, in *q. Riv.*, II, pp. 513 ss.). Non va sottaciuto, tuttavia, come la medesima sostituzione è suscettibile di vanificare l'efficacia dello sciopero, attraverso lo sviamento del danno che a esso consegue. Del resto, la reazione datoriale non potrà mai trasbordare in un impedimento o limitazione all'esercizio del diritto di sciopero, pena il configurarsi di una condotta antisindacale, ex art. 28 Stat. lav. (Vd. F. De Falco, *Esercizio del diritto di sciopero, neutralizzazione degli effetti e condotta antisindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, pp. 331 ss.). Va trovato, qui come altrove, un punto di equilibrio che consenta di discernere tra reazione legittima e condotta illegittima [Cfr. S. Ciucciovino, A. Maresca, *Le forme di autotutela del datore di lavoro e la repressione della condotta antisindacale*, in G. Proia (coordinato da), *Il diritto sindacale*, in F. Carinci (a cura di), *Il lavoro subordinato*, I, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XXIV, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 491 ss.].

4. — *I limiti dell'art. 2103 cod. civ.* — La pronuncia in analisi chiarisce che «la riorganizzazione aziendale volta a limitare gli effetti negativi» dello sciopero può «consistere tanto nell'impiego dei lavoratori non scioperanti nei compiti propri dei lavoratori in sciopero, quanto in compiti diversi» (Cfr. già Cass. 26 settembre 2007, n. 20164, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, pp. 422 ss., con nota di A. Sitzia, *Potere organizzativo e condotta antisindacale: sostituzione di lavoratori scioperanti con non aderenti allo sciopero e sondaggio preventivo sull'adesione allo stesso*). «Non ogni scelta funzionale a tal fine è però consentita», essendovi un limite «costituito dal fatto che la sostituzione deve essere fatta in modo legittimo». E l'esercizio dello *ius variandi* è legittimo esclusivamente nel rispetto dell'art. 2103 cod. civ., a mente del quale «il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte». Per cui la sostituzione è ammissibile spostando i lavoratori non scioperanti a mansioni equivalenti o, eventualmente, a mansioni superiori, con adeguamento in questo caso della retribuzione. Tale avvicendamento non deve peraltro ledere i diritti dei lavoratori sostituiti. Ne consegue che il giudice sia tenuto a valutare l'equivalenza tra le mansioni di provenienza e quelle di adibizione, in-

tesa, nel senso elaborato dalla giurisprudenza, come identico contenuto di professionalità [V., da ultimo, M. Brollo, M. Vendramin, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e ius variandi. Mansioni, qualifiche, ius variandi*, in M. Martone (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, I, *Contratto e rapporto di lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, III, Cedam, Padova, 2012, pp. 512 ss.]. Tale accertamento, come ribadito dalla S.C. anche in questa occasione, rimane un accertamento di fatto riservato al giudice di merito, quindi insindacabile in Cassazione se sorretto da adeguata motivazione. In altre occasioni la giurisprudenza aveva peraltro avuto modo di affermare che il rispetto dell'art. 2103 cod. civ. è richiesto anche qualora, per sopperire alle carenze di organico determinate dallo sciopero, si proceda al trasferimento di personale da un'unità produttiva a un'altra. Per cui, ove non sussistano le «comprovate ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo», che del resto non possono identificarsi nella semplice circostanza dell'astensione in corso, tale operazione è illegittima (Trib. Venezia 5 agosto 2002 e Trib. Vicenza 22 maggio 2001, in *Guida lav.*, 2001, n. 36, p. 34).

5. — *Adibizione a mansioni inferiori e attività strumentali* — Ne consegue che il crumiraggio interno è inammissibile nella circostanza in cui «i lavoratori chiamati a sostituire i dipendenti in sciopero, o chiamati a svolgere attività diverse ma che neutralizzino gli effetti dello sciopero», vengano impiegati in mansioni inferiori. E in tal caso, come riafferma la sentenza in commento, il comportamento illecito del datore di lavoro viene a configurare una condotta antisindacale ex art. 28 Stat. lav. Va ricordato come in passato, per contro, parte della giurisprudenza e della dottrina avevano distinto tra illiceità e antisindacalità della condotta, ritenendo che l'eventuale violazione dell'art. 2103 cod. civ. rilevi solo sul piano del rapporto individuale, e non sul piano collettivo (Cfr. Pret. Milano 15 gennaio 1992, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 99, con nota di O. Bonardi, *La sostituzione dei lavoratori in sciopero tra violazione di norme inderogabili e condotta antisindacale*; Trib. Milano 30 gennaio 1999, in *Lav. giur.*, 1999, p. 483. In dottrina G. Pera, *Il diritto di sciopero*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, p. 475. Sul punto vd. M. Rosano, *Interesse individuale e collettivo: rilevanza ai fini della qualificazione di una condotta antisindacale ex art. 28 Stat. lav.*, *ivi.*, 2010, II, p. 697). La Corte, inoltre, chiarisce, a fronte di qualche opposta opinione dottrinale [cfr. G. Pera, voce *Sciopero, a) diritto costituzionale e diritto del lavoro*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 720], che a nulla rileva il consenso eventualmente prestato dal lavoratore, il quale dà sempre luogo a un patto nullo ex art. 2103 cod. civ., comma 2. Tuttavia, come precisa la sentenza in esame, quanto appena affermato non implica che i lavoratori non possano mai svolgere compiti inerenti a una qualifica inferiore. Secondo un orientamento abbastanza consolidato della Cassazione, infatti, lo svolgimento di attività inerenti a mansioni inferiori è compatibile con l'art. 2103 cod. civ., qualora si tratti di compiti complementari e conseguenti a quelli rientranti nelle mansioni proprie del lavoratore e ciò sia richiesto in modo marginale, incidentale e per il completamento del lavoro principale che assume caratteri prevalenti e assorbenti. Anzi, lo svolgimento di tali compiti strumentali sarebbe doveroso, ricollegandosi al dovere di collaborazione che incombe sul prestatore di lavoro subordinato [Cfr. Cass. 25 febbraio 1998, n. 2045, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 980; Cass. 8 giugno 2001, n. 7821, *Not. giuris. lav.*, 2001, p. 695]. Rispetto all'ampiezza da as-

segnare a tale eccezione, però, in giurisprudenza si individuano due diversi indirizzi. Secondo un primo orientamento, meno rigido, cui pare timidamente aderire anche la pronuncia in commento, lo spostamento a mansioni inferiori non riguarda solo casi eccezionali e di emergenza, in cui siano minacciate la sicurezza di persone o cose o la funzionalità dell'apparato produttivo, ma può riguardare anche le ordinarie disfunzioni causate dall'astensione collettiva (Cfr. Cass. 19 luglio 2011, n. 15782, cit.; Cass. 16 dicembre 2009, n. 26368, cit.; Cass. 26 settembre 2007, n. 20164, cit.; Cass. 4 luglio 2002, n. 9709, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, pp. 3 ss., con nota di F. Focareta, *Sostituzione di lavoratori scioperanti con adibizione a mansioni inferiori di lavoratori non aderenti allo sciopero. Contra*, S. Varva, *Il potere organizzativo tra sciopero e crimiraggio*, in *www.aidllass.it*). Viceversa, un secondo indirizzo, più rigoroso, tende a escludere che lo sciopero rientri di per sé tra quei casi eccezionali che possano giustificare un demansionamento, sia pure provvisorio (Cfr. Trib. Venezia 7 luglio 2002, cit.; Trib. Milano 26 aprile 2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, p. 687. In posizione intermedia cfr. Cass. 3 giugno 2009, n. 12811, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 164, con nota di F. Del Vecchio, *Crimiraggio indiretto interno: la Cassazione traccia i confini entro i quali resta legittimo*, altresì in *Guida dir.*, 2009, n. 25, pp. 16 ss., con nota di M. Tatarelli, *Nel limitare gli effetti negativi dell'astensione non si può tenere una condotta antisindacale*).

6. — *Attualità e plurioffensività della condotta antisindacale* — Se l'art. 14 Stat. lav. garantisce lo svolgimento dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro, l'art. 28, disciplinando la repressione della condotta antisindacale, tutela il sindacato contro comportamenti datoriali «diretti a impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, nonché il diritto di sciopero» (Vd. M.G. Garofalo, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli, 1979; R. Scognamiglio, voce *Condotta antisindacale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, pp. 1 ss., e, di recente, G. Perone, *Lo Statuto dei lavoratori*, Utet, Torino, 2010, pp. 171 ss.). A parere della Corte, il «comportamento del datore di lavoro che fa ricadere su altri lavoratori (non scioperanti o addetti a settori non interessati dallo sciopero) le conseguenze negative di uno sciopero mediante il compimento di atti illegittimi lede l'interesse collettivo del sindacato». Anzi, in questo caso lo lede «nella sua essenza», perché, «dividendo gli interessi dei lavoratori e ponendoli in contrasto tra loro e con le organizzazioni sindacali», si incide sulla capacità di queste ultime «di difendere i diritti dei lavoratori mediante la coalizione solidale». Va considerato che l'interesse collettivo posto in capo all'organizzazione sindacale è tutelato dall'art. 28 Stat. lav. in modo distinto e autonomo rispetto a l'interesse dei singoli lavoratori demansionati, che eventualmente potranno agire in un distinto giudizio per chiedere l'accertamento della violazione dell'art. 2103 cod. civ. È evidente come si sia in presenza di un tipico esempio di condotta antisindacale plurioffensiva (In generale, si v. A. Allamprese, *Condotta antisindacale plurioffensiva*, *Arg. dir. lav.*, 2010, II, p. 565). Va segnalato, infine, che a fronte della lamentata insussistenza del requisito dell'attualità della condotta antisindacale, la Corte ha ribadito un costante orientamento (Cfr. Cass. 12 gennaio 2010, n. 23038, in *Guida dir.*, 2011, n. 4, p. 73; Corte d'App. Milano 16 luglio 2009, in *Orient. giur. lav.*, 2010, p. 38; Cass. 26 settembre 2007, n. 20164, cit.; Cass. 6 giugno 2005, n. 11741, in *Arg. dir. lav.*, 2006, II, 2006, II, p. 545, con nota di R. Nunin, *Sul requisito dell'attualità della condotta antisindacale*), secondo cui «il solo esaurirsi della singola azione lesiva del

datore di lavoro non può precludere l'ordine del giudice di cessazione del comportamento illegittimo ove questo, alla stregua di una valutazione globale non limitata ai singoli episodi, risulti tuttora persistente e idoneo a produrre effetti durevoli nel tempo, sia per la sua portata intimidatoria, sia per la situazione di incertezza che ne consegue». Ha ritenuto inoltre che nel caso di specie la condotta abbia «prodotto effetti che perdurano nel tempo, a causa della situazione di incertezza e della connessa incisiva incrinatura della possibilità di esercitare il diritto di sciopero». Ha chiarito, infine, che tale accertamento costituisce un accertamento di fatto, demandato al giudice di merito e incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da adeguata motivazione.

Angelo Delogu
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

TRIBUNALE NAPOLI, 13 aprile 2012, Sez. lav., decr. – Est. Sarracino – Fiom-Cgil (avv.ti Alleva, Focareta, Poli, Ferrara) c. Magneti Marelli Spa (avv.ti Amendolito, Dondi, Favalli, Dirutigliano, De Luca Tamajo, Di Stasio).

Rappresentanza sindacale – Formazione Rsa ex art. 19 Stat. lav. – Contratti collettivi applicati nell'unità produttiva – Mancata sottoscrizione – Lettura costituzionalmente orientata – Altri indici di rappresentatività – Partecipazione alle trattative – Numero di rappresentanti sindacali nell'unità produttiva – Numero di iscritti – Rilevanza.

In un'ottica di interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 19 Stat. lav., la sottoscrizione degli accordi non è che un indice di rappresentatività del sindacato; indice che può essere anche insufficiente in caso di mancata partecipazione alle trattative; ben può il giudice ritenere che la rappresentatività effettiva può essere desunta da indici differenti da quelli della mera sottoscrizione, non solo la partecipazione alle trattative per la stipula del contratto collettivo nazionale, ma anche il numero di rappresentanti sindacali nell'unità produttiva e il numero di iscritti, e dare della norma in esame una interpretazione costituzionalmente orientata. (1)

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

(1) L'INTERPRETAZIONE ADEGUATRICE DELL'ART. 19 STAT. LAV.
TRA GIUDICE ORDINARIO E GIUDICE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Il fatto. — 2. L'interpretazione dell'art. 19 Stat. lav. nella giurisprudenza. — 3. Accordi separati e nuovi profili di incostituzionalità. — 4. I poteri del giudice ordinario.

1. — *Il fatto* — Una tra le più spinose e intricate questioni direttamente correlate alla nuova stagione degli accordi separati concerne senza dubbio l'interpretazione dell'art. 19 Stat. lav., in merito al quale si assiste, dopo un lungo periodo successivo al referendum del 1995, in cui il tema sembrava avere assunto un'importanza tutto sommato relativa nell'ambito della dinamica delle relazioni industriali, a un rinato interesse concreto per le regole di accesso al Titolo III dello Statuto dei lavoratori. Indubbiamente le problematiche che erano emerse già nell'immediatezza della consultazione referendaria (1) sono state in qualche modo temperate dall'estensione del sistema pattizio in materia di Rsu strutturato intorno all'Accordo (2) del lu-

(1) Si veda, per tutti, G. Pera, *Va tutto bene nella norma relativa alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali deliberata dal popolo sovrano?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 448.

(2) E dei relativi protocolli attuativi, come quello del dicembre 1993 per il settore industriale e del luglio 1994 per il settore commerciale. È il caso di precisare fin d'ora che l'Accordo

glio 1993, che, in un quadro di stretta collaborazione tra le principali confederazioni sindacali, ha retto per lungo tempo il sistema di relazioni sindacali italiane, ma che, in un sistema di acceso contrasto, non risulta più in grado di funzionare con la stessa forza.

La vicenda che ha dato luogo al provvedimento in commento si inserisce, come è noto, nell'ambito del rinnovo separato del contratto nazionale 2009 del settore metalmeccanico e della vicenda Fiat. Già oggetto di firma separata nel 2003 (3), il Ccnl settore metalmeccanico era stato nuovamente stipulato da tutte le parti sociali unitariamente nel 2008, per poi tornare, nell'ottobre del 2009 come diretta conseguenza degli Accordi interconfederali di gennaio e aprile 2009 siglati senza l'adesione della Cgil, a essere oggetto di un nuovo accordo senza il consenso della Fiom. E anche l'Accordo del 5 dicembre 2012 per il rinnovo del Ccnl del settore metalmeccanico per il periodo 2013-2015 non è stato sottoscritto dalla Fiom.

Quella del gruppo Fiat è una *querelle*, iniziata con il contratto aziendale legato allo stabilimento Fiat di Pomigliano e sfociata nell'uscita di Fiat dall'orbita del contratto nazionale metalmeccanici e dalla stessa Federmeccanica (4), che senza dubbio, come suggerito da autorevole dottrina, «mette implacabilmente a nudo (e spinge alla soluzione di) alcuni punti irrisolti del diritto sindacale italiano» (5).

Le conseguenze giuridiche direttamente correlate a tale vicenda, e in misura generale al fenomeno degli accordi separati, sono molteplici. Nelle prime decisioni giurisprudenziali dei giudici di merito ne sono state affrontate sostanzialmente due.

Da un lato, quale dovesse essere il rapporto tra il contratto collettivo metalmeccanici del 2008, firmato da tutte le parti sindacali, e quello del 2009, siglato senza l'apporto della Fiom. Sul punto è possibile riscontrare una sostanziale unanimità di vedute da parte della giurisprudenza nel ritenere lecito e produttivo di effetti il Ccnl

del 28 giugno 2011 ha definitivamente sancito la perdurante validità dei precedenti accordi in materia di Rsu.

(3) La vicenda del contratto separato del settore metalmeccanico del 2003, però, non diede luogo a un nutrito conflitto giurisprudenziale. Tra le poche decisioni che si sono occupate dell'argomento è opportuno segnalare Trib. Monza 6 ottobre 2009 – Est. Dani –, in q. *Riv.*, 2010, I, II, p. 188, con nota di F. Aiello, *Accordi separati: casi di prevalenza della precedente disciplina unitaria*. Nella sentenza, che verteva sulle clausole di contingentamento in materia di contratto a termine, il giudice monzese, riconoscendo la validità della clausola di ultrattività, giunse a ritenere valido e produttivo di effetti il contratto del Ccnl metalmeccanici 1999 sottoscritto da Fiom, Fim e Uilm, definendo la Fiom come l'organizzazione che nel settore ha «un numero di iscritti superiore alla somma di Fim e Uilm».

(4) Conviene richiamare schematicamente le tappe della vicenda Fiat-Fiom: 15 ottobre 2009, rinnovo separato Ccnl metalmeccanici con Fim-Cisl e Uilm-Uil; 27 aprile 2010, disdetta da parte di Fiat Group Automobiles di diversi accordi sindacali aziendali; 15 giugno 2010, Accordo di Pomigliano sottoscritto da Fim e Uilm senza la Fiom (22 giugno, consultazione tra i lavoratori dello stabilimento, col 63% di sì); 22 settembre 2010, recesso di Federmeccanica dal Ccnl metalmeccanici 2008 in scadenza il 31 dicembre 2011; 29 settembre 2010, stipulazione di un nuovo art. 4-*bis* del Ccnl metalmeccanici 2009 su intese modificative (clausola ripresa nell'Accordo del 28 giugno 2011); 29 dicembre 2010, contratto di primo livello per Fiat Spa con Fim e Uilm; 17 febbraio 2011, contratto di secondo livello per Fabbrica Italia Pomigliano con Fim e Uilm.

(5) R. De Luca Tamajo, *Accordi di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiano*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 796.

separato (6) del 2009, con una prevalenza di coloro che ritenevano che tuttavia ai lavoratori iscritti alla Fiom dovesse applicarsi il Ccnl 2008 (7), quantomeno fino alla sua naturale scadenza (8).

Dall'altro lato, di fronte a un testo normativo come l'art. 19 post referendum, che consente la costituzione di Rsa soltanto a quelle associazioni sindacali che siano «firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva», quali dovesse essere le conseguenze in relazione alla possibilità di accesso al Titolo III dello Statuto nel momento in cui, a fronte della mancata firma del nuovo contratto collettivo nazionale, un sindacato che gode di sicura rappresentatività non soddisfa il requisito formale previsto dalla legge.

