

Domenico Dalfino (*)

IL RITO FORNERO NELLA GIURISPRUDENZA: AGGIORNAMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa e punti fermi. — 2. Questioni interpretative vecchie e nuove. — 3. La tesi dell'obbligatorietà specifica del rito. — 4. Ambito di applicazione. — 5. L'inammissibilità delle domande diverse dall'impugnativa del licenziamento e il mutamento di rito. — 6. La coincidenza o non tra giudice della fase sommaria e giudice dell'opposizione. — 7. La persistente operatività della tutela cautelare. — 8. Il giudizio di «reclamo».

1. — *Premessa e punti fermi* — Dalla pubblicazione del primo numero dell'«Osservatorio legge Fornero» (D. Dalfino, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, in *q. Riv.*, 2013, II, pp. 153 ss.) a oggi, alcune delle opzioni interpretative emerse in ordine alla nuova disciplina in materia di impugnativa del licenziamento introdotta dalla legge n. 92 del 2012 si sono consolidate e hanno trovato conforto nelle prassi applicative. Tuttavia, sono anche state prospettate nuove proposte ermeneutiche delle quali si darà sinteticamente conto nei paragrafi che seguono.

Al momento, è possibile individuare i punti sui quali dottrina e giurisprudenza sembrano in prevalenza concordare:

a) il nuovo procedimento risponde alla finalità di ottenere una definizione celere delle «controversie aventi a oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro»;

b) l'ordinanza conclusiva della cd. fase sommaria del procedimento, ove non opposta, è dotata di efficacia conformativa e preclusiva;

c) la deformalizzazione dell'istruttoria caratterizza sia la cd. fase sommaria, sia il giudizio di opposizione, fermo restando in entrambi i casi il necessario rispetto delle garanzie del contraddittorio tra le parti;

(*) Professore associato di Diritto processuale civile presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

d) l'opposizione avverso l'ordinanza conclusiva della cd. fase sommaria rappresenta un giudizio di primo grado a cognizione piena;

e) il «reclamo» avverso la sentenza conclusiva del giudizio di opposizione rappresenta un secondo grado di giudizio a cognizione piena.

2. — *Questioni interpretative vecchie e nuove* — Si continua a discutere, invece, intorno alla obbligatorietà o facoltatività del rito; all'esatta individuazione dell'ambito di applicazione; all'identificazione delle domande diverse rispetto a quella avente a oggetto l'impugnativa del licenziamento, a quest'ultima cumulabili, in quanto fondate sugli «identici fatti costitutivi», ovvero non cumulabili; alle conseguenze della proposizione di domande non cumulabili (inammissibilità o conversione del rito); alla possibile coincidenza tra giudice (persona fisica) della fase sommaria e giudice (persona fisica) della fase di opposizione; alla configurabilità dell'opposizione anche come giudizio *lato sensu* impugnatorio.

3. — *La tesi dell'obbligatorietà specifica del rito* — Come già riscontrato (v. D. Dalfino, *Il rito Fornero nella giurisprudenza...*, cit.), sin dalla prima fase di applicazione, si è potuta riscontrare una netta prevalenza dell'orientamento favorevole all'obbligatorietà del rito (Trib. Bari 26 novembre 2012 – giudice Mastroilli –; 29 novembre 2012 e 7 gennaio 2013 – giudice Calia –; 12 febbraio 2013, 30 aprile 2013 e 25 maggio 2013 – giudice Vernia –; Trib. Genova 9 gennaio 2013 – giudice Ravera –; Trib. Monza 19 marzo 2013 – giudice Rotolo –; Trib. Perugia 23 ottobre 2012 – giudice – Medoro, tutti in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, Cacucci, 2013).

A favore della facoltatività si è espressa, invece, la Sezione lavoro del Tribunale di Firenze, all'esito della riunione tenutasi il 17 ottobre 2012.

Inoltre, il Tribunale di Roma 28 novembre 2012 – giudice Sordi –, e il Trib. Piacenza 16 gennaio 2013, ord. – giudice Picciau –, hanno ritenuto ammissibile e accolto l'istanza congiunta delle parti diretta a «saltare» la fase sommaria per accedere direttamente a quella successiva a cognizione piena, di opposizione.

Queste ultime due tesi, per quanto supportate da plausibili argomentazioni, non convincono, mentre continua a sembrare più persuasiva la tesi dell'obbligatorietà del rito, poiché più rispettosa della *ratio* e della lettera della legge, sebbene, occorre dirlo, sia foriera dell'odiosa conseguenza della moltiplicazione dei giudizi.

Di recente, è stata avanzata anche un'altra proposta interpretativa da parte del giudice D'Oriano, del Tribunale di Napoli (in occasione del-

L'Incontro di studio «giudici del lavoro oggi», organizzato dalla Scuola superiore della magistratura-strutture territoriali di Napoli e Salerno, tenutosi a Capri il 12 ottobre 2013), che tenta di conciliare le contrapposte tesi.

Secondo questa proposta, l'obbligatorietà del rito «va limitata alle controversie che abbiano a oggetto, solo ed esclusivamente, un'impugnativa di licenziamento nelle ipotesi regolate dall'art. 18 Stat. lav., anche se presuppongono questioni di qualificazione del rapporto, per la cui sola trattazione il rito è stato concepito, voluto, adottato e adattato; ne va invece esclusa l'applicazione laddove l'impugnativa di licenziamento venga proposta unitamente ad altre domande, siano esse proposte verso lo stesso datore di lavoro (ad esempio, differenze retributive, mansioni superiori), in via subordinata (ad esempio, tutela obbligatoria), o verso altri soggetti (ad esempio, nelle ipotesi di interposizione)».