Questa è anche la questione affrontata dal provvedimento in esame, in cui un'impresa metalmeccanica, la Magneti Marelli, controllata Fiat, ha negato il riconoscimento della Rsa Fiom nella propria unità produttiva di Caivano (NA), con conseguente impugnazione da parte dell'associazione esclusa per condotta antisindacale.

La decisione del giudice di Napoli si inserisce tra quelle che ritengono che la Fiom, nonostante non abbia sottoscritto il contratto nazionale del 2009, pur avendo partecipato alle relative trattative, abbia tutto il diritto di formare la propria Rsa (9). A fondamento di tale orientamento, che indubbiamente forza il dato letterale della legge, posto che l'art. 19 Stat. lav. contiene un chiaro riferimento all'elemento della sottoscrizione dell'accordo, sussiste l'idea che la concreta *ratio* della norma in oggetto si fondi sull'effettiva rappresentatività dell'associazione sindacale e sull'effettività dell'azione sindacale all'interno dell'unità aziendale. Tale approccio interpretativo viene sostanzialmente desunto dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che, come è noto,

(6) Sulla questione che conduce a ritenere giuridicamente produttivo di effetti un comportamento, il recesso, durante la vigenza di un accordo contrattuale, soltanto di alcune delle parti contraenti, che nel classico diritto dei contratti avrebbe destato più di qualche perplessità, i giudici di merito non sembrano in realtà proporre una motivazione del tutto convincente, limitandosi a richiamare i principi di libertà sindacale di cui al comma 1 dell'art. 39 Cost.

(7) Appare utile segnalare, peraltro, la presenza di accordi aziendali siglati dalla Fiom che ritengono tuttora applicabile il contenuto normativo del Ccnl 2008 con gli aumenti retributivi previsti dal rinnovato Ccnl 2013 (si vedano i riferimenti in www.fiom.cgil.it).

(8) Ritengono che non dare applicazione al Ccnl 2008 nei confronti degli aderenti Fiom possa configurare una condotta antisindacale: Trib. Torino 20 maggio 2011 – Est. Rocchetti –; Trib. Torino 18 aprile 2011 – Est. Cirvilleri –; Trib. Modena 22 aprile 2011 – Est. Ponterio –; Trib. Torino 26 aprile 2011 – Est. Ciocchetti. Negano invece che tale comportamento configuri una condotta antisindacale Trib. Torino 2 maggio 2011 – Est. Visaggi –; Trib. Ivrea 1° giugno 2011 – Est. Mancini –; Trib. Tolmezzo 18 maggio 2011 – Est. Luongo. Tutti provvedimenti, a quanto consta, inediti.

(9) Tra le sentenze che, con diverse argomentazioni, hanno ritenuto che in ogni caso Fiom abbia diritto a costituire una propria Rsa si vedano: Trib. Torino 14 settembre 2011 – Est. Ciocchetti – in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1360, con nota di R. Del Punta; Trib. Bologna 27 marzo 2012 – Est. Sorgi –; Trib. Bari 20 aprile 2012 – Est. Paziienza –; Trib. Larino 23 aprile 2012 – Est. Aceto –; Trib. Lanciano 30 aprile 2012 – Est. Grilli –; Trib. Verona 8 maggio 2012 – Est. Angeletti –; Trib. Torino 5 giugno 2012 – Est. Salvatori –; Trib. Milano 10 luglio 2012 – Est. Tarantola –; Trib. Trento 27 luglio 2012 – Est. Flaim –. Si veda anche, per il caso della Filcams, Trib. Milano 16 luglio 2012 – Est. Tarantola –, e, per il caso del sindacato Usb, Trib. Civitavecchia 3 febbraio 2011 – Est. Colella. Tutti provvedimenti, a quanto consta, inediti.

nel corso degli anni ha più volte avuto modo di esaminare il testo dell'art. 19, non avendo fin qui, peraltro, rilevato difformità tra il testo normativo e i precetti costituzionali. In particolare, sono le pronunce n. 492/1995 e n. 244/1996 del giudice delle leggi, entrambe emesse dopo la consultazione referendaria del 1995, a servire da essenziale punto di riferimento per il ragionamento del giudice napoletano.

Da qui la convinzione del Tribunale partenopeo secondo cui «ben può il giudice ritenere che la rappresentatività effettiva può essere desunta da indici differenti da quelli della mera sottoscrizione e dare della norma in esame una interpretazione costituzionalmente orientata».

Nel caso di specie, il Tribunale ritiene di poter riscontrare nel sindacato ricorrente quegli indici in grado di dimostrare l'effettività dell'azione sindacale, «attesa non solo la partecipazione dello stesso alle trattative per la stipula del contratto collettivo nazionale, ma anche il numero di rappresentanti sindacali che detto sindacato aveva incontestatamente nell'unità produttiva di Cavano, 4 su 6, e il numero di iscritti».

In sostanza, il giudice *a quo*, peraltro non isolato sul punto (10), ritiene di poter fornire una interpretazione adeguatrice e coerente con i precetti costituzionali, senza dover passare necessariamente da un nuovo vaglio a opera del giudice delle leggi.

La posizione assunta dal Tribunale non è però certamente univoca, se si considera che un buon numero di recenti decisioni ritiene invece di dover rimanere legati alla lettera della norma, con l'impossibilità, quindi, per il sindacato che non abbia sottoscritto il contratto collettivo di poter formare una propria Rsa (11).

La complessità e la indubbia soggettività della questione affrontata impone di chiarire immediatamente la posizione che si cercherà di argomentare nel prosieguo. Se appare condivisibile la posizione del provvedimento in oggetto in merito ai limiti, anche costituzionali, della norma attualmente in vigore, sembra invece si possa avanzare qualche dubbio in relazione alla possibilità che il giudice possa forzare del tutto il dato letterale dell'art. 19. Sul punto appare invece più plausibile la posizione di quella giurisprudenza (12) che ha ritenuto di dover sollevare la questione innanzi alla Corte Costituzionale, la quale sarà quindi chiamata presto a deliberare nuovamente sull'argomento.

(10) In particolare si veda Trib. Bologna 27 marzo 2012, cit., sempre in relazione alla Magneti Marelli Spa, secondo cui «nella situazione attuale è possibile fornire dell'art. 19 una interpretazione estensiva utilizzando lo stesso spirito seguito dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 1996 sul tema».

(11) Hanno ritenuto che Fiom non possa più formare una propria Rsa: Trib. Torino 13 aprile 2012; Trib. Milano 3 aprile 2012; Trib. Lecce 12 aprile 2012; Trib. Torino 13 aprile 2012; Trib. Biella 21 aprile 2012; Trib. Brescia 24 aprile 2012; Trib. Cassino 9 maggio 2012; Trib. Ancona 18 maggio 2012; Trib. Pinerolo 21 maggio 2012 e 23 maggio 2012; Trib. Tolmezzo 28 maggio 2012; Trib. Alba 12 giugno 2012; Trib. Legnano 22 giugno 2012; Trib. Napoli 13 luglio 2012; Trib. Brescia 2 agosto 2012; Trib. Piacenza 10 settembre 2012. Tutti provvedimenti riportati da A. Piccinini, in *Anni dieci: processo alla Fiat*, in www.fiom.cgil.it. Per quanto riguarda il sindacato Usb, nega la possibilità di formare una propria Rsa Trib. Civitavecchia 12 dicembre 2011 – Est. Rossi – inedita, a quanto consta.

(12) Trib. Modena 4 giugno 2012 – Est. Ponterio – e Trib. Vercelli 25 settembre 2012 – Est. Aloj –, che per primi hanno sollevato nuovamente la questione. Nonché, più di recente: Trib. Melfi 28 novembre 2012 – Est. Sciascia –, Trib. Torino 12 dicembre 2012 – Est. Pastore.

2. — *L'interpretazione dell'art. 19 Stat. lav. nella giurisprudenza* — Il dibattito in merito all'art. 19 dello Statuto dei lavoratori nella versione postreferendaria, pur costellato da ampi approfondimenti di dottrina e giurisprudenza, è però fin qui stato affrontato più come argomento strettamente teorico che come questione concretamente foriera di problematiche in grado di scuotere a fondo il sistema di relazioni industriali. Se le decisioni che si sono occupate del problema concernevano per la maggior parte associazioni sindacali minoritarie, anche in quelle occasioni in cui veniva implicata un'associazione confederale storica (13), il problema non sembrava tuttavia mettere in discussione un sistema strutturato intorno a un assetto di relazioni industriali consolidato e gravitante negli ultimi anni intorno a un modello di rappresentanza basato sulle Rsu, introdotte dall'Accordo del 1993.

La giurisprudenza ha però avuto modo di intervenire in diverse occasioni su quale dovesse essere il grado di rappresentatività richiesto dall'art. 19 per accedere ai diritti previsti dalla legislazione di sostegno di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori (14), facendo ampio riferimento ai diversi interventi della Corte Costituzionale nel corso degli anni. In questo senso, è noto il contrastato dibattito giurisprudenziale sulla validità del cd. contratto gestionale, secondo alcuni «indice di una incisiva e concreta effettività della sua specifica forza negoziale» (15), e quindi idoneo a essere considerato anche ai fini di rappresentatività aziendale, e secondo altri, invece, meramente espressione di «un grado di riconoscimento di minore livello» e di un «frammento, ancorché ristretto, di rappresentatività» (16), che non sarebbe però sufficiente a raggiungere il livello richiesto dall'art. 19. Tale secondo orientamento, che, ancorché non condivisibile, può probabilmente definirsi allo stato maggioritario, fonda il proprio ragionamento sul riferimento letterale al «contratto normativo», quale indice di concreta rappresentatività, operato dal giudice delle leggi (17). È peraltro doveroso ricordare fin d'ora che il riferimento al contratto normativo, la cui precisa definizione è peraltro sempre stata oggetto di numerosi dubbi fra gli interpreti, era stato fatto dalla Corte Costituzionale proprio per eliminare il dubbio sollevato dal giudice *a quo* che la norma potesse consentire un intervento connotato da forte soggettività della controparte datoriale, che, tramite un intervento meramente potestativo, potesse finire per scegliere il sindacato aziendale.

(13) È il caso di Cass. 30 luglio 2002, n. 11310, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 192, con nota di M. Pallini, in merito a una causa proposta da Flai-Cgil. Secondo la Suprema Corte non è sufficiente neanche la firma del contratto di settore se, come nel caso di specie, tale contratto non viene effettivamente applicato in azienda.

(14) Giova rammentare che secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale «l'art. 19, legge n. 300/1970, non incide sulla possibilità di costituire rappresentanze sindacali aziendali, ma si limita a definire i requisiti che le Rsa devono possedere per poter usufruire dei diritti sindacali previsti dal Titolo III della legge»: così Cass. 9 aprile 2009, n. 8725, in *Dir. rel. ind.*, 2009, n. 4, p. 1040.

(15) Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 97, con nota di A. Beretta; Cass. 11 gennaio 2008, n. 520, *ivi*, 2009, II, p. 1057, con nota di P. Campanella; Cass. 24 settembre 2004, n. 19271, *ivi*, 2005, II, p. 549, con nota di R. Romei.

(16) Cass. 11 luglio 2008, n. 19275, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 7-8, p. 1130; Cass., Ss.Uu., 11 dicembre 2005, n. 28269, in *Arg. dir. lav.*, 2006, II, p. 1240, con nota di M. Novella; Pret. Milano 31 gennaio 1996, in *Orient. giur. lav.*, 1996, p. 13.

(17) Corte Cost. n. 244/1996.

E infatti un ulteriore riferimento utilizzato dalla Corte Costituzionale ha avuto altrettanta eco tra i giudici ordinari, senza però sollevare problemi interpretativi particolari, ma dando modo alla giurisprudenza di ritenere insufficiente la mera sottoscrizione in adesione a un contratto collettivo che non sia stato oggetto di trattativa diretta. Secondo tale orientamento, infatti, «non è sufficiente la mera adesione formale a un contratto negoziato da altra associazione, ma è necessaria una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto, assumendo rilievo la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro come controparte contrattuale» (18).

Il consolidato orientamento restrittivo della giurisprudenza, che ha finora sempre ancorato la propria lettura interpretativa dell'art. 19 al dato letterale del contratto collettivo «normativo» siglato e applicato nell'unità produttiva, sorvolando a volte sull'effettiva forza rappresentativa del soggetto sindacale, sembra aver subito, nelle più recenti decisioni della giurisprudenza di merito, una sorta di, seppur parziale, *revirement* in senso estensivo, in stretta coincidenza con le vicissitudini storiche legate ai recenti fenomeni di contrattazione separata. E non è certo un caso che tale orientamento dei giudici di merito sia emerso dopo che un sindacato considerato unanimemente il più rappresentativo della sua categoria, come la Fiom, sia stato escluso dalla possibilità di formare Rsa.

In molte delle recenti pronunce si cerca infatti di enucleare criteri che, nonostante il formale richiamo normativo alla sottoscrizione dell'accordo, possano individuare quei soggetti dotati di concreta e oggettiva forza rappresentativa. Gli approcci utilizzati dai giudici sono stati diversi. Se «è vero che in materia di rapporti sindacali vale ed è operante il principio di effettività» (19), in diversi casi la logica motivazionale parte dagli approcci interpretativi della Corte Costituzionale per arrivare alla conclusione che sia necessario garantire il diritto alla costituzione di Rsa «alle organizzazioni sindacali dotate di effettiva rappresentatività in ragione del numero degli iscritti, le quali hanno dimostrato effettività nell'azione sindacale, partecipando attivamente alla fase di formazione del contratto collettivo, pur senza giungere alla successiva fase di sottoscrizione» (20), o anche solo «ai sindacati che hanno partecipato attivamente alla fase di formazione della contrattazione applicata nell'unità produttiva pur senza la necessità di firma dello stesso ogni volta che si possa ricavare agevolmente la rappresentatività dello stesso sindacato» (21). Per superare la mancata sottoscrizione dell'accordo si è anche avuto modo di richiamare la teoria dell'abuso del diritto (22).

(18) Cass. 5 agosto 2010, n. 18260, in *Mass. giust. civ.*, 2010, 9, p. 1185; Cass. 2 dicembre 2005, n. 26239, in *Lav. prev. oggi*, 2005, p. 1455; Trib. Ravenna 27 luglio 2005, in *Giust. civ.*, 2006, 1, p. 195; Trib. Napoli 10 gennaio 2005, in *Leggiditalia.it*, 2005; Corte d'App. Milano 5 settembre 2002, in *Orient. giur. lav.*, 2002, p. 475.

(19) Trib. Torino 14 settembre 2011, cit., che sembra ritenere che tale principio abbia una diretta e immediata conseguenza giuridicamente vincolante.

(20) Trib. Bari 20 aprile 2012, cit., che ricorda come lo stesso comma 2 dell'art. 39 Cost. faccia un diretto riferimento al numero di iscritti.

(21) Trib. Bologna 27 marzo 2012, cit., in un caso che riguardava, proprio come la sentenza in commento, la Magneti Marelli.

(22) Così Trib. Torino 14 settembre 2011, cit., che richiama quell'approccio teorico che suggerisce un diretto riferimento ai principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. ritenuti nel caso di specie violati dall'azienda convenuta.

Certo, non mancano quelle decisioni che rimangono nell'alveo dell'orientamento giurisprudenziale tendente a dare una lettura restrittiva del dettato normativo. In questi casi, il riferimento, più che ai passaggi motivazionali, è normalmente rivolto alle conclusioni dei precedenti interventi della Corte Costituzionale, che hanno tutti respinto le eccezioni di costituzionalità sollevate dai diversi giudici remittenti. Ma vi è anche un diretto legame con il testo letterale dell'attuale art. 19 Stat. lav., con la consapevolezza che «la parola firmatario, senza ulteriore aggettivazione o dubbie sfumature semantiche, si riferisce esattamente a colui (non che può apporre ma) che appone la propria firma su un documento e che, in tal modo, vi aderisce facendolo proprio» (23).

3. — *Accordi separati e nuovi profili di incostituzionalità* — Come è noto, sono diverse le occasioni in cui la Corte Costituzionale ha avuto modo di intervenire in materia di articolo 19 dello Statuto dei lavoratori. Il giudice delle leggi ha sempre avuto modo di ritenere legittima la norma, sia nella versione antecedente che in quella successiva al referendum, respingendo i vari profili di illegittimità sollevati nel corso del tempo (24).

I motivi di censura sollevati concernevano un eventuale contrasto con gli artt. 2, 3 e 39 della Costituzione. L'art. 3 Cost. è stato richiamato sotto il profilo della disparità di trattamento tra associazioni sindacali che siano firmatarie o meno di contratti collettivi, posto che nella norma non vi è un concreto riferimento all'effettivo consenso di cui le stesse associazioni godono fra i lavoratori e, al tempo stesso, facendo presente che la stipula di un contratto collettivo non è «sempre indice di particolare potere rappresentativo del sindacato tale da giustificare l'accesso alla cd. legislazione di sostegno» (25). L'art. 39 è stato richiamato in quanto la norma ricondurrebbe la maggiore rappresentatività delle associazioni sindacali non tanto all'incisività della loro azione, bensì a fattori esterni, e in particolare al «potere di accreditamento del datore di lavoro», con la paventata conseguenza che il sindacato «potrebbe essere portato a privilegiare più che la tutela degli interessi dei lavoratori, la ricerca del consenso della controparte datoriale, con conseguente sviamento rispetto al suo ruolo istituzionale» (26). L'art. 2 dal momento che l'art. 19 potrebbe, di fatto, indurre l'associazione sindacale «a privilegiare l'interesse al proprio riconoscimento, rispetto agli interessi del lavoratore a essa associato» (27), con la conseguente compromissione dei diritti del singolo in quanto parte dell'associazione sindacale medesima.

È noto come la norma censurata sia sempre stata salvata dalla Corte. Il mutato quadro delle relazioni industriali italiane, però, potrebbe comportare una rivisitazione della questione. Il fatto storico che soggetti sindacali indubbiamente molto rappresentativi siano esclusi dal sistema di rappresentanza, cioè, potrebbe concretamen-

(23) Trib. Torino 13 aprile 2012 – Est. Aprile –, cit., in cui il giudice esclude anche di poter trarre dal principio di effettività dell'azione sindacale particolari conseguenze interpretative.

(24) In particolare, la Corte Costituzionale si è occupata della questione, prima del referendum, con le sentenze n. 54/1974; n. 334/1988; n. 30/1990. Per il dopo referendum, che ebbe il via libera della Corte Costituzionale con sentenza n. 1/1994, si vedano: sentenza n. 492 del 1995; sentenza n. 244 del 1996; ordinanze n. 345 del 1996, n. 148 del 1997, n. 76 del 1998.

(25) Corte Cost., ordinanza n. 76/1998.

(26) *Ivi*.

(27) Corte Cost., ordinanza n. 148/1997.

te suggerire di guardare sotto una luce diversa i profili di incongruenza tra la norma in vigore e gli articoli 3 e 39 della Carta costituzionale. Non può, infatti, dimenticarsi come i motivi di censura fin qui sollevati innanzi al giudice delle leggi fossero relativi ad associazioni sindacali già fuori dal sistema di rappresentanza, o perché non riconducibili alla nozione di maggiore rappresentatività, comunque già piuttosto estesa nella lettura della giurisprudenza, o comunque perché non rientranti tra i soggetti rappresentativi storici (28).

In tale contesto, appare verosimile ritenere che nel ragionamento della Corte ci fosse sempre stato un postulato, mai esplicitato del tutto ma alla base di tutti i ragionamenti del giudice costituzionale: che cioè i sindacati confederali, che per prassi si erano sempre mossi unitariamente, avrebbero comunque sempre sottoscritto un contratto collettivo. Le associazioni veramente rappresentative, cioè, avrebbero sempre avuto la possibilità sostanziale di formare Rsa. È come se nonostante l'abrogazione della lett. *a* dell'art. 19 si sia pur indirettamente fatto un riferimento continuo al concetto di maggiore rappresentatività, che, peraltro, la giurisprudenza, a partire da Corte Cost. n. 244/1995, ha sempre considerato autonomo e valido per gli altri profili normativi in cui tale nozione veniva richiamata.

La grande novità è stata la messa in discussione della regola/prassi dell'unità dei soggetti più rappresentativi. L'art. 19, cioè, ha sempre comportato un necessario collegamento con un sistema autonomo, quello di relazioni industriali, che ha per lungo tempo basato il proprio assetto organizzativo sul costante apporto collaborativo delle organizzazioni confederali, ma che oggi si è profondamente modificato.

E allora appare necessario rivalutare sotto nuova luce quel principio che la Corte Costituzionale ha avuto modo di far emergere più volte come elemento fondante della giustificazione costituzionale all'accesso selettivo ai diritti sindacali: quello del grado di effettività della rappresentanza (29).

Il principio della effettività della forza rappresentativa sindacale è stato utilizzato dalla Corte Costituzionale dapprima con riferimento alla maggiore rappresentatività (30), e, successivamente al referendum del 1995, quale sostanziale parametro valutativo dell'unico criterio della firma del contratto collettivo applicato, che, «esteso all'intera gamma della contrattazione collettiva, si giustifica, in linea storico-sociologica e quindi di razionalità pratica, per la corrispondenza di tale criterio allo strumento di misurazione della forza di un sindacato, e di riflesso della sua rappresentatività, tipicamen-

(28) Si trattava di organizzazioni minoritarie normalmente escluse dai processi negoziali: Funtel, Cnisia, Faisa e Cinsal nel caso della sentenza n. 54/74; Sin.Quadri e Cnisia nella sentenza n. 334/88; Assi-Ras per la sentenza n. 30/90; Cub e Flmu per la sentenza n. 244/96; Sulta e Cub per l'ordinanza n. 345/96; Flmu e Cib per l'ordinanza n. 148/97; Cub e Confisal per l'ordinanza n. 76/1988.

(29) Sul punto, in dottrina, si è già avuto modo di suggerire che «considerando che proprio dal punto di vista dell'esperienza delle relazioni industriali, cioè dal punto di vista di quello che la Corte chiama ordinamento sindacale, la rappresentatività della Fiom costituisce un dato di fatto incontrovertibile [...] non si può escludere che potrebbe riproporsi sotto nuova luce il problema del contrasto con il principio di eguaglianza» F. Liso, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, 2, p. 336; *Contra*, A. Tursi, *L'articolo 19 dello Statuto oggi*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, n. 2, p. 439.

(30) Corte Cost. n. 54/1970.

te proprio dell'ordinamento sindacale» (31), senza conseguentemente violare il limite della ragionevolezza. La firma del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, quindi, appare costituzionalmente giustificato quale criterio in grado di far emergere la concreta «effettività rappresentativa» dell'organizzazione sindacale, nell'ambito di un preciso e determinato contesto storico-sociologico delle relazioni industriali.

Ora, il recente fenomeno della contrattazione separata sembra aver inciso, attraverso una modifica della realtà fenomenica delle relazioni sindacali italiane, proprio su tale aspetto, facendo emergere quelle contraddizioni che rimanevano celate nel sistema precedente. E nel nuovo contesto fattuale la disposizione di cui all'art. 19 Stat. lav. sembra ora porsi in netto contrasto con il principio di «effettività rappresentativa», se un soggetto dotato di certa, concreta e misurabile forza rappresentativa, in ipotesi anche maggiore rispetto ai soggetti firmatari del contratto, può essere concretamente estromesso dalla possibilità di formare una Rsa (32). Il solo criterio della sottoscrizione di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, quindi, non appare più in grado di porsi razionalmente quale elemento indicatore del dato di effettività della forza rappresentativa di un soggetto sindacale. Sono cioè emersi quei vizi della norma sotto il profilo costituzionale, in realtà sempre esistiti, ma finora rimasti sostanzialmente occultati dal consolidato assetto del sistema sindacale italiano.

Sul piano del dettato costituzionale appare coinvolta in pieno la sfera di libertà sindacale garantita dall'art. 39, comma 1, sul piano sia individuale che collettivo, e il principio di eguaglianza di cui all'art. 3, posta la sopravvenuta irragionevolezza del requisito di cui all'art. 19 dello Statuto.

4. — *I poteri del giudice ordinario* — Se quindi è possibile concordare con il provvedimento in commento circa l'attuale criticità dell'art. 19 Stat. lav. sotto il profilo della legittimità costituzionale – valutazione evidentemente sottesa alla decisione del Tribunale – appare però più dubbia la possibilità di individuare criteri alternativi a quello formale della sottoscrizione di un contratto collettivo.

Certo, in dottrina da tempo è stato evidenziato come l'art. 19 «alla luce della sua *ratio* andrebbe dunque interpretato come effettiva partecipazione al processo negoziale; se ciò fosse possibile, si realizzerebbe un risultato che sanerebbe le aporie denunciate da chi afferma l'illegittimità della norma: rientrerebbero nella definizione della normativa quelle organizzazioni che hanno effettivamente partecipato al processo contrattuale pur senza partecipare all'accordo e ne sarebbero escluse quelle che hanno firmato per mera adesione, senza partecipare a questo processo» (33).

(31) Corte Cost. n. 244/1996, che vede Luigi Mengoni quale Relatore.

(32) Peraltro, oggi tale possibilità non deve essere vista soltanto con riferimento all'accesso alla legislazione di sostegno, ma anche in relazione al contenuto di cui al recente art. 8 del d.l. n. 138/2011, conv. nella legge n. 148/2011. A prescindere dal fenomeno di «eterogenesi dei fini» in atto, visto che le parti sindacali che hanno a lungo contrastato la norma la utilizzano ora per giustificare la necessità di garantire una presenza sindacale all'interno dei luoghi di lavoro, è necessario ricordare come le Rsa abbiano oggi assunto un ruolo molto più incisivo rispetto al passato, con la possibilità di stipulare accordi aziendali e territoriali con efficacia *erga omnes*.

(33) M.G. Garofalo, *Rappresentanze aziendali e referendum*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 665, peraltro commentando l'ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale e quindi prima di una decisione che invece salvò il testo postreferendario. Alla stessa conclusione è possibile per-

Al di là della possibile e auspicabile estensione interpretativa della nozione normativa, il punto nevralgico che sembra necessario affrontare, però, è se possa rientrare tra i poteri del giudice ordinario forzare la lettera della legge, eludendo il requisito della sottoscrizione dell'accordo. A tal fine, occorre richiamare i più recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza costituzionale in materia di interpretazione cd. adeguatrice del dettato costituzionale.

In effetti, la dottrina è concorde (34) nell'evidenziare una netta evoluzione dell'approccio della Corte Costituzionale a valorizzare l'interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice ordinario. Una prima fase, fino a metà degli anni sessanta, in cui è possibile rinvenire un ruolo preponderante della Corte Costituzionale, con l'implicito invito ai giudicanti di sollevare le questioni ogni volta che sia possibile; una seconda fase in cui si invitano più direttamente i giudici a fare diretto uso del dettato costituzionale quale fonte interpretativa; una terza fase, a partire dalla metà degli anni novanta e tuttora in atto (35), in cui si invitano in modo più pressante i giudici a procedere direttamente a interpretazioni adeguatrici prima di sollevare una eventuale questione di costituzionalità. Tale orientamento consentirebbe al giudice ordinario non soltanto di poter scegliere, fra più interpretazioni possibili, quella conforme al dettato costituzionale, ma anche di «opera[re] una rilettura radicalmente diversa e innovativa della portata della norma, all'unico scopo di adeguarla (interpretazione "adeguatrice") alle esigenze minime ritenute costituzionalmente inderogabili» (36).

Ora, se una tale apertura di credito al giudice ordinario non può che essere di enorme stimolo per il giudice del lavoro, abituato da anni a dare diretta applicazione a principi costituzionali spesso nel completo vuoto normativo, continua, però, a essere necessario valutare quali siano i limiti di tale interpretazione adeguatrice, chiedendosi se la lettera della legge sia un ostacolo superabile o meno dal singolo giudice. La sentenza in commento, infatti, non si limita a dare un'interpretazione costituzionalmente orientata di una norma i cui attuali limiti, anche sotto il profilo costituzionale, sono stati già ampiamente descritti, ma provvede alla sua disapplicazione, sostituendola con diversi

venire adottando l'approccio di altra parte della dottrina, che considera i sindacati storici già legittimati sul piano rappresentativo (G. Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, 1981).

(34) Sul punto si vedano P. Perlingieri, *Interpretazione e legalità costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, 2012, pp. 199 ss.; E. Lamarque, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte Costituzionale e giudici comuni*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 37; G. Sorrenti, *La Costituzione sottointesa*, 2009, in www.cortecostituzionale.it; L. Iannuccilli, *L'interpretazione secundum constitutionem tra Corte Costituzionale e giudici comuni, brevi note sul tema*, 2009, in www.cortecostituzionale.it.

(35) Tale indirizzo del giudice costituzionale viene normalmente fatto risalire a Corte Cost. n. 356/1996, in cui il giudice delle leggi, a fronte di due interpretazioni possibili, una delle quali necessitava però di una pronuncia di illegittimità, affermava che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»; e a Corte Cost. n. 350/1997, in cui si invitava il giudice *a quo* ad andare anche contro il diritto vivente per proporre un'interpretazione ritenuta conforme a Costituzione.

(36) V. Onida, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte Costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 537.

criteri ricavabili interpretativamente dai precetti costituzionali. Il termine «firmatari» di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, infatti, sembra indicare qualcosa di ulteriore e diverso rispetto alla sola partecipazione alla trattativa, indicando il momento, quello della stipulazione, in cui un accordo diviene giuridicamente vincolante. Se quindi appare possibile ritenere che la firma non basti, con la relativa esclusione di chi ha apposto la firma per mera adesione, o vada inserita in un contesto più ampio facendo riferimento anche ad altri parametri, appare più difficile ritenerla ininfluente, senza una dichiarazione in tal senso da parte della Corte Costituzionale.

In realtà, anche in un'ottica di interpretazione adeguatrice a precetti costituzionali sembra plausibile ritenere che il giudice ordinario, di fronte all'impossibilità di superare il tenore letterale di una norma ritenuta contraria a precetti costituzionali, non possa che sollevare la questione di costituzionalità innanzi alla Corte Costituzionale. Tale posizione appare coerente anche con l'orientamento assunto dal giudice delle leggi, posto che il tenore letterale della norma non può non avere alcuna rilevanza in sede interpretativa (37). Ma vi è di più. Ancora più recentemente, infatti, la Corte Costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi, dichiarandone l'incostituzionalità, in merito a una norma il cui tenore testuale non poteva essere superato in sede strettamente ermeneutica (38).

La Corte Costituzionale sarà chiamata presto a valutare nuovamente la questione. Non è dato ovviamente sapere, in relazione a una questione in cui sarebbe sicuramente più utile e certamente auspicabile un intervento risolutivo del legislatore, se la Corte sceglierà di procedere in continuità con il suo precedente orientamento, salvando ancora una volta l'attuale testo dell'art. 19, o se deciderà di intervenire, anche senza esiti traumatici, ma, attraverso una pronuncia interpretativa di accoglimento, magari «limitandosi a riconoscere che la partecipazione attiva alla formazione del contratto collettivo è requisito sufficiente per poter aver accesso al Titolo III; oppure, spingendosi ben oltre, fino ad ammettere che il carattere di sindacato comparativamente più rappresentativo, debitamente ancorato a un requisito associativo/elettivo notevolmente selettivo, sia, di massima, titolo sufficiente per essere ammesso al tavolo negoziale» (39).

Lorenzo Giasanti

*Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano Bicocca*

(37) Si veda Corte Cost., ordinanza n. 322/2001, in cui con un provvedimento di inammissibilità la Corte Costituzionale invitava la Corte di Cassazione a procedere con un'interpretazione costituzionalmente orientata, ma soltanto perché l'interpretazione fatta propria dalla Cassazione, «per un verso si sarebbe formata nel silenzio del dettato normativo – e dunque non sarebbe imposta dal tenore letterale della norma –, mentre per un altro verso non sarebbe rispondente ad alcuna regola generale dell'ordinamento».

(38) Corte Cost. n. 338/2011. Il caso è particolarmente rilevante poiché a sollevare la questione di costituzionalità sono state le Sezioni Unite della Cassazione, che, in materia di indennità di esproprio, hanno dovuto rivedere un'interpretazione particolarmente diffusa in giurisprudenza, e che, però, per superare i dubbi di legittimità costituzionale, forzavano il tenore letterale della norma. La Corte Costituzionale ha ritenuto ammissibile la questione, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 del d.lgs. n. 504/1992.

(39) F. Carinci, *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 144/2012, p. 25, pubblicato in *Arg. dir. lav.*, 2, 2012.

SICUREZZA SOCIALE

CORTE COSTITUZIONALE, 11 ottobre 2012, n. 223 – Pres. Quaranta, Est. Tesauro – A.A. e altri (avv. Angiolini) c. ministero della Giustizia e ministero dell’Economia e delle Finanze (Avv. Stato).

Lavoro pubblico – Trattamenti di fine rapporto – Anzianità dal 1° gennaio 2011 – Esclusione della trattenuta a carico del dipendente – Mancata previsione – Questione di legittimità costituzionale dell’art. 12, comma 10, del d.l. n. 78/2010 – Fondatezza.

È costituzionalmente illegittimo l’articolo 12, comma 10, del d.l. n. 78 del 2010, nella parte in cui non esclude l’applicazione a carico del dipendente della rivalsa pari al 2,50% della base contributiva, prevista dall’art. 37, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 29 dicembre 1973, n. 1032 (Approvazione del Testo Unico delle norme sulle prestazioni previdenziali a favore dei dipendenti civili e militari dello Stato). (1)

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

(1) LE ULTIME NOVITÀ IN MATERIA DI TRATTAMENTO DI FINE SERVIZIO
PER I DIPENDENTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le innovazioni in materia previdenziale introdotte dal decreto legge 31 maggio 2010, n. 78. Passaggio al trattamento di fine rapporto per tutti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, sia pur limitatamente alle anzianità maturate dal 1° gennaio 2011. Incertezze interpretative. — 3. La sentenza della Corte Costituzionale n. 223 del 2012. — 4. Il decreto legge 29 ottobre 2012, n. 185. Ritorno al vecchio trattamento di fine servizio. — 5. Conclusioni.

1. — *Premessa* — La Corte Costituzionale, con decisione n. 223 dell’11 ottobre 2012, ha dichiarato la illegittimità costituzionale di alcune disposizioni normative contenute nel decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di sta-

bilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

In particolare, vasta eco ha suscitato, anche nei principali organi di stampa, la declaratoria di illegittimità dell'art. 9, comma 2, del d.l. n. 78 del 2010, che, a decorrere dal 1° gennaio 2011 e sino al 31 dicembre 2013, disponeva, per i trattamenti economici complessivi dei singoli dipendenti delle amministrazioni pubbliche superiori a 90.000 euro lordi annui, la riduzione del 5% per la parte eccedente il predetto importo fino a 150.000 euro, nonché del 10% per le somme superiori ai 150.000 euro (1).

Le questioni affrontate dalla Corte in tale sentenza sono molteplici (2), ma con la presente nota intendiamo soffermarci esclusivamente sui riflessi previdenziali conseguenti alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 12, comma 10, del citato d.l. n. 78 del 2010, nella parte in cui – pur estendendo il regime di cui all'art. 2120 del codice civile, ai fini del computo dei trattamenti di fine rapporto per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, alle anzianità contributive maturate a fare tempo dal 1° gennaio 2011 – non ha escluso l'applicazione, a carico del dipendente, della rivalsa pari al 2,50% della base contributiva, già prevista dall'art. 37, comma 1, del d.P.R. n. 1032 del 1973.

Per una migliore comprensione della complessa vicenda esaminata dalla Consulta, va premesso che il trattamento previdenziale spettante ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, sino all'approvazione della legge 8 agosto 1995, n. 335, era costituito esclusivamente dalla indennità di buonuscita, disciplinata per i dipendenti del comparto statale dal d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1032, e dalla indennità premio di servizio, riconosciuta ai dipendenti del comparto enti locali dalla legge 8 marzo 1968, n. 152.

(1) Al riguardo, cfr. S.M. Cicconetti, *Dipendenti pubblici e principio di eguaglianza: i possibili effetti a catena derivanti dalla sentenza n. 223 del 2012 della Corte Costituzionale*, in www.giurcost.org.

(2) Per cogliere la portata della decisione n. 223 del 2012 della Consulta, è sufficiente evidenziare che la medesima è stata resa nei giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 9, commi 2, 21 e 22, e 12, commi 7 e 10, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, promossi, rispettivamente, dal Tribunale amministrativo regionale della Campania, Sezione distaccata di Salerno, con ordinanza del 23 giugno 2011, dal Tribunale amministrativo regionale del Piemonte con ordinanza del 28 luglio 2011, dal Tribunale amministrativo regionale del Veneto con ordinanza del 15 novembre 2011, dal Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento con ordinanza del 14 dicembre 2011, dal Tribunale amministrativo regionale della Sicilia con ordinanza del 14 dicembre 2011, dal Tribunale amministrativo regionale dell'Abruzzo, Sezione di Pescara, con ordinanza del 13 dicembre 2011, dal Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria con due ordinanze del 25 gennaio 2012, dal Tribunale amministrativo regionale della Sardegna con ordinanza del 10 gennaio 2012, dal Tribunale amministrativo regionale della Liguria con ordinanza del 10 gennaio 2012, dal Tribunale amministrativo regionale della Calabria, Sezione distaccata di Reggio Calabria, con due ordinanze del 1° febbraio 2012, dal Tribunale amministrativo regionale della Emilia-Romagna, Sezione distaccata di Parma, con ordinanza del 22 febbraio 2012, dal Tribunale amministrativo regionale della Lombardia con ordinanza dell'11 gennaio 2012 e dal Tribunale amministrativo regionale della Liguria con ordinanza del 10 gennaio 2012, rispettivamente iscritte ai nn. 219 e 248 del registro ordinanze 2011 e ai nn. 11, 12, 20, 46, 53, 54, 56, 63, 74, 75, 76, 81 e 94 del registro ordinanze 2012 e pubblicate nella *Gazz. Uff.* nn. 44 e 50, prima serie speciale, dell'anno 2011 e nn. 7, 9, 14, 15, 17, 18, 19 e 21, prima serie speciale, dell'anno 2012.

Queste due prestazioni si differenziano notevolmente sia dalla indennità di anzianità, erogata dagli enti pubblici non economici, in qualità di datori di lavoro, ai propri dipendenti *ex* legge n. 70 del 1975, sia dal trattamento di fine rapporto civilistico.

In primo luogo, sotto l'aspetto soggettivo, perché vengono erogate da un Ente diverso e distinto rispetto al datore di lavoro (3).

In ordine, poi, alle modalità di finanziamento, è previsto il versamento di un'aliquota a carico del datore di lavoro, con successiva rivalsa a carico del dipendente (4).

Infine, la prestazione è pari a una quota dell'ultima retribuzione percepita, da intendersi in senso restrittivo, e cioè comprensiva dei soli emolumenti ritenuti utili dalla legge, moltiplicata per tutti gli anni di servizio (5).

Per le caratteristiche sopra menzionate – anche se in dottrina e nella più diffusa manualistica di legislazione e previdenza sociale scarsa o nulla attenzione viene dedicata alla indennità di buonuscita e alla indennità premio di servizio – è indubbia la loro natura previdenziale, così come più volte affermato in giurisprudenza (6).

L'art. 2, comma 5, della legge 8 agosto 1995, n. 335, successivamente, ha mutato notevolmente il quadro normativo prevedendo, per i lavoratori assunti a far tempo dal 1° gennaio 1996 alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, un trattamento previdenziale ancorato alla disciplina prevista dall'art. 2120 cod. civ. in tema di trattamento di fine rapporto.

Tale importante passaggio dal trattamento di fine servizio – connotato, ripetesì, da un finanziamento con aliquota a carico del datore di lavoro e del dipendente in servizio e da un meccanismo di computo legato alle ultime retribuzioni percepite – al trattamento di fine rapporto – con accantonamento di una percentuale della retribuzione contributiva utile poi rivalutata – non è stato immediato.

I successivi commi 6 e 7 del citato art. 2 della riforma Dini, infatti, rinviavano le modalità di attuazione di tale passaggio alla contrattazione collettiva nonché a un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro per la Funzione Pubblica, di concerto con il ministro del Tesoro e con il ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, da emanarsi entro trenta giorni.

(3) In passato l'Enpas per la indennità di buonuscita e l'Inadel per la indennità premio di servizio. Successivamente tali trattamenti sono stati erogati dall'Inpdap, succeduto a detti Enti disciolti *ex* d.lgs. n. 479/1994. Oggi vengono erogati dall'Inps, a sua volta succeduto al disciolto Inpdap *ex* d.l. n. 201/2011.

(4) Per la indennità di buonuscita tale aliquota è fissata dall'art. 37 del d.P.R. n. 1032 del 1973 nella misura pari al 9,60% complessivo della base contributiva utile, di cui il 2,50% a carico del dipendente; per la indennità premio di servizio, invece, l'aliquota è pari al 6,10% complessivo della base contributiva utile, di cui il 2,50% a carico del dipendente, ai sensi dell'art. 11, comma 3, della legge n. 152 del 1968.

(5) L'indennità di buonuscita è pari a tanti dodicesimi della base contributiva – costituita dall'80 per cento dell'ultimo stipendio, paga o retribuzione annui, considerati al lordo, di cui alle leggi concernenti il trattamento economico del personale iscritto al Fondo, nonché dei soli assegni tassativamente previsti – moltiplicati per gli anni di servizio computabili (artt. 3 e 38 del d.P.R. n. 1032 del 1973). La indennità premio di servizio, invece, è pari a un quindicesimo della retribuzione contributiva utile degli ultimi dodici mesi, considerata in ragione dell'80%, per ogni anno di iscrizione (art. 4, legge n. 152/1968).

(6) Cfr., tra le tante, Cass. 13 luglio 2011, n. 17768, nonché Cass., Ss.Uu., sentenza n. 14 del 2007, *ivi* citata.

Tale termine, però, non veniva rispettato e il legislatore – con gli articoli 59, comma 56, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e 26, commi 18 e 19, della legge 23 dicembre 1998, n. 448 – ridefiniva i contenuti dell'emanando d.P.c.m. legando, sostanzialmente, il passaggio al trattamento di fine rapporto alla disciplina in tema di previdenza complementare.

Finalmente, con d.P.c.m. 20 dicembre 1999, pubblicato nella *Gazz. Uff.*, 15 maggio 2000, n. 111 – sulla scorta di quanto definito in materia di trattamento di fine rapporto e di previdenza complementare per i dipendenti pubblici dal precedente Accordo quadro nazionale del 29 luglio 1999, pubblicato nella *Gazz. Uff.* del 27 agosto 1999, n. 201 –, si è data concreta attuazione alla previsione già contenuta nella legge n. 335 del 1995.

Ovvero, con l'art. 2, comma 2, di tale d.P.c.m. del 20 dicembre 1999 (nel testo modificato a opera dell'art. 1, del successivo d.P.c.m. 2 marzo 2001, pubblicato nella *Gazz. Uff.*, 23 maggio 2001, n. 118) è stata disposta, nei confronti del personale assunto a tempo indeterminato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni successivamente alla data del 31 dicembre 2000, l'applicazione delle regole civilistiche in materia di trattamento di fine rapporto.

Per i periodi di lavoro prestato a tempo determinato, invece, il passaggio al trattamento di fine rapporto veniva fissato dall'art. 1, comma 9, del citato d.P.c.m. al momento della entrata in vigore di tale decreto, cioè al 30 maggio 2000.

Alla luce di quanto sopra detto, possiamo dire che il trattamento previdenziale dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, sino a due anni fa, era connotato da un duplice regime:

- trattamento di fine servizio, secondo le norme di cui al d.P.R. n. 1032 del 1973 o della legge n. 152 del 1968 a seconda del comparto di appartenenza, per i dipendenti assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato sino al 31 dicembre 2000;

- trattamento di fine rapporto, ex art. 2120 cod. civ., per quelli assunti a tempo indeterminato successivamente a tale data, ovvero titolari di rapporto di lavoro a tempo determinato alla data del 30 maggio 2000.

2. — *Le innovazioni in materia previdenziale introdotte dal decreto legge 31 maggio 2010, n. 78. Passaggio al trattamento di fine rapporto per tutti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, sia pur limitatamente alle anzianità maturate dal 1° gennaio 2011. Incertezze interpretative* — Ebbene, tale disciplina previgente è stata modificata dal d.l. n. 78 del 2010, il quale, all'art. 12, comma 10, ha disposto testualmente che:

«con effetto sulle anzianità contributive maturate a decorrere dal 1° gennaio 2011, per i lavoratori alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (Istat) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, per i quali il computo dei trattamenti di fine servizio, comunque denominati, in riferimento alle predette anzianità contributive non è già regolato in base a quanto previsto dall'articolo 2120 del codice civile in materia di trattamento di fine rapporto, il computo dei predetti trattamenti di fine servizio si effettua secondo le regole di cui al citato articolo 2120 del codice civile, con applicazione dell'aliquota del 6,91 per cento».

Dunque, per le anzianità utili maturate dal 1° gennaio 2011, il computo di tutti i trattamenti di fine servizio dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni andava calcolato secondo le regole di cui all'art. 2120 cod. civ., con applicazione dell'ali-quota del 6,91%.

Tale previsione aveva a oggetto anche il personale in regime di diritto pubblico, *ex* art. 3, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Pertanto, in forza di tale decreto, la determinazione del complessivo trattamento previdenziale nel comparto pubblico era pari alla somma di due quote:

a) la prima, relativa alle anzianità maturate dalla data di assunzione sino al 31 dicembre 2010, determinata secondo le vecchie disposizioni in tema di trattamento di fine servizio (d.P.R. n. 1032 del 1973 ovvero legge n. 152 del 1968 a seconda del comparto di appartenenza del dipendente), *id est* pari a una quota della retribuzione contributiva utile percepita negli ultimi mesi moltiplicata per tutti gli anni di lavoro;

b) la seconda, relativa alle anzianità successive alla predetta data del 31 dicembre 2010, pari all'accantonamento del 6,91% delle retribuzioni annue, successivamente rivalutato.

La coesistenza di tale doppio regime previdenziale, nonché la non felice formulazione dell'art. 12, comma 10, del d.l. n. 78 del 2010, a ben vedere estremamente sintetica rispetto alle rilevanti problematiche sottese, davano luogo, da subito, ad alcune incertezze interpretative.

Schematizzando, può dirsi che, sostanzialmente, tre erano le opzioni ermeneutiche che si contendevano il campo, al fine di definire la natura giuridica della nuova prestazione previdenziale spettante ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, così come risultante dalle novità introdotte dal legislatore nel 2010.

Secondo una prima impostazione (7), che potremmo definire più prudente, la nuova disciplina non avrebbe modificato la natura della prestazione, ma avrebbe inciso solamente sul meccanismo di computo delle annualità successive al 2010.

A sostegno di tale interpretazione veniva richiamata, innanzitutto, la lettera della disposizione, a tenore della quale i «trattamenti di fine servizio» sono disciplinati in base a quanto disposto dall'art. 2120 cod. civ.

Inoltre, veniva sottolineata la differente tecnica legislativa utilizzata nella legge n. 335/1995 – la quale, in modo puntuale e analitico, al fine di estendere il trattamento di fine rapporto a nuovi assunti rinviava, come detto, sia a un apposito d.P.c.m. che alla contrattazione collettiva – rispetto a quella che connota il d.l. n. 78 del 2010.

In tale decreto, infatti, nulla veniva previsto in ordine al contributo di finanziamento, al suo riparto tra datore di lavoro e dipendente, agli emolumenti utili nonché in ordine al regime fiscale applicabile.

Tutti elementi, questi, che difficilmente avrebbero potuto omettersi nel caso di una così rilevante trasformazione della natura giuridica della prestazione.

Secondo altra ricostruzione (8), più innovativa, la novella del 2010 avrebbe esplicato un chiaro effetto novativo dell'istituto previdenziale di cui trattasi, da ritenere ormai, sotto ogni profilo, un vero e proprio trattamento di fine rapporto.

(7) A questa prima tesi ha aderito l'*ex* Inpdap con circolare n. 17 dell'8 ottobre 2012 della Direzione centrale previdenza.

(8) In tal senso, cfr. Tar Reggio Calabria, sentenza n. 53 del 18 gennaio 2012, in *www.giustiziaamministrativa.it*. Secondo l'*iter* argomentativo di tale decisione: «... il comma 10 dell'art. 12

In modo coerente, il richiamo alla disciplina contenuta nell'art. 2120 del cod. civ. in tema di trattamento di fine rapporto non avrebbe consentito in alcun modo di applicare disposizioni contenute nei vecchi testi relativi al trattamento di fine servizio, pena un risultato peggiore per il lavoratore pubblico rispetto a quello del settore privato, con la conseguente violazione dell'art. 36 Cost.

A ben vedere, la scelta di una delle due opzioni ermeneutiche non era meramente teorica, ma riguardava anche e soprattutto il cd. meccanismo di finanziamento della prestazione e la definizione della retribuzione contributiva utile ai fini della liquidazione della prestazione.

Sotto l'aspetto contributivo è evidente che l'applicazione dell'aliquota del 2,50% a carico del dipendente poteva trovare giustificazione solo se la natura della prestazione veniva ricondotta al vecchio trattamento di fine servizio, e ciò in quanto la disciplina codicistica del trattamento di fine rapporto non prevede tale prelievo.

Anche per quanto attiene alla liquidazione della prestazione, però, i risultati conseguenti all'accettazione dell'una o dell'altra tesi erano differenti.

In altre parole, ritenere la prestazione sostanzialmente un trattamento di fine servizio comportava la restrizione della base di computo, anche per le annualità successive al 2010, ai soli emolumenti previsti dagli articoli 38 del d.P.R. n. 1032 del 1973 e 11 della legge n. 152 del 1968, con la totale esclusione delle voci indicate dalle singole contrattazioni collettive di comparto.

In una posizione che potremmo definire intermedia tra quelle sopra riportate si è posto il Tribunale amministrativo regionale per l'Umbria (9), tracciando una nuova via interpretativa, nel senso che, pur evidenziando l'indubbia novità recata dall'art. 12, comma 10, del d.l. n. 78 del 2010, non è giunto a ravvisare un'antinomia logica così netta tra il citato art. 12, comma 10, del d.l. n. 78 del 2010 e la rivalsa nei confronti del dipendente, espressamente prevista ai sensi dell'art. 37 del d.P.R. n. 1032 del 1973.

Ebbene, proprio sulla base di questa astratta compatibilità della vecchia disciplina del trattamento di fine servizio, connotata, ripetesì, dalla rivalsa del 2,50% ex art. 37 del d.P.R. n. 1032 del 1973, con quella nuova in tema di trattamento di fine rapporto, il Tar umbro ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 10, del d.l. n. 78 del 2010.

citato non fa salva la rivalsa del 2,50%, come, invece, aveva chiarito lo stesso legislatore nei precedenti interventi modificativi della disciplina preesistente (cfr. l'art. 18 della legge n. 75/1980), conformemente al noto brocardo *ubi lex voluit, dixit*.

Secondo i consueti principi in tema di successione delle leggi nel tempo, la legge posteriore abroga la legge anteriore e, dunque, a decorrere dal 1° gennaio 2011 la ritenuta per il trattamento di fine servizio non sarà più del 9,60 sull'80% della retribuzione (gravante nella misura del 7,10% sul datore di lavoro e del 2,50% sul lavoratore), bensì, esaustivamente, del 6,91% sull'intera retribuzione: ne consegue che a decorrere dalla suddetta data del 1° gennaio 2011 non ha più titolo a essere effettuata la ritenuta del 2,50% sull'80% della retribuzione a carico dei dipendenti pubblici».

Con tale decisione, pertanto, il Tar Reggio Calabria concludeva dichiarando non dovuta la ritenuta imposta dall'Ente previdenziale, condannandolo, per l'effetto, alla restituzione degli accantonamenti già eseguiti.

(9) Tar Umbria, Sez. I, ordinanza n. 11 del 2012, in www.giustizia-amministrativa.it.

Ciò sul presupposto, come sostenuto testualmente nell'ordinanza di rimessione, che: «il protrarsi del prelievo del 2,50% nella nuova disciplina concernente il trattamento di fine servizio contrasta con il principio di eguaglianza e con l'art. 36 della Costituzione, consentendo allo Stato datore di lavoro una riduzione dell'accantonamento, illogica anche perché in nessuna misura collegata con la qualità e quantità del lavoro prestato».

3. — *La sentenza della Corte Costituzionale n. 223 del 2012* — È in tale complesso contesto normativo che va collocata la decisione della Corte Costituzionale, in rassegna con la quale, limitandone l'analisi al solo aspetto previdenziale contenuto al n. 14 del considerato in diritto, è stata dichiarata fondata, tra l'altro, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 10, del d.l. n. 78 del 2010, sollevata con riferimento agli articoli 3 e 38 Cost., nella parte in cui non esclude l'applicazione a carico del dipendente della rivalsa pari al 2,50% della base contributiva, prevista dall'art. 37, comma 1, del d.P.R. n. 1032 del 1973.

Va subito detto che tale sentenza non può essere definita di mero accoglimento, in quanto lascia immutato il testo della disposizione, censurandone solamente la mancata esclusione di una specifica norma da esso desumibile in via interpretativa.

Per tale motivo, la decisione, richiamando una tradizionale dottrina (10), può essere ricondotta alla categoria delle sentenze additive con le quali, appunto, viene censurata la norma proprio «nella parte in cui non» dispone ciò che invece andava previsto come costituzionalmente necessario.

Più volte, a ben vedere, la Corte Costituzionale ha pronunciato sentenze additive proprio in materia di previdenza e sicurezza sociale, in particolare con riferimento al trattamento speciale di disoccupazione per i lavoratori agricoli, in tema di computo della indennità integrativa speciale su plurimi trattamenti pensionistici, in merito ai trattamenti pensionistici di reversibilità ovvero per la fattispecie della iscrizione nelle liste di mobilità da parte dei lavoratori che fruiscono dell'assegno o della pensione di invalidità (11).

(10) Cfr., T. Martines, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1994, p. 600.

(11) Cfr. Corte Cost., sentenza n. 288/1994: illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4, del d.l. 21 marzo 1988, n. 86, nella parte in cui, per i lavoratori agricoli aventi diritto al trattamento speciale di disoccupazione, non ha previsto, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto medesimo, un meccanismo di adeguamento dell'indennità ordinaria; Corte Cost., sentenza n. 494/1994: illegittimità costituzionale dell'art. 99, comma 2, del d.P.R. n. 1092 del 1973, nella parte in cui non prevede che, nei confronti del titolare di due pensioni, pur restando vietato il cumulo delle indennità integrative speciali, debba comunque farsi salvo l'importo corrispondente al trattamento minimo di pensione previsto per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti; Corte Cost., sentenza n. 495/1993: illegittimità costituzionale dell'art. 22 della legge 21 luglio 1965, n. 903, nella parte in cui non ha previsto che la pensione di reversibilità sia calcolata in proporzione alla pensione diretta integrata al trattamento minimo già liquidata al pensionato o che l'assicurato avrebbe comunque diritto di percepire; Corte Cost., sentenza n. 264/1994: illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 8, della legge 29 maggio 1982, n. 297, nella parte in cui non prevede che, nel caso di esercizio durante l'ultimo quinquennio di contribuzione di attività lavorativa, meno retribuita, da parte di lavoratore che abbia già conseguito la prescritta anzianità contributiva, la pensione liquidata non possa essere comunque inferiore a quella che sarebbe spettata al raggiungimento dell'età pensionabile, esclu-

Queste sentenze additive, a loro volta – al pari di quelle cd. di accoglimento parziale (ovvero limitate a parte del testo) e di quelle cd. sostitutive (con le quali si censura la norma nella parte in cui prevede *a* anziché *b*) –, sono *species* della più ampia categoria delle cd. sentenze manipolative di accoglimento, le quali non si limitano a dichiarare *tout court* la incostituzionalità della intera disposizione censurata (12).

Ciò premesso, in linea generale, ritornando al contenuto della decisione in rassegna può dirsi che l'addizione operata dalla Corte Costituzionale, *rectius* l'annullamento di una omissione, è avvenuta, per così dire, «a rime obbligate», nel senso che il verso mancante, nella fattispecie la esclusione della rivalsa a carico del dipendente, era stato indicato dal giudice remittente (13).

La Consulta, infatti, tra le varie opzioni ermeneutiche sopra richiamate, ha ritenuto condivisibile il quadro normativo tratteggiato dal Tribunale amministrativo regionale per l'Umbria nella ordinanza di rimessione degli atti.

In particolare, nella parte motiva della decisione viene chiarito che l'art. 12, comma 10, non contiene affatto una nuova disciplina, organica ed esaustiva, delle prestazioni previdenziali spettanti ai dipendenti della pubblica amministrazione.

Dunque, nessun effetto novativo può attribuirsi a tale recente novella, che, pertanto, non ha affatto abrogato *in toto* la vecchia disciplina.

Non solo.

La mancata esclusione della trattenuta a carico del lavoratore, poi, non può consentire di invocare l'utilizzo dell'argomento *a silentio* per giungere a una interpretazione costituzionalmente orientata, così come, di contro, aveva suggerito il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria nella sentenza n. 53/2012 sopra richiamata.

Da ciò ne consegue, sempre secondo l'*iter* argomentativo della Corte, un'astratta compatibilità, anche per le annualità successive al 2011, tra il nuovo regime previdenziale e la vecchia normativa in tema di indennità di buonuscita con ogni effetto, anche ai fini del perdurare della trattenuta del 2,50% a carico del dipendente, così come già previsto dall'art. 37 del d.P.R. n. 1032 del 1973.

Non può negarsi, però, che la estensione del regime di cui all'art. 2120 cod. civ., sia pure per le annualità maturate a far tempo dal 1° gennaio 2011, dovrebbe com-

dendo dal computo i periodi di minor contribuzione; Corte Cost., sentenza n. 218/1995: illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 7, del d.l. n. 148 del 1993 e dell'art. 1 della legge n. 236 del 1993, nella parte in cui non prevedono che all'atto della iscrizione nelle liste di mobilità i lavoratori che fruiscono dell'assegno o della pensione di invalidità possono optare tra tali trattamenti e quello di mobilità; Corte Cost. sentenza n. 107/2012: illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 210/1992 nella parte in cui non prevede il diritto a un indennizzo nei confronti di coloro i quali abbiano subito le conseguenze previste dallo stesso art. 1, comma 1, a seguito di vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia (in q. *Riv.*, 2012, n. 3, II, pp. 604 ss., con nota di A. Federici.

(12) Cfr., in tal senso, R. Bin e G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 474 ss., nonché G. de Vergottini, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2012 p. 721.

(13) R. Bin e G. Pitruzzella, *op. cit.*, p. 475, ritengono che: «la Corte non è libera di inventare la norma da aggiungere al significato normativo della disposizione. Infatti, è il giudice remittente a indicare il verso dell'addizione [...] La Corte, come è usuale dire con una metafora poetica, procede perciò per rime obbligate: integra il testo legislativo completando il verso scritto dal legislatore aggiungendo quella parola che, sola, può far tornare il calcolo delle rime – cioè, fuori di metafora, la coerenza sistematica dell'ordinamento».

portare, a rigore e in ossequio ai principi civilistici in tema di trattamento di fine rapporto, l'applicazione della sola aliquota del 6,91% sulla intera retribuzione, senza nessuna ulteriore decurtazione a carico del lavoratore dipendente.

Di contro, la vigenza della trattenuta nella misura del 2,50%, operata a titolo di rivalsa ex art. 37 del d.P.R. n. 1032 del 1973, consente alla pubblica amministrazione una riduzione dell'accantonamento del tutto irragionevole, perché non legata in modo diretto ed esclusivo con la qualità e la quantità del lavoro prestato.

Oltre a tale profilo, la Consulta ravvisa un ulteriore aspetto di incostituzionalità della disposizione censurata, per violazione degli articoli 3 e 38 della Costituzione, in quanto la stessa determina per i dipendenti pubblici un ingiustificato trattamento inferiore rispetto a quelli del comparto privato, i quali, come abbiamo detto sopra, non subiscono in tema di trattamento di fine rapporto alcuna rivalsa da parte del datore di lavoro.

Sulla scorta di tali argomentazioni, la Consulta ha ritenuto dunque illegittima la disposizione censurata nella parte in cui non ha escluso l'applicabilità della rivalsa del 2,50% a carico del dipendente.

Le argomentazioni sopra richiamate, a ben vedere, avrebbero potuto indurre la Corte Costituzionale a emanare un sentenza cd. additiva di principio, con la quale rimandare la concreta attuazione del precetto costituzionalmente corretto all'intervento del legislatore.

In tal modo, l'impatto sulla spesa previdenziale, derivante dalla maggiore contribuzione del 2,50% a carico delle amministrazioni pubbliche, poteva graduarsi in modo meno traumatico, anche in considerazione dell'attuale congiuntura economica.

Tale strada, a ben vedere, era stata già percorsa dalla Consulta con la sentenza n. 243 del 1993 in tema di computo della indennità integrativa speciale nei trattamenti di fine servizio.

In tale ultima decisione, infatti, veniva puntualizzato che: «L'adeguamento alla legalità costituzionale non si può ottenere neppure – al contrario di quanto ritiene la maggior parte dei giudici *a quibus* – mediante una pronuncia additiva di questa Corte alla quale consegua un puro e semplice inserimento dell'indennità in questione nella base di computo del trattamento di fine rapporto. Una simile operazione compenserebbe lo squilibrio già evidenziato, ma – rimanendo invariate tutte le altre modalità di calcolo delle indennità di fine rapporto, come pure le discipline attinenti ai contributi a carico dei lavoratori e dei datori di lavoro – ne potrebbe creare altri, anche se in direzione opposta».

Inoltre, al fine di rendere effettivo il principio affermato, in tale sentenza veniva anche puntualizzato che: «considerato che lo stesso legislatore dovrà provvedere al reperimento e alla destinazione delle risorse occorrenti a far fronte agli oneri finanziari che ne conseguono, la predisposizione dei suddetti meccanismi di omogeneizzazione dovrà essere avviata in occasione della prossima legge finanziaria, o comunque nella prima occasione utile per l'impostazione e la formulazione di scelte globali della politica di bilancio. Naturalmente ove ciò non avvenisse, oppure se i tempi del graduale adeguamento alla legalità costituzionale si prolungassero oltre ogni ragionevole limite, ovvero, se i principi enunciati nella presente decisione risultassero disattesi, questa Corte, se nuovamente investita del problema, non potrebbe non adottare le decisioni a quella situazione appropriate».

La natura di tale decisione, che potremmo definire «additiva di principio», consentiva, ripetesi, di coniugare la tutela di valori costituzionalmente rilevanti con la necessità di reperire le maggiori risorse conseguenti al *dictum* giurisprudenziale.

4. — *Il decreto legge 29 ottobre 2012, n. 185. Ritorno al vecchio trattamento di fine servizio* — La decisione meramente additiva della Consulta in rassegna, di contro – nel confermare la legittimità del passaggio dal trattamento di fine servizio a quello di fine rapporto purché in assenza di rivalsa a carico del dipendente –, ha determinato un immediato e notevole aggravio della spesa previdenziale (14).

In altre parole, all'indomani della sentenza in rassegna le amministrazioni pubbliche avrebbero dovuto garantire, da subito, la maggiore copertura contributiva pari al 2,50% della retribuzione utile ai fini previdenziali, non più imputabile, a titolo di rivalsa, ai dipendenti.

Si è realizzato, dunque, un risultato diametralmente opposto a quello che si era prefisso il legislatore, che, non a caso, aveva inserito la disposizione censurata dalla Consulta tra le cd. «Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica».

Da qui la necessità di un immediato intervento con decretazione d'urgenza che, seppur formalmente destinato a dare attuazione alla decisione n. 223 del 2012 della Corte Costituzionale e dunque a recepirne le ultime novità, sostanzialmente ha rappresentato un ritorno al passato in tema di trattamento previdenziale per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

La preoccupazione di emanare misure immediate, comunque finalizzate alla salvaguardia degli obiettivi di finanza pubblica, ha prevalso sulle esigenze di ordine sistematico.

Con l'art. 1 del d.l. 29 ottobre 2012, n. 185 (15), infatti, è stata disposta la immediata abrogazione, a decorrere dal 1° gennaio 2011, dell'art. 12, comma 10, del d.l. n. 78 del 2010.

Per l'effetto, tutte le liquidazioni dei trattamenti previdenziali effettuate sino alla data di entrata in vigore del citato decreto legge vengono ora riliquidate ai sensi della previgente disciplina in tema di trattamento di fine servizio.

In altre parole, l'abrogazione, con effetto dal 1° gennaio 2011, dell'art. 12, comma 10, del d.l. n. 78 del 2010 ha determinato l'applicazione della vecchia normativa di cui al d.P.R. n. 1032 del 1973, per i dipendenti del comparto statale, e quella di cui alla legge n. 152 del 1968 per i dipendenti del comparto enti locali, anche relativamente alle annualità del 2011 e 2012.

Conseguentemente, la prestazione previdenziale non sarà più pari all'accantonamento annuale di una quota della retribuzione, ma sarà parametrata alla retribuzione utile percepita negli ultimi mesi prima del collocamento a riposo, moltiplicata per tutti gli anni di servizio.

(14) Secondo alcune organizzazioni sindacali, la restituzione ai circa 3 milioni e 400 mila dipendenti di quanto trattenuto avrebbe comportato un onere superiore ai 3 miliardi di euro.

(15) Le disposizioni contenute in tale decreto sono state successivamente riportate nell'art. 1, commi 98, 99 e 100, della legge 24 dicembre 2012, n. 22 (cd. legge di stabilità per il 2013), ottenendo così la definitiva conversione in legge.

Per quanto attiene, poi, alle liquidazioni già effettuate ai sensi della normativa dichiarata incostituzionale, l'art. 1, comma 1, del d.l. n. 185 del 2012 ne dispone la ri-liquidazione d'ufficio entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto stesso.

In ogni caso, però, non si procederà al recupero delle somme erogate in eccedenza per effetto della previgente normativa.

Tale disposizione, con evidente finalità deflattiva del contenzioso, esclude in radice un interesse a ricorrere in capo agli ex dipendenti che, sotto tale profilo, dunque, non appaiono legittimati a sollevare, in via incidentale, una ulteriore questione di costituzionalità del d.l. n. 185 del 2012, sotto il profilo di una sua manifesta irragionevolezza per la disposta efficacia retroattiva.

Da quanto sopra detto, ne consegue che il contributo del 2,50% a carico del lavoratore dipendente permane, in quanto previsto dalla normativa previdenziale previgente in tema di trattamento di fine servizio.

Del resto, lo stesso contributo è stato dichiarato illegittimo dalla Consulta solo perché ulteriormente applicato nel diverso regime del trattamento di fine rapporto, che, come è noto, non contempla tale rivalsa a carico del dipendente.

Sotto l'aspetto procedurale, poi, con la richiamata decretazione di urgenza è stata disposta la estinzione di diritto di tutti i processi aventi a oggetto la restituzione del contributo previdenziale obbligatorio del 2,50% (16).

5. — *Conclusioni* — Possiamo dire, dunque, che – in forza della emanazione del d.l. n. 185 del 2012, le cui disposizioni sono state confermate dall'art. 1, commi 98 ss., della cd. legge di stabilità per il 2013 – i dipendenti del comparto statale continueranno a percepire, all'atto della cessazione dal servizio, e anche per le annualità 2011 e 2012, la indennità di buonuscita secondo le norme contenute nel d.P.R. n. 1032 del 1973, mentre alla platea dei dipendenti degli enti locali spetterà la indennità premio di servizio secondo le disposizioni di cui alla legge n. 152 del 1968.

Le aliquote di finanziamento di dette prestazioni, sono diversificate:

a) per la indennità di buonuscita è prevista la misura del 9,60% della base contributiva utile, e in particolare il 7,10% a carico della amministrazione statale e il restante 2,50% a carico del dipendente (*ex art. 37, comma 1, del d.P.R. n. 1032 del 1973 come modificato dal successivo art. 18 della legge n. 75 del 1980*);

b) per la indennità premio di servizio, invece, si applicherà l'aliquota del 6,10%, ripartita nella misura del 3,60% a carico dell'ente locale e il restante 2,50% a carico del dipendente (*ex art. 11, comma 3, della legge n. 152 del 1968*).

Dunque, il tentativo di omogeneizzare le varie prestazioni previdenziali spettanti alla platea dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni estendendo la disciplina di cui all'art. 2120 cod. civ., sia pur limitatamente alle anzianità utili maturate dopo il 1° gennaio 2011, è pertanto fallito.

Conseguentemente, possiamo affermare che a tutt'oggi la mappa delle prestazioni previdenziali e di fine rapporto spettanti ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni appare alquanto variegata, in quanto, oltre alle richiamate indennità di buonuscita e premio di servizio, continuano a trovare applicazione anche la indennità di anziani-

(16) In ordine a tali aspetti, si richiama il messaggio n. 18296 del 9 novembre 2012 delle Direzioni centrali previdenza ed entrate e posizione assicurativa dell'Inps, in *www.inps.it*.

tà erogata dagli enti pubblici non economici, in qualità di datori di lavoro, ai propri dipendenti (legge n. 70 del 1975), nonché il trattamento di fine rapporto per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni assunti a tempo indeterminato dal 1° gennaio 2001, ovvero a tempo determinato alla data del 30 maggio 2000 (art. 2, legge n. 335 del 1995, e d.P.c.m. 20 dicembre 1999).

Appare quanto mai auspicabile, pertanto, una omogeneizzazione dei vari regimi, sia sotto l'aspetto del loro finanziamento sia in ordine al meccanismo di computo delle prestazioni, purché realizzata attraverso una normativa sistematicamente coerente che disciplini, però, in modo puntuale ed esaustivo ogni aspetto rilevante.

L'intervento assai stringato e comunque mal coordinato del legislatore, così come realizzato nell'ormai abrogato art. 12, comma 10, d.l. n. 78 del 2010, infatti, avrebbe dato luogo – per la difficile individuazione della natura giuridica della nuova prestazione e per il farraginoso meccanismo di computo articolato su due diverse e distinte quote – a un rilevante contenzioso dagli esiti incerti, anche per la mancanza della necessaria disciplina di dettaglio.

Dario Marinuzzi
Avvocato Inps

I

CORTE D'APPELLO GENOVA, 13 giugno 2012 – Pres. ed Est. Ghinoy – T. Spa (avv.ti Battaglia, C. e A. Paroletti) c. Inps (avv. Lo Scalzo) +1.

Appalto – Appalto di servizi – Responsabilità solidale del committente – Pagamento del trattamento di fine rapporto ai dipendenti dell'appaltatore – Diritto del committente di chiedere al Fondo di garanzia il rimborso di quanto erogato – Esclusione.

Il committente che ha erogato ai dipendenti dell'appaltatore – ai sensi dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 – le quote di trattamento di fine rapporto maturate nel corso dell'appalto non può surrogarsi nel diritto che questi ultimi vantavano nei confronti del Fondo di garanzia, che, avendo l'unica funzione di garantire i lavoratori, non può intervenire in favore di terzi. (1)

II

TRIBUNALE TORINO, 18 ottobre 2012 – Est. Fierro – F. Snc (avv.ti Grosso, Oliva) c. Inps (avv. Ollà) +1.

Appalto – Appalto di servizi – Responsabilità solidale del committente – Decadenza dall'esercizio dell'azione – Applicabilità agli enti previdenziali.

L'ente previdenziale, allorché è concluso l'appalto, deve agire nei confronti del committente – ai sensi dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 – entro il termine di decadenza di due anni e, nei confronti del datore di lavoro appaltatore, entro il termine di prescrizione del diritto. (2)

III

TRIBUNALE PARMA, 25 settembre 2012 – Est. Pascarelli – L.S. Spa (avv. Ziveri) c. Inps (avv.ti Manzi, Giroldi) +1.

Appalto – Appalto di servizi – Responsabilità solidale del committente – Obbligazione prima della legge n. 35/2012 – Estensione dell'obbligo alle sanzioni.

Il vincolo solidale del committente ai sensi dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, come modificato, prima, dall'art. 6, d.lgs. n. 251/2004 e, poi, dall'art. 1, comma 911, legge n. 296/2006, si estende, per effetto diretto della legge, fino a ricomprendere le sanzioni civili. (3)

IV

TRIBUNALE FORLÌ, 11 novembre 2011 – Est. Angelini Chesi – Soc. C.A. Spa (avv.ti Foschi, Fanfani) c. Inps (avv.ti Vestini, Ciarelli) +2.

Appalto – Appalto di servizi – Responsabilità solidale del committente – Decadenza dall'esercizio dell'azione – Inapplicabilità della decadenza agli enti previdenziali.

Gli enti previdenziali, anche dopo la conclusione dell'appalto, devono agire nei confronti del committente – ai sensi dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 – entro il termine di prescrizione, applicandosi il termine di decadenza di due anni solo ai lavoratori. (4)

(*) Il testo delle sentenze è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1-4) SULLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE DEL COMMITTENTE
IN RELAZIONE AGLI OBBLIGHI CONTRIBUTIVI DELL'APPALTATORE

SOMMARIO: 1. La responsabilità solidale nell'appalto alla luce degli ultimi interventi legislativi. — 2. L'applicabilità agli enti previdenziali del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione nei confronti del committente. — 3. L'oggetto del vincolo solidale del committente con riferimento agli obblighi contributivi. — 4. Il diritto del committente di surrogarsi al credito per Tfr vantato dal lavoratore nei confronti del Fondo di garanzia gestito dall'Inps. — 5. L'obbligo del committente di versamento dei contributi al Fondo di tesoreria presso l'Inps.

1. — *La responsabilità solidale nell'appalto alla luce degli ultimi interventi legislativi* — Le sentenze in commento concernono tutte la risoluzione di controversie aventi a oggetto l'obbligazione del committente di pagamento dei contributi previdenziali (tra i quali devono ricomprendersi anche quelli al Fondo di tesoreria) (1) e assicurativi in favore dei lavoratori (dell'appaltatore e/o dei subappaltatori) impiegati nell'esecuzione dei lavori, oggetto di appalto.

Le questioni trattate da ciascuna, però, sono diverse anche se ricadono tutte nella disciplina dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, così come riformulato, prima,

(1) Istituito presso l'Inps: art. 1, comma 755, legge n. 296/2006.

dall'art. 6, d.lgs. n. 251/2004, poi dall'art. 1, comma 911, legge n. 296/2006 (legge finanziaria per il 2007) (2), non potendosi applicare le successive modificazioni a esso apportate (art. 21, comma 1, d.l. n. 5/2012, conv. con modificazioni nella legge n. 35/2012, e art. 4, comma 31, lett. *a e b*, legge n. 92/2012), giacché le norme che le hanno introdotte non possono essere considerate di interpretazione autentica, non presentandone i requisiti tipici (3).

Si osserva – in via generale – che per accertare quale delle varie formulazioni della norma è applicabile a una fattispecie, occorre far riferimento alla data di stipulazione del contratto d'appalto, nel senso che l'obbligazione del committente è disciplinata dalla normativa in vigore al momento della sua stipulazione, non rilevando perciò qual è quella applicabile durante lo svolgimento del rapporto di lavoro da cui sorge l'obbligazione contributiva.

In particolare, i Tribunali di Forlì e di Torino esaminano la questione se il termine di decadenza previsto per esercitare l'azione nei confronti del committente dopo la conclusione dell'appalto è applicabile anche agli enti previdenziali, giungendo però a diverse conclusioni.

Il Tribunale di Parma decide una controversia avente a oggetto l'estensione dell'oggetto dell'obbligazione contributiva del committente, cioè se sia limitato solo ai contributi, ovvero comprenda anche gli interessi e le sanzioni.

Mentre, invece, la Corte d'Appello di Genova si è occupata dell'ammissibilità della surroga *ex art. 1203 cod. civ.* del committente nel diritto dei lavoratori, da esso soddisfatti, nei confronti del Fondo di garanzia gestito dall'Inps: fondo che è tenuto all'erogazione del Tfr (o di quote dello stesso) ai lavoratori che ne fanno richiesta, qualora il datore di lavoro (nell'ipotesi, l'appaltatore o subappaltatore) sia insolvente (4).

(2) Con ordinanza n. 5/2013, la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione avente a oggetto la legittimità costituzionale dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, in relazione all'art. 76 Cost., sollevata dal Tribunale di Sanremo con ordinanza pubblicata in *Gazz. Uff.*, n. 33/2012.

(3) Specificamente, secondo l'orientamento del giudice di legittimità vi è interpretazione autentica quando una norma «... non è suscettibile di interpretazione autonoma, dovendosi necessariamente integrare con la disposizione interpretata in un nesso di inscindibile complessità; la disposizione interpretativa si presenta, cioè, come una legge di secondo grado, che si riferisce ad altra disposizione di cui chiarisce un aspetto, senza peraltro sostituirla, sicché la disciplina da applicare concretamente al singolo caso va desunta cumulativamente dalla disposizione interpretativa e da quella interpretata» (Cass. n. 6260/1986; conf.: Cass. n. 677/2008; Cass. n. 9501/1994; Cass. n. 4994/1986; Cass. n. 4526/1986; Cass. n. 3119/1982). Al riguardo, si segnala pure Corte Cost. n. 386/1996.

(4) Il principio in essa affermato è applicabile anche all'ipotesi in cui il committente ha pagato le ultime tre mensilità ai lavoratori dell'appaltatore, vantando anche in questo caso i lavoratori un credito verso il «Fondo» costituito presso l'Inps *ex art. 1, d.lgs. n. 80/1992*, il quale prevede: «Nel caso in cui il datore di lavoro sia assoggettato alle procedure di fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa ovvero alla procedura dell'amministrazione straordinaria prevista dal decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con modificazioni nella legge 3 aprile 1979, n. 95, il lavoratore da esso dipendente o i suoi aventi diritto possono ottenere a domanda il pagamento, a carico del Fondo di garanzia istituito e funzionante ai sensi della legge 29 maggio 1982, n. 297, dei crediti di lavoro non corrisposti di cui all'art. 2».

Tutte le pronunce sono interessanti, in quanto offrono uno spaccato dei numerosi e vari problemi di interpretazione e applicazione di una norma, l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (5), che ricalca, per alcuni versi, l'istituto degli appalti solidali già disciplinato dalla legge n. 1369/1960, ora abrogato dall'art. 85, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 276/2003 (6), e il cui ambito d'applicazione, nel corso dell'ultimo anno, è nuovamente mutato, a seguito di ben tre interventi legislativi (7).

Il risultato è stato una riduzione dell'oggetto dell'obbligazione solidale, nel senso che delle sanzioni risponde solo il datore di lavoro che è l'obbligato principale; la previsione di un litisconsorzio (8) necessario in favore del committente (9), che nei giu-

(5) La quale, nella formulazione successiva alla modificazione di cui all'art. 1, comma 911, legge n. 296/2006, così prevedeva: «In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti».

(6) In merito, giova osservare che, con riferimento agli appalti di opere e di servizi, la legge n. 1369/1960 prevedeva una disciplina che, rispetto a quella attuale, per alcuni versi, garantiva una maggiore tutela per i lavoratori dell'appaltatore (con esclusione delle ipotesi di appalti esterni e di quelli aventi a oggetto le attività elencate nell'art. 5, legge n. 1369/1960), in quanto stabiliva che il committente era responsabile dell'adempimento dell'obbligazione contributiva dei dipendenti dell'appaltatore e che l'importo della stessa doveva essere determinato con riferimento al trattamento normativo spettante ai suoi dipendenti, a parità di mansioni; al contrario, per altri, la limitava, considerato che l'esercizio dell'azione nei confronti del committente doveva avvenire entro il più ristretto termine di decadenza di un anno dalla cessazione dell'appalto stesso.

(7) Per una ricostruzione di tutti gli interventi legislativi operati sull'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, si vedano L. Imberti, *Il trattamento economico e normativo*, in M.T. Carinci, C. Cester, M.G. Mattarolo, F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti pubblici e privati. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, 2011, p. 63. In generale, sull'obbligazione solidale del committente: A. Sgroi, *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*, in *Bollettino Adapt*, 2008, 58, pp. 2-17; P. Capurso, *La riforma del mercato del lavoro: riflessi sulle obbligazioni contributive previdenziali*, in *q. Riv.*, 2006, pp. 853 ss.; I. Alvino, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 507; F. Capurso, *Appalto e subappalto*, in *D&L*, 2008, 2, pp. 409 ss.; R. Diamanti, *Appalto illecito e versamento di contributi*, in *Questione lavoro*, 2011, 4, pp. 68-77; M. Frediani, *Appalti irregolari: chi paga cosa?*, in *Lav. giur.*, 2012, 7, pp. 671 ss.; P. Rausei, *Solidarietà negli appalti*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 17, pp. 1041 ss. G. Gamberini, D. Venturi, *Responsabilità solidale nell'appalto: tu chiamale, se vuoi, semplificazioni*, in *Bollettino Adapt*, 4, 2012.

(8) Nel vigore della precedente formulazione, il lavoratore e gli enti previdenziali avevano titolo per agire per l'adempimento dell'intera obbligazione solidale nei confronti di ciascun singolo debitore, non sussistendo litisconsorzio necessario fra condebitori solidali: cfr. Cass. n. 3573/2011, e, con specifico riguardo all'interposizione di manodopera, Cass., Ss.Uu., n. 15564/2002, e, relativamente alla fattispecie di cui all'art. 1676 cod. civ., Cass. n. 11607/2000.

(9) Preme puntualizzare che il litisconsorzio, fra committente e appaltatore, non è limitato all'accertamento di una responsabilità al pagamento dei contributi, potendo il relativo giudizio concludersi anche con una sentenza di condanna nei confronti del committente e ciò anche se il committente ha sollevato l'eccezione avente a oggetto il *beneficium excussionis*: chiaramente l'escussione del committente è subordinata alla preventiva infruttuosa esecuzione del datore di lavoro. *Contra*, P. Tosi, *Appalto di opere o di servizi e solidarietà dopo la legge n. 92/2012*, in *Lav. giur.*, 2012, 10, pp. 977 ss., il quale sostiene che «... Il legislatore ha voluto che la sentenza emessa nei confronti del committente non costituisca di per sé e da sola titolo esecutivo

dizi aventi a oggetto l'obbligo del versamento dei contributi in favore dei lavoratori dell'appaltatore e dei subappaltatori, deve essere convenuto unitamente ai datori di lavoro, che però nella precedente formulazione (di cui al d.l. n. 5/2012, conv. con modificazioni nella legge n. 35/2012) era solo facoltativo; la possibilità per il committente di invocare (sebbene entro stretti limiti, cioè nel primo scritto difensivo) (10) il *beneficium excussionis* (11); la puntualizzazione, con riferimento al credito per Tfr, che il committente è obbligato in solido al pagamento solo delle quote maturate nel corso dell'appalto (12); l'espressa (pleonastica) previsione che il committente che ha eseguito il pagamento può agire in via di rivalsa nei confronti del datore di lavoro; l'eliminazione di ogni differenziazione – con riferimento all'azione proposta da Enti previdenziali – fra l'ipotesi in cui si agisca per contributi relativi a lavoratori impiegati in un appalto, e quelli relativi a lavoratori impiegati in un subappalto: quest'ultimo risultato è l'effetto della riformulazione (13) dell'art. 35, comma 28, d.l. n. 223/2006 (conv. con modificazioni nella legge n. 248/2006), cd. decreto Bersani, che è una previsione speciale rispetto a quella generale di cui all'art. 29, comma 2,

– come sarebbe stato laddove la questione del beneficio di escussione fosse stata rimessa alla fase esecutiva – ma debba invece essere corredata dalla prova dell'intervenuta escussione negativa del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori».

(10) Giova precisare che la previsione del *beneficium excussionis* vi era già nell'art. 21, comma 1, d.l. n. 5/2012, conv. con modificazioni nella legge n. 35/2012, la quale disponeva che poteva essere sollevato, sia nel corso del processo, nell'eventualità in cui il committente imprenditore fosse convenuto in giudizio, unitamente all'appaltatore, sia nella cd. fase esecutiva, a condizione che venissero indicati i beni dell'appaltatore sui quali potersi soddisfare.

(11) A seguito di questo intervento legislativo l'obbligazione solidale del committente è divenuta sussidiaria: per una completa trattazione della responsabilità solidale, si leggano F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2009, p. 612; C.M. Bianca, *Diritto civile. IV. L'obbligazione*, Giuffrè, 1993, pp. 712 ss.

(12) Prima di questa specificazione era controverso se nei «trattamenti retributivi» rientrassero pure gli accantonamenti per Tfr: la giurisprudenza di merito si è espressa in senso affermativo, cfr. Trib. Milano 27 aprile 2012, Trib. Torino 17 aprile 2012 e Trib. Genova 6 aprile 2012.

(13) Nell'ultimo anno è stato oggetto di due riformulazioni: la prima, per effetto dell'art. 2, comma 5-bis, d.l. n. 16/2012, conv. con modificazioni nella legge n. 44/2012 e, la seconda, per effetto dell'art. 13-ter, d.l. n. 83/2012, conv. con modificazioni nella legge n. 134/2012, secondo cui «In caso di appalto di opere o di servizi, l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore, nei limiti dell'ammontare del corrispettivo dovuto, del versamento all'erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dell'imposta sul valore aggiunto dovuta dal subappaltatore all'erario in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto. La responsabilità solidale viene meno se l'appaltatore verifica, acquisendo la documentazione prima del versamento del corrispettivo, che gli adempimenti di cui al periodo precedente, scaduti alla data del versamento, sono stati correttamente eseguiti dal subappaltatore. L'attestazione dell'avvenuto adempimento degli obblighi di cui al primo periodo può essere rilasciata anche attraverso un'asseverazione dei soggetti di cui all'articolo 35, comma 1, del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, e all'articolo 3, comma 3, lettera a, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322. L'appaltatore può sospendere il pagamento del corrispettivo sino all'esibizione della predetta documentazione da parte del subappaltatore. Gli atti che devono essere notificati entro un termine di decadenza al subappaltatore sono notificati entro lo stesso termine anche al responsabile in solido».

d.lgs. n. 276/2003 (14). E, infine, la possibilità di derogare alla costituzione dell'obbligo solidale in capo al committente a opera dei Ccnl (15), a condizione che stabiliscano «metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti» (16).

I continui interventi del legislatore su questa norma (e sull'art. 35, comma 28, decreto Bersani) (17) si sono resi indispensabili per raggiungere un punto di equilibrio fra l'esigenza di aumentare la tutela del lavoratore e quella di contenere, per il committente, i costi dell'appalto: la necessità di garantire al lavoratore una regolare costituzione della posizione contributiva e agli enti previdenziali di recuperare i contributi accreditati o da accreditare (in un periodo in cui è sempre più pressante l'impegno a contenere la spesa pubblica) trova il proprio limite nell'altra, di non rendere eccessivamente gravoso il costo di un appalto per il committente; man mano che aumenta la tutela del lavoratore, lievita il costo dell'operazione per il committente, con riduzione della sua propensione all'investimento e conseguente contrazione della domanda di lavoro.

Perciò all'ampliamento della sfera di tutela del lavoratore e alla possibilità per gli enti previdenziali di agire per ottenere il versamento di contributi (che sono tenuti ad accreditare in virtù del principio di automaticità delle prestazioni, nei limiti della prescrizione, anche se il datore di lavoro è inadempiente: art. 2116, comma 1, cod. civ.), nei confronti di chi non è il datore di lavoro (*id est*, il committente), è direttamente correlato il rischio di aumentare esponenzialmente la responsabilità di quest'ultimo, che è tenuto all'adempimento di un'obbligazione non propria e non quantificabile al momento dell'affidamento dell'incarico all'appaltatore, così da scoraggiarne l'iniziativa economica.

Ciò tanto più se si considera che, nell'ipotesi di appalti non regolati dalla disciplina pubblicistica, il committente non ha neppure gli strumenti per controllare la regolarità contributiva degli appaltatori e/o subappaltatori. L'obbligo di richiedere il Durc

(14) La norma, che ha carattere speciale, poiché si applica solo nell'ipotesi di crediti vantati dal fisco e da enti previdenziali, connessi all'esecuzione di un subappalto, ora è stata modificata per effetto di ben due interventi legislativi, secondo quanto appena esposto nella nota 14.

(15) In dottrina vi è però chi sostiene che devono nutrirsi perplessità circa l'idoneità della contrattazione collettiva a derogare a tale vincolo di solidarietà: così P. Tosi, *op.cit.*

(16) L'art. 2, comma 8, lett. c, legge n. 148/2011, ha reintrodotto la possibilità di escludere il vincolo solidale del committente nell'adempimento dell'obbligazione contributiva, prevista nella formulazione originaria dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, poi eliminata dall'art. 1, comma 911, legge n. 296/2006.

(17) Nella formulazione iniziale era previsto un meccanismo che permetteva al committente, eseguiti specifici controlli sull'operato dell'appaltatore, di liberarsi della responsabilità solidale: meccanismo poi eliminato dall'art. 3, comma 8, d.l. n. 97/2006 (conv. con modificazioni nella legge n. 248/2006). A seguito della modifica di cui all'art. 2, comma 5-bis, d.l. n. 16/2012 (conv. con modificazioni nella legge n. 44/2012), è stato escluso ogni riferimento ai crediti previdenziali e, con riferimento ai crediti verso l'erario, è stata estesa al committente la responsabilità di versamento all'erario delle ritenute sui redditi di lavoro dipendente e dell'imposta sul valore aggiunto inerenti prestazioni svolte nell'ambito dell'appalto: responsabilità da cui può liberarsi provando di aver fatto tutto il possibile per cercare di evitare l'adempimento. Tuttavia, la responsabilità solidale del committente è stata definitivamente esclusa dall'art. 13-ter, legge n. 134/2012, di conv. del d.l. n. 83/2012.

(che è il documento che certifica la regolarità contributiva del datore di lavoro) vi è solo nell'ipotesi di contratti aventi a oggetto l'esecuzione di lavori edili ed è limitato al momento dell'affidamento dell'incarico: neppure l'adempimento dell'obbligo di pagamento del corrispettivo da parte del committente è condizionato alla prova della regolarità contributiva dell'esecutore dei lavori.

Da qui, il sempre maggior ricorso all'inserimento nel contratto d'appalto di clausole, in favore del committente, che subordinano il pagamento dei lavori alla prova della regolarità contributiva.

2. — *L'applicabilità agli enti previdenziali del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione nei confronti del committente* — La questione trattata dai Tribunali di Forlì e di Torino concerne l'applicabilità all'Ente previdenziale del termine di decadenza (18) all'esercizio dell'azione per ottenere il pagamento dei contributi dal committente; cioè se l'Ente, come il lavoratore, deve agire nei confronti dell'obligato in solido, che non è il debitore principale (*id est*: committente e/o subcommittente), nel termine di due anni dalla fine dell'appalto. Si tratta di pronunce aventi a oggetto fattispecie che si sono verificate — come sopra detto — sotto la vigenza dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 1, comma 911, legge n. 296/2006, che però si riferiscono a una parte della norma non oggetto delle successive modificazioni legislative.

La pronuncia del Tribunale di Forlì è nel senso che il termine di decadenza previsto non si applica nell'ipotesi in cui agisce l'Inps. Al contrario: il Tribunale di Torino lo ritiene sempre applicabile.

Il Tribunale di Forlì, con riferimento al caso di specie, ha ritenuto che l'Inps non era decaduto dall'esercizio dell'azione giudiziaria, in quanto aveva notificato al committente la richiesta avente a oggetto il pagamento dei contributi dovuti dall'appaltatore, per gli operai impiegati nell'appalto, entro il termine di due anni dalla sua cessazione.

In buona sostanza, ha ritenuto interrotta la decadenza per effetto di richiesta di pagamento dei contributi intervenuta entro i due anni dal termine dell'appalto e, comunque, ha argomentato che non era applicabile la decadenza nell'ipotesi in cui agisca un ente previdenziale, trattandosi di un credito che ha la propria fonte nella legge e che deve necessariamente essere garantita una continuità fra la vecchia normativa (cioè quella di cui alla legge n. 1369/1960) (19) e quella successiva (cioè l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003).

(18) Si precisa che il termine di decadenza dall'azione per inerzia è stato allungato da uno a due anni per effetto dell'art. 1, comma 911, legge n. 296/2006.

(19) Difatti, con riguardo a essa, la Suprema Corte aveva affermato il seguente principio, consolidato, secondo cui: «L'art. 4, legge 23 ottobre 1960, n. 1369 (sul divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro), che pone il termine di decadenza di un anno dalla cessazione dell'appalto per l'esercizio dei diritti dei prestatori di lavoro, dipendenti da imprese appaltatrici di opere e servizi nei confronti degli imprenditori appaltanti — pur facendo riferimento, oltre che ai diritti al trattamento economico e normativo, anche al diritto di pretendere l'adempimento degli obblighi derivanti dalle leggi previdenziali — limita l'ambito di efficacia del suddetto termine ai diritti suscettibili di essere fatti valere direttamente dal lavoratore, non potendosi estendere invece l'efficacia dell'anzidetta disposizione legislativa a un soggetto terzo, quale l'ente previdenziale, i cui diritti scaturenti dal rapporto di lavoro disciplina-

Al contrario, il Tribunale di Torino, con una scarna decisione che richiama il contenuto di una circolare del Ministero del lavoro dell'11 febbraio 2011 (20), ha affermato che anche gli Enti previdenziali, allorché si è concluso l'appalto, devono esperire un'azione giudiziaria nei confronti del committente entro il termine di decadenza di due anni.

Quindi, si stabilisce, nella prima sentenza, che il termine di decadenza non si applica agli Enti previdenziali, ma solo ai lavoratori e che, comunque, il suo decorso può essere interrotto anche in via stragiudiziale, come avviene per la prescrizione; nella seconda, che vi è decadenza anche per gli Enti previdenziali e che il decorso della stessa non può essere interrotto, dovendo essere esercitata l'azione giudiziale prima dello spirare del termine.

Ebbene, al di là di ogni considerazione circa la possibilità giuridica di interrompere il decorso del termine di decadenza e delle modalità (21) con cui ciò possa essere fatto, preme rilevare che non può certamente concordarsi con la soluzione adottata dal ministero del Lavoro e richiamata nella sentenza del Tribunale di Torino, cioè che l'Ente previdenziale deve agire nei confronti del datore di lavoro nel termine di prescrizione e, nei confronti del committente, nel termine di decadenza, poiché gli effetti giuridici sarebbero paradossali e comunque contrari ai principi generali dell'ordinamento.

Ad esempio, se si aderisce alla soluzione del Tribunale di Torino, nell'ipotesi in cui un appalto si protragga per oltre cinque anni, se l'Ente non ha compiuto alcun atto interruttivo del decorso del termine di prescrizione del suo diritto nei confronti del datore di lavoro, lo stesso si prescrive (in tutto o in parte), con l'impossibilità di richiedere il versamento dei contributi. Al contrario, nei confronti del committente, si può agire entro due anni dalla scadenza dell'appalto.

L'effetto giuridico ulteriore è quello che il dipendente dell'appaltatore potrebbe avere accreditati contributi ormai prescritti.

Al contrario, soluzione più aderente ai principi dell'ordinamento giuridico sarebbe quella secondo cui, durante lo svolgimento dell'appalto o del subappalto, i lavoratori e l'Ente previdenziale possono chiedere l'adempimento dell'obbligazione contributiva entro il termine di prescrizione (art. 3, commi 9 e 10, legge n. 335/1995), nei confronti di tutti gli obbligati in solido: termine che può essere quinquennale, ovvero decennale nell'ipotesi in cui il lavoratore inoltri denuncia all'Ente competente entro il

to dalla legge si sottraggono, pertanto, al predetto termine annuale decadenziale» (Cass. n. 996/2007). Sull'applicabilità del termine di decadenza di cui all'art. 4, legge n. 1369/1960, agli enti previdenziali, si leggano: A. Sgroi, *Appalto di opere e servizi, riscossione dei contributi previdenziali e applicazione del termine annuale di decadenza*, in *Inf. prev.*, 2001, pp. 653 ss.; P. Capurso, *La tutela del credito contributivo negli appalti, prima e dopo la riforma del mercato del lavoro (nota a Cass. n. 996/2007)*, in *q. Riv.*, 2007, II, 550.

(20) La quale afferma che: «Per quanto riguarda proprio l'aspetto contributivo, si evidenzia tuttavia che il termine decadenziale di due anni si riferisce evidentemente all'azione dell'Istituto nei confronti del responsabile solidale, mentre resta ferma l'ordinaria prescrizione quinquennale prevista per il recupero contributivo nei confronti del datore di lavoro inadempiente (appaltatore o eventuale subappaltatore)».

(21) Si osserva che, tenuto conto delle modalità con cui il nostro ordinamento disciplina la riscossione dei crediti contributivi, deve ritenersi che è equiparabile a un atto giudiziario l'avviso di addebito, cui è stato espressamente riconosciuto valore di titolo esecutivo (art. 30, comma 1, d.l. n. 78/2010, conv. nella legge n. 122/2010).

primo quinquennio (22). Conclusosi l'appalto, lavoratori ed enti previdenziali possono esercitare l'azione, sempre che il diritto non si sia prescritto.

Quindi, per tutti il diritto di agire nei confronti del committente (come tutti i diritti) è soggetto al termine di prescrizione ma, una volta concluso l'appalto, i lavoratori devono agire nei confronti del committente necessariamente entro il termine di decadenza di due anni.

L'illogicità delle conclusioni cui è giunto il Tribunale di Torino è tanto evidente se si considera che, sottoponendo anche gli enti previdenziali a un termine di decadenza, verrebbe a equipararsi la loro posizione a quella dei lavoratori; equiparazione che invece non può esservi per due ordini di ragioni.

In primo luogo, gli enti quando richiedono il versamento di contributi esercitano una potestà pubblica che, in quanto tale, può essere soggetta a un termine di decadenza solo se sia espressamente e inequivocabilmente previsto, potendo – altrimenti – solo prescrivere il diritto di credito che ne deriva.

In secondo luogo, in quanto i detti enti – diversamente dai lavoratori – non possono esercitare altre azioni nei confronti del committente. Il lavoratore, se non agisce nei confronti del committente entro il termine di decadenza, può esercitare l'azione di cui all'art. 1676 cod. civ. (23), che è preclusa – invece – all'Ente previdenziale, contenendo la norma un espresso riferimento ai lavoratori dell'appaltatore.

A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione che non sussistono ragioni plausibili per discostarsi dall'orientamento, peraltro pacifico, assunto in merito dal giudice di legittimità (Cass. n. 996/2007), con riferimento a fattispecie però disciplinate dalla legge n. 1369/1960.

3. — *L'oggetto del vincolo solidale del committente con riferimento agli obblighi contributivi* — La sentenza del Tribunale di Parma affronta la questione se siano ricomprese nell'oggetto dell'obbligazione contributiva del committente, che è illimitata e non determinabile *ex ante*, anche le sanzioni: si tratta di questione che però ora assume rilievo solo in relazione a fattispecie che si sono verificate sotto la vigenza della disciplina anteriore a quella di cui al d.l. n. 5/2012 conv. con modificazioni nella legge n. 35/2012 (24), che ha espressamente escluso dal vincolo di solidarietà le sanzioni, così eliminando al riguardo ogni incertezza interpretativa.

È corretta la soluzione cui è giunto il Tribunale di Parma, secondo cui l'obbligazione del committente, che non è il debitore principale, comprende pure le somme aggiuntive, giacché esse – quali sanzioni civili – sono dovute quale effetto automatico in caso di inadempimento dell'obbligazione contributiva da chiunque è obbligato al suo adempimento.

Né, in senso contrario può argomentarsi che detta conclusione contrasta con la nuova formulazione della norma (art. 21, comma 1, d.l. n. 9/2012, conv. con mod.

(22) In tal senso, Cass. n. 22739/2010.

(23) Il quale prevede: «Coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda».

(24) Con riferimento a questo aspetto, la norma non ha subito alcuna modificazione per effetto dell'ultimo intervento legislativo di cui alla legge n. 92/2012.

nella legge n. 35/2012), che stabilisce espressamente che il vincolo di solidarietà non si estende alle sanzioni, in quanto essa non avendo portata interpretativa, ma innovativa, non ha efficacia retroattiva. Tanto più che ben può accadere che, nel tempo, una medesima fattispecie sia regolata in modo diverso (25).

In ogni caso, con riferimento all'oggetto del vincolo solidale si osserva che, quale sia la formulazione applicabile dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, l'obbligazione del committente comprende sicuramente gli interessi legali, che maturano automaticamente in caso di inadempienza, oltre all'ulteriore risarcimento, se vi è stato un maggior danno (art. 1224, comma 2, cod. civ.).

4. — *Il diritto del committente di surrogarsi al credito per Tfr vantato dal lavoratore nei confronti del fondo di garanzia gestito dall'Inps* — La sentenza della Corte d'Appello di Genova concerne la questione se l'appaltante che ha corrisposto le quote del Tfr, maturato nel corso dell'appalto, ai lavoratori dell'appaltatore e/o subappaltatore può surrogarsi ex art. 1203 cod. civ. nel diritto dei lavoratori nei confronti del fondo di garanzia gestito dall'Inps (26).

La sentenza ha correttamente escluso detto diritto sulla base del rilievo che il meccanismo della surrogazione opera solo con riferimento alle garanzie azionabili dopo il soddisfacimento del credito, cosa che non può avvenire nell'ipotesi in cui i lavoratori vantino un credito nei confronti del Fondo di garanzia, che — appunto — ha la specifica funzione di assicurare il pagamento del Tfr al lavoratore (che certamente non può ricorrere allo stesso qualora è stato soddisfatto, sia pure dal committente) e non già quella di manlevare il committente dai rischi connessi all'appalto (27).

Né, d'altra parte, può paragonarsi la posizione giuridica del committente a quella del cessionario del credito o di un avente diritto (o, più in genere, degli aventi causa) del lavoratore, poiché il committente adempie un'obbligazione cui è tenuto (per legge) nei confronti del lavoratore (28) e, comunque, paga in luogo del debitore principale (*rectius*: datore di lavoro), che non gode di alcun diritto nei confronti del Fondo di garanzia.

(25) Così Corte Cost. n. 178/2000.

(26) Il Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto è stato istituito dall'art. 2, legge n. 297/1982.

(27) Come già detto, il principio affermato nella sentenza si applica anche all'ipotesi in cui il credito pagato dal committente ai lavoratori si riferisce alle ultime tre mensilità.

(28) Si precisa che la Corte di Cassazione, in fattispecie in cui era il cessionario del credito del lavoratore a chiedere l'intervento del fondo di garanzia, ha espresso il seguente principio: «La funzione previdenziale dell'intervento del Fondo di garanzia dell'Inps, di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 297 del 1982, non osta all'intervento del Fondo a favore del cessionario a titolo oneroso del credito relativo al trattamento di fine rapporto spettante al lavoratore, in quanto l'intervento è previsto in favore degli aventi diritto e, con tale termine, che non può che essere inteso nel medesimo significato attribuito all'identica espressione contenuta nell'art. 2122 cod. civ., si fa riferimento agli aventi causa in genere del lavoratore, a prescindere dal titolo, universale o particolare, della successione nel diritto» (Cass. n. 10208/08; conf. Cass. n. 11010/2008 e Cass. n. 2556/2010). Sulla cedibilità del credito per Tfr, si leggano F. Mastroiilli, *Sulla esatta qualificazione giuridica delle prestazioni erogate dal fondo di garanzia e problemi di prescrizione*, in *Inf. prev.*, 2008, 2, p. 450; A. Corrado, *Fondo di garanzia e chiusura del fallimento per insufficiente realizzo ex art. 102 L.F.*, in *Orient. giur. lav.*, 2008, 2, p. 444.

Consegue che il committente potrà rivalersi solo nei confronti del debitore principale, cioè dell'appaltatore e/o del subappaltatore, per i pagamenti effettuati ai lavoratori a titolo di quote di Tfr, ovvero di ultime tre mensilità, dovendo ritenersi che il principio qui affermato può applicarsi anche a questa diversa (ma analoga) fattispecie.

Dal caso oggetto d'esame si trae anche lo spunto per osservare che, qualora sia stato dichiarato il fallimento dell'appaltatore e/o del subappaltatore o comunque ne sia stata accertata l'insolvenza, l'Inps potrà recuperare la contribuzione omessa o insinuandosi nel passivo della procedura fallimentare o esercitando l'azione nei confronti del committente, che è obbligato solidale.

In proposito, si osserva che in questa ipotesi l'ente previdenziale non deve escutere prima il datore di lavoro, posto che l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (nell'ultima modificazione di cui all'art. 4, comma 31, legge n. 92/2012), prevede l'ipotesi di litisconsorzio necessario fra committente e datore di lavoro e la possibilità per il primo di eccepire il cd. *beneficium excussionis* solo se vi è procedimento ordinario di cognizione, e non quando, essendovi già un accertamento del diritto, si deve procedere in via esecutiva al recupero delle somme già accertate per dovute, ovvero insinuarsi nella procedura fallimentare, cui è sottoposto il debitore.

È peraltro bene precisare che, trattandosi di un'ipotesi d'insolvenza del datore di lavoro, l'azione di rivalsa, ovvero la domanda d'insinuazione al passivo della procedura fallimentare, dovrà avere a oggetto non solo la quota di contributi a carico del datore di lavoro, ma anche quella a carico del lavoratore, del cui pagamento il primo è responsabile (art. 29, legge n. 218/1952): ciò in quanto è principio ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello secondo cui il datore di lavoro inadempiente all'obbligo di versamento dei contributi non può più rifarsi nei confronti del lavoratore (29) per l'ammontare dei contributi a suo carico.

5. — *L'obbligo del committente di versamento dei contributi al fondo di tesoreria presso l'Inps* — Per completezza, occorre rilevare che la sentenza della Corte d'Appello di Genova contiene pure un riferimento a un'eccezione, già sollevata dal datore di lavoro in primo grado, ma disattesa e non oggetto di gravame e quindi passata in giudicato, riproposta però dalla società datoriale in sede di discussione della causa, avente a oggetto la titolarità passiva del debito per Tfr, dovuto dal Fondo di tesoreria presso l'Inps (art. 1, comma 755, legge n. 296/2006).

Ebbene, a prescindere da ogni valutazione se detta eccezione potesse essere riproposta in appello in sede di discussione della causa, e solo con precipuo riferimento alla sua fondatezza, preme precisare che la liquidazione del Tfr, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia oltre cinquanta dipendenti, avviene sulla base di un'unica domanda presentata dal lavoratore al datore di lavoro, e che il Fondo di tesoreria (gestito

(29) Specificamente, il principio affermato è il seguente: «Allorché il datore di lavoro sia inadempiente agli obblighi di versamento delle ritenute previdenziali e fiscali, quanto alle previdenziali egli non ha più titolo di rivalersi nei confronti del lavoratore, mentre, quanto alle fiscali, soccorrerà il consueto meccanismo della tassazione dei redditi arretrati, sui quali incomberà al lavoratore, dopo averli materialmente percepiti e dichiarati, corrispondere, su liquidazione del corrispondente ufficio, le relative imposte: pertanto, legittimamente l'esecuzione ha luogo per l'importo dovuto, al lordo cioè di dette ritenute, tanto previdenziali che fiscali» (Cass., Sez. III, n. 19790/2011).

dall'Inps) è tenuto al versamento della quota del trattamento di fine rapporto corrispondente ai contributi effettivamente versati; mentre, la rimanente parte è a carico del datore di lavoro (30).

È perciò evidente che il vincolo solidale del committente si estende, oltre alla quota di Tfr dovuta dal datore di lavoro ai propri dipendenti, anche ai contributi che quest'ultimo è tenuto a versare al Fondo di tesoreria.

Carla d'Aloisio
Avvocato Inps

(30) Difatti, l'art. 1, comma 756, legge n. 296/2006, stabilisce: «Con effetto sui periodi di paga decorrenti dal 1° gennaio 2007, al fine del finanziamento del fondo di cui al comma 755, al medesimo fondo affluisce un contributo pari alla quota di cui all'art. 2120 del codice civile, al netto del contributo di cui all'art. 3, ultimo comma, della legge 29 maggio 1982, n. 297, maturata a decorrere dalla predetta data e non destinata alle forme pensionistiche complementari di cui al decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252. Il predetto contributo è versato mensilmente dai datori di lavoro al Fondo di cui al comma 755, secondo le modalità stabilite con il decreto di cui al comma 757. Non sono tenuti al versamento del predetto contributo i datori di lavoro che abbiano alle proprie dipendenze meno di 50 addetti. La liquidazione del trattamento di fine rapporto e delle relative anticipazioni al lavoratore viene effettuata, sulla base di un'unica domanda, presentata dal lavoratore al proprio datore di lavoro, secondo le modalità stabilite con il decreto di cui al comma 757, al Fondo di cui al comma 755, limitatamente alla quota corrispondente ai versamenti effettuati al fondo medesimo, mentre per la parte corrispondente resta a carico del datore di lavoro. Al contributo di cui al presente comma si applicano le disposizioni in materia di accertamento e riscossione dei contributi previdenziali obbligatori, con esclusione di qualsiasi forma di agevolazione contributiva».

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

APPALTO

Appalto di servizi – Responsabilità solidale del committente – Pagamento del trattamento di fine rapporto ai dipendenti dell'appaltatore – Diritto del committente di chiedere al Fondo di garanzia il rimborso di quanto erogato – Esclusione (Corte d'Appello Genova, 13 giugno 2012). 123

Appalto di servizi – Responsabilità solidale del committente – Decadenza dall'esercizio dell'azione – Applicabilità agli enti previdenziali (Tribunale Torino, 18 ottobre 2012). 123

Appalto di servizi – Responsabilità solidale del committente – Obbligazione prima della legge n. 35/2012 – Estensione dell'obbligo alle sanzioni (Tribunale Parma, 25 settembre 2012). 123

Appalto di servizi – Responsabilità solidale del committente – Decadenza dall'esercizio dell'azione – Inapplicabilità della decadenza agli enti previdenziali (Tribunale Forlì, 11 novembre 2011). 124

CONDOTTA ANTISINDACALE

Sostituzione degli scioperanti – Crumiraggio interno – Limiti (Cassazione, 12 agosto 2012, n. 14157, Sez. lav.). 93

CONTRATTO A TERMINE

Lavoro pubblico – Direttiva n. 1999/70/Ce – Accordo Ces, Unice, Ceep sul lavoro a tempo determinato – Clausola 4 – Principio di non discriminazione – Procedura di stabilizzazione – Assunzione in

ruolo senza concorso di lavoratori già in servizio a tempo determinato – Computo dell’anzianità di servizio – Sussistenza (Corte di Giustizia Ue, 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, Sez. VI).	15
Clausola nulla – Indennizzo forfettario – Art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, e art. 1, comma 13, legge n. 92/2012 – Natura omnicomprensiva (Cassazione, 7 settembre 2012, n. 14996, Sez. lav.).	37
Clausola sul termine nulla – Indennizzo forfettario ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Prescrizione decennale – Decorrenza (Cassazione, 7 settembre 2012, n. 14996, Sez. lav.).	37
CONTROLLI DEL DATORE DI LAVORO	
Controlli difensivi anche su adempimento prestazione – Garanzie procedurali – Sussistenza (Cassazione, 1° ottobre 2012, n. 16622, Sez. lav.).	32
DIMISSIONI	
Padre lavoratore – Necessità di convalida – Art. 55, comma 4, d.lgs. n. 151/2001 – Mancata fruizione congedo di paternità – Insussistenza di convalida (Cassazione, 11 luglio 2012, n. 11676, Sez. lav.).	66
DISCRIMINAZIONI	
Calcolo indennità di maternità – Retribuzione di riferimento – Computo al 50% dell’indennità di volo – Discriminazione diretta di genere – Sussiste (Tribunale Busto Arsizio, 1° ottobre 2012).	80
Discriminazioni di genere – Risarcimento danno non patrimoniale – Funzione punitiva (Tribunale Pistoia, 8 settembre 2012).	85
Molestie sessuali – Legittimazione ad agire a titolo proprio della Consigliera di parità – Sussiste (Tribunale Pistoia, 8 settembre 2012).	85

INDENNITÀ DI MATERNITÀ

Retribuzione di riferimento – Artt. 22 e 23, d.lgs. n. 151/2001 – Necessità – Normativa collettiva per calcolo indennità di malattia – Computo al 100% dell'indennità di volo – Applicabilità (Tribunale Busto Arsizio, 1° ottobre 2012). 80

LAVORO A TEMPO PARZIALE

Art. 5, comma 3-bis, legge n. 863/1984 – Diritto di precedenza in caso di nuove assunzioni – Trasformazione del rapporto da tempo parziale a tempo pieno – Condizioni – Mansioni fungibili – Rilevanza (Cassazione, 17 maggio 2012, n. 7752, Sez. lav.). 74

LAVORO PUBBLICO

Trattamenti di fine rapporto – Anzianità dal 1° gennaio 2011 – Esclusione della trattenuta a carico del dipendente – Mancata previsione – Questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 10, del d.l. n. 78/2010 – Fondatezza (Corte Costituzionale, 11 ottobre 2012, n. 223). 111

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Ordine giudiziale di reintegra – Mancata ottemperanza – Art. 388, comma 1, cod. pen. – Inapplicabilità (Cassazione penale, 6 settembre 2012, n. 33907, Sez. VI). 46

Ordine giudiziale di reintegra – Inottemperanza – Mancata reintegrazione del rappresentante sindacale – Incoercibilità specifica dell'ordine – Obbligo di versamento al Fondo adeguamento pensioni – Sussistenza (Cassazione, 16 giugno 2012, n. 9965, Sez. lav.). 46

RAPPRESENTANZA SINDACALE

Formazione Rsa *ex* art. 19 Stat. lav. – Contratti collettivi applicati nell'unità produttiva – Mancata sottoscrizione – Lettura costituzionalmente orientata – Altri indici di rappresentatività – Partecipazione alle trattative – Numero di rappresentanti sindacali nell'unità

produttiva – Numero di iscritti – Rilevanza (Tribunale Napoli, 13 aprile 2012, Sez. lav., decr.). 100

RETRIBUZIONE

Indennità di volo – Natura retributiva – Sussistenza – Indennità di maternità – Retribuzione di riferimento – Computabilità dell'indennità di volo – Sussiste (Tribunale Busto Arsizio, 1° ottobre 2012). 80

CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

2011

NOVEMBRE

Tribunale Forlì, 11 novembre 2011 – Est. Angelini Chesi – Soc. C.A. Spa (avv.ti Foschi, Fanfani) c. Inps (avv.ti Vestini, Ciarelli) +2. 124

2012

APRILE

Tribunale Napoli, 13 aprile 2012, Sez. lav., decr. – Est. Sarracino – Fiom-Cgil (avv.ti Alleva, Focareta, Poli, Ferrara) c. Magneti Marelli Spa (avv.ti Amendolito, Dondi, Favalli, Dirutigliano, De Luca Tamajo, Di Stasio). 100

MAGGIO

Cassazione, 17 maggio 2012, n. 7752, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Balestrieri, P.M. Viola (conf.) – B.T. (avv.ti Vottari, Mammoliti) c. Cooperativa Liguria Società cooperativa di consumo a r.l. (avv.ti Vacirca, Ghibellini). 74

GIUGNO

Corte d'Appello Genova, 13 giugno 2012 – Pres. ed Est. Ghinoy – T. Spa (avv.ti Battaglia, C. e A. Paroletti) c. Inps (avv. Lo Scalzo) +1. 123

Cassazione, 16 giugno 2012, n. 9965, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Curzio, P.M. Matera (conf.) – Soc. Ctg (avv.ti Trifirò, Favalli, Lucchini) c. Inps (avv.ti Sgroi, Caliulo, Maritato). 46

LUGLIO

Cassazione, 11 luglio 2012, n. 11676, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Arienzo, P.M. Sepe (diff.) – M.V. (avv. Bertolone) c. Bencivenni & C. di F.T. Snc (avv.ti Armentano, Marelli, Andolfo). 66

AGOSTO

Cassazione, 12 agosto 2012, n. 14157, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Curzio, P.M. Apice (diff.) – Metro Italia Cash and carry Spa (avv.ti Celebrano, Olgiati, Trifirò, Beretta) c. Filcams Cgil (avv.ti Andreoni, Grandese). 93

SETTEMBRE

Cassazione penale, 6 settembre 2012, n. 33907, Sez. VI – Pres. De Roberto, Est. Di Salvo, P.M. Scardaccione (parz. diff.) – ric. P.M. (avv. Chiariello). 46

Cassazione, 7 settembre 2012, n. 14996, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Nobile, P.M. Corasaniti (parz. diff.) – V.L. (avv.ti Meloni, Pau), La M. Spa (avv.ti Pulsoni, Rapone). 37

Tribunale Pistoia, 8 settembre 2012 – Est. Tarquini – G.D. e B.M. (avv. Bruni) e Consigliera di parità della Regione Toscana (avv. Amoriella) c. R.M. e L.H.E. Srl (avv.ti Tofanelli, Grelli) (Tribunale Pistoia, 8 settembre 2012). 85

Tribunale Parma, 25 settembre 2012 – Est. Pascarelli – L.S. Spa (avv. Ziveri) c. Inps (avv.ti Manzi, Giroldi) +1. 123

OTTOBRE

Tribunale Busto Arsizio, 1° ottobre 2012 – Est. Molinari – Consigliera di parità della Regione Lombardia (avv.ti Manassero, Civitelli) c. Inail, già Ipsema (avv.ti Tomba, Capodiferro).	80
Cassazione, 1° ottobre 2012, n. 16622, Sez. lav. – Pres. Miani Canevari, Est. Tricomi, P.M. Viola (diff.) – R.M. (avv.ti Cossu, Bomboi) c. Acì Global Spa (avv. Comito).	32
Corte Costituzionale, 11 ottobre 2012, n. 223 – Pres. Quaranta, Est. Tesauro – A.A. e altri (avv. Angiolini) c. ministero della Giustizia e ministero dell'Economia e delle Finanze (Avv. Stato).	111
Tribunale Torino, 18 ottobre 2012 – Est. Fierro – F. Snc (avv.ti Grosso, Oliva) c. Inps (avv. Ollà) +1.	123
Corte di Giustizia Ue, 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, Sez. VI – Valenza, Altavista, Marsella, Schettini, Tomassini c. Autorità garante della concorrenza e del mercato – Avv. Gen. E. Sharpston.	15

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE
E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

– art. 1	46
– art. 2	3, 46, 106
– art. 3	3, 11, 19, 67, 106, 117
– art. 4	46
– art. 23	3
– art. 24	3, 67
– art. 31	11
– art. 36	3, 116
– art. 37	11
– art. 38	117

– art. 39	102
– art. 40	94
– art. 41	49, 94
– art. 42	3
– art. 51	6
– art. 53	3
– art. 77	67
– art. 81	14
– art. 97	3, 17
– art. 100	3
– art. 101	3, 67
– art. 102	67
– art. 104	3, 67
– art. 108	3
– art. 111	3
– art. 113	3
– art. 117	3, 12
– art. 120	6

PRELEGGI

– art. 12	67
-----------------	----

CODICE CIVILE

– art. 1174	56
– art. 1175	105
– art. 1203	125
– art. 1218	59
– art. 1224	132
– art. 1324	50
– art. 1325	51
– art. 1353	70
– art. 1373	49
– art. 1375	105
– art. 1418	51
– art. 1441	51
– art. 1453	39, 49
– art. 1460	49
– art. 1676	126

– art. 1946	44
– art. 2013	60
– art. 2059	86
– art. 2087	62, 86
– art. 2103	93
– art. 2112	6
– art. 2116	128
– art. 2118	49
– art. 2119	49
– art. 2120	112, 134
– art. 2931	52
– art. 2948	37
– art. 2955	37
– art. 2956	37

CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 96	88
– art. 384	67
– art. 421	87
– art. 612	52

CODICE PENALE

– art. 185	86
– art. 388	46

UNIONE EUROPEA

Trattato sul funzionamento dell’Ue

– art. 153	18
– art. 155	18
– art. 267	16

Direttiva n. 92/85

– art. 11	83
Direttiva n. 97/81/Ce	76
Direttiva n. 99/70/Ce	15

– art. 2	42
clausola 8.3	42
Direttiva n. 2006/54/Ce	
– art. 18	87
Direttiva n. 2010/18/Ue	72
Accordo Ces, Unice, Ceep sul lavoro a tempo determinato	
clausola 2	17
clausola 3	17
clausola 4	15
clausola 5	17
Carta europea diritti dell'uomo	
– art. 6	3, 13
Protocollo addizionale	14
LEGGI E DECRETI	
r.d.l. 16 marzo 1942, n. 267	
– art. 102	132
legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3	
– art. 3	9
– art. 4	9
– art. 5	9
legge del 1952, n. 218	
– art. 29	133
legge 4 agosto 1955, n. 848	
legge 23 ottobre 1960, n. 1369	126
– art. 4	130
legge 21 luglio 1965, n. 903	
– art. 22	117
legge del 1966, n. 604	
– art. 8	41, 65
legge 8 marzo 1968, n. 152	
– art. 4	113
– art. 11	113
legge del 1969, n. 153	
– art. 12	81
legge 20 maggio 1970, n. 300	
– art. 4	32

– art. 14	98
– art. 18	39, 46, 86
– art. 19	100
– art. 28	94
– art. 38	34
legge del 1971, n. 1204	
– art. 2	71
– art. 12	68
d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1032	
– art. 3	113
– art. 37	4, 111
– art. 38	113
d.P.R. del 1973, n. 1092	
– art. 99	117
legge del 1975, n. 70	113
legge del 1980, n. 75	116
– art. 18	116
d.P.R. del 1976, n. 1026	
– art. 11	68
d.l. 30 gennaio 1979, n. 26	125
legge 3 aprile 1979, n. 95	125
legge 2 aprile 1979, n. 97	
– art. 11	4
– art. 12	4
legge 19 febbraio 1981, n. 27	3
– art. 3	4
legge 29 maggio 1982, n. 297	
– art. 2	125
– art. 3	117, 134
d.l. del 1984, n. 726	
– art. 5	74
legge del 1984, n. 863	
– art. 5	74
legge 8 luglio 1986, n. 349	
– art. 18	89
d.l. 21 marzo 1988, n. 86	
– art. 7	117
legge del 1990, n. 108	57
– art.3	58
d.lgs. del 1992, n. 80	
– art. 1	125

legge del 1992, n. 210	
– art. 1	118
d.lgs. del 1992, n. 504	
– art. 16	110
d.l. del 1993, n. 148	
– art. 6	118
legge del 1993, n. 236	
– art. 1	118
d.lgs. del 1994, n. 479	113
legge 8 agosto 1995, n. 335	112
– art. 2	11, 113
– art. 3	130
d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241	
– art. 35	127
d.lgs. del 1997, n. 314	
– art. 6	80
legge 27 dicembre 1997, n. 449	
– art. 59	114
d.lgs. del 1998, n. 109	
– art. 3	12
d.P.R. 22 luglio 1998, n. 322	
– art. 3	127
legge 23 dicembre 1998, n. 448	
– art. 26	114
d.P.c.m. del 20 dicembre 1999	
– art. 1	114
– art. 2	114
legge 8 marzo 2000, n. 53	
– art. 15	11, 68
– art. 18	68
d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61	
– art. 5	74
– art. 12-ter	77
d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267	
– art. 31	6
legge Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol	
21 luglio 2000, n. 3	
– art. 5	7
d.lgs. del 2001, n. 100	77
d.P.c.m. 2 marzo 2001	
– art. 1	114

d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151	
– art. 3	71
– art. 28	67
– art. 32	67
– art. 54	67
– art. 55	66
– art. 64	11
d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165	
– art. 3	115
– art. 31	6
– art. 36	16
d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368	7, 17, 42
– art. 3	95
– art. 5	18, 45
d.m. 4 aprile 2002 del ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali	11
d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276	
– art. 20	95
– art. 29	123
– art. 34	95
– art. 46	77
– art. 85	126
d.lgs. del 2004, n. 251	
– art. 6	124
d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252	134
d.l. del 2006, n. 97	
– art. 3	
d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152	
– art. 311	89
d.lgs. del 2006, n. 198	
– art. 25	83
– art. 37	86
d.l. del 2006, n. 223	
– art. 35	127
legge del 2006, n. 248	127
legge 27 dicembre 2006, n. 296	
– art. 1	13, 16, 124
legge del 2007, n. 188	69
legge 24 dicembre 2007, n. 244	16
legge 24 dicembre 2007, n. 247	
– art. 1	77

legge Regione Toscana 18 dicembre 2008, n. 66	
– art. 14	12
d.l. 25 giugno 2008, n. 112	16
– art. 79	19
legge 6 agosto 2008, n. 133	16
legge 18 giugno 2009, n. 69	
– art. 45	88
d.l. 1° luglio 2009, n. 78	16
legge 3 agosto 2009, n. 102	16
legge 31 dicembre 2009, n. 196	
– art. 1	4, 114
d.lgs. del 2010, n. 5	71
d.l. 31 maggio 2010, n. 78	
– art. 7	81
– art. 9	3, 112
– art. 12	3, 111
legge 30 luglio 2010, n. 122	3, 81, 112, 130
legge 4 novembre 2010, n. 183	
– art. 32	37
legge Regione Abruzzo 9 dicembre 2010, n. 51	
– art. 6	8
d.l. del 2011, n. 138	
– art. 8	35, 108
legge del 2011, n. 148	35, 108
– art. 2	128
d.lgs. del 2011, n. 151	
– art. 17	81
– art. 22	80
– art. 23	80
– art. 34	82
d.l. del 2011, n. 201	113
d.lgs. del 2011, n. 231	
– art. 10	55
– art. 11	55
legge Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol 17 maggio 2011, n. 4	
– art. 7	7
legge della Regione Puglia 30 maggio 2011, n. 9	
– art. 5	6
– art. 11	6
legge Regione Sardegna 4 agosto 2011, n. 16	
– art. 8	9

legge della Regione Puglia 13 ottobre 2011, n. 27	
– art. 3	6
d.l. del 2012, n. 5/2012	
– art. 21	125
d.l. del 2012, n. 16	
– art. 2	127
legge 24 dicembre 2012, n. 22	
– art. 1	120
legge del 2012, n. 35	123
legge del 2012, n. 44	127
d.l. del 2012, n. 78	
– art. 30	130
d.l. del 2012, n. 83	
– art. 13-ter	127
legge 28 giugno 2012, n. 92	47
– art. 1	37, 51
– art. 4	68, 125
– art. 22	54
legge del 2012, n. 134	127
– art. 13-ter	128
d.l. 29 ottobre 2012, n. 185	111
– art. 1	120

ACCORDI SINDACALI

Accordo Fiat 2003	101
Accordo Fiat Pomigliano (Fim e Uilm senza la Fiom)	
15 giugno 2010	101
- Protocollo attuativo settore industria	
dicembre 1993	100
- Protocollo attuativo settore commercio	
luglio 1994	100
Accordo metalmeccanici 5 dicembre 2012	101
Accordo di prossimità Banca Popolare di Bari e organizzazioni sindacali di categoria	
2 febbraio 2012	35
Accordo quadro nazionale del 29 luglio 1999	114
Ccnl Autostrade	75

Ccnl metalmeccanici 1999 sottoscritto da Fiom, Fim e Uilm	101
Ccnl unitario metalmeccanici 2008	101
Ccnl separato metalmeccanici (Fim-Cisl e Uilm-Uil) 15 ottobre 2009 – art. 4- <i>bis</i>	101
Ccnl metalmeccanici 2013	102
contratto I livello Fiat Spa (Fim e Uilm) 29 dicembre 2010	101
contratto II livello Fabbrica Italia Pomigliano (Fim e Uilm) 17 febbraio 2011	101
contratto separato metalmeccanici 2003	101
Intesa contrattuale del 21 novembre 2012	35
Protocollo <i>welfare</i> firmato nel luglio 2007 con le Parti sociali	77

ACCORDI INTERCONFEDERALI

Accordo interconfederale 23 luglio 1993	100
Accordo interconfederale gennaio 2009	101
Accordo interconfederale aprile 2009	101
Accordo interconfederale 28 giugno 2011	101

CIRCOLARI MINISTERIALI

circolare ministero del Lavoro 26 febbraio 2009, prot. n. 2840	68
circolare ministero del Lavoro 4 giugno 2007, prot. n. 7001	68

CIRCOLARI ISTITUTI PREVIDENZIALI

circolare Inpdap (Direzione centrale previdenza) 8 ottobre 2012, n. 17	115
circolare Inps del 2011, n. 40	41

pubblicità
Unipol

pubblicità
Unipol

Finito di stampare
nel mese di marzo 2013
dalla Tipografia O.GRA.RO.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