Ancora, va «esclusa l'applicabilità del rito alle azioni di accertamento di legittimità del licenziamento proposte dal datore di lavoro, in quanto non costituiscono azioni impugnatorie».

Gli argomenti addotti a sostegno sono di ordine testuale (la lettera dei commi 47 e 48, che parlano espressamente di «impugnativa del licenziamento», nonché l'assenza di un divieto di proposizione di più domande con le forme del rito «ordinario» del lavoro) e sistematico (la *ratio* del rito Fornero è quella di creare una corsia preferenziale per la definizione delle controversie sulla sola impugnativa del licenziamento, vale a dire di un'azione a iniziativa esclusiva del lavoratore).

Inoltre, «dal momento che le norme che disciplinano il rito speciale sono certamente più garantiste di quelle che regolano quello specifico, va *a priori* escluso che una delle parti possa dolersi dell'adozione del primo in luogo del secondo».

4. — *Ambito di applicazione* — Al nuovo rito sono assoggettabili, di regola, soltanto le controversie relative alla impugnativa del licenziamento (art. 1, comma 47, cit.).

In una controversia nella quale la ricorrente aveva dedotto la stipulazione di un contratto di lavoro a progetto con la resistente sino al termine convenzionalmente fissato, carente, tuttavia, di specificità del progetto stesso e nella quale aveva richiesto il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato, *ex* art. 69 del d.lgs. n. 276/2003, previa qualificazione come licenziamento orale della verbale intimazione di scadenza del contratto, nonché la reintegrazione nel posto di lavoro, il Tribunale di Bari 15 ottobre 2013 – giudice Colucci –, ha escluso l'ap-

plicabilità del rito, non rientrandosi in alcuna delle ipotesi dell'invocato art. 18 Stat. lav.

In ogni caso, ha aggiunto il Tribunale: quand'anche «alla ricorrente venisse riconosciuta la subordinazione in virtù dell'effettivo atteggiarsi del rapporto (che è il profilo maggiormente sviluppato in ricorso) si avrebbe la trasformazione in un rapporto di lavoro a tempo determinato, la cui scadenza non comporterebbe le conseguenze *ex art. 18* invocate»; «anche ove si volesse ipotizzare l'azionata conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (così certamente sarebbe, in astratto, per la prima ipotesi di cui all'art. 69 cit.) la conseguenza non sarebbe comunque l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 18 cit. (solo funzionalmente al quale è esperibile la presente procedura speciale)» [sul punto viene richiamata e ritenuta condivisibile Cass. 17 gennaio 2013, n. 1148, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Lavoro* (rapporto), n. 28, secondo cui in tema di lavoro interinale l'art. 1, comma 2, legge n. 196/1997 consente il contratto di fornitura di lavoro temporaneo solo per le esigenze di carattere temporaneo rientranti nelle categorie specificate dalla norma; esigenze che il contratto di fornitura non può quindi omettere di indicare, né può indicare in maniera generica e non esplicitiva, limitandosi a riprodurre il contenuto della previsione normativa; ne consegue che, ove la clausola sia indicata in termini generici, inidonei a essere ricondotti a una delle causali previste dal legislatore, il contratto è illegittimo, e, in applicazione del disposto di cui all'art. 10, legge n. 196 del 1997, il rapporto si considera a tutti gli effetti instaurato con l'utilizzatore interponente].

In materia di pubblico impiego, il Tribunale di Bari 14 gennaio 2013 – giudice Vernia – (in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale...*, cit.), ha ritenuto applicabile, senza particolare sforzo interpretativo, la nuova disciplina processuale per le cause instaurate dopo il 18 luglio 2012, mentre ha dovuto risolvere con argomentazioni più articolate il problema della immediata operatività della nuova disciplina sostanziale di cui al modificato art. 18 Stat. lav.

In una causa proposta nei confronti della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Bari [che, secondo la giurisprudenza di legittimità, va qualificata come ente autonomo di diritto pubblico: cfr. Cass. 9 febbraio 2009, n. 3189, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1663] da un suo dipendente, il Tribunale di Bari fa leva innanzitutto sulla lettera del comma 7 dell'art. 1 della legge n. 92/2012, pervenendo alla conclusione «che vi possono essere norme «espressamente previste» dalla legge n. 92, che si applicano immediatamente al

pubblico impiego, e «norme modificate dalla stessa legge che si estendono» a tale settore quando vi sia una legge anteriore che abbia esplicitamente esteso alla p.a. gli istituti modificati; negli altri casi opererà la norma generale del comma 7, sicché l'applicabilità delle relative norme ai rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti sarà condizionata all'adozione delle iniziative di cui al comma 8».

Osserva, inoltre, il Tribunale che tra i casi in cui la riforma modifica taluni istituti la cui applicazione al pubblico impiego contrattualizzato, pur non essendo «espressamente prevista» ai sensi del citato comma 7, risulta estesa per effetto di norme estranee alla legge n. 92/2012 e preesistenti alla stessa, viene in principale rilievo l'art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, che estende l'integrale applicazione della legge n. 300/1970 «e successive modificazioni», e in particolare dell'art. 18, alla pubblica amministrazione, indipendentemente dal requisito dimensionale.

Vanno respinte, pertanto, sia la tesi dell'applicabilità del vecchio testo dell'art. 18 alla p.a., secondo la quale il richiamo del citato art. 51 costituisce un rinvio mobile, sia quella della vigenza di due distinti testi normativi, «uno – quello modificato dalla legge n. 92/2012 – vigente per i lavoratori privati, e un altro – quello preesistente alla riforma – vigente per i lavoratori pubblici, sul presupposto che la riforma avrebbe comportato la sostanziale abrogazione dell'art. 51», persistendo, in ogni caso, l'operatività dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, in quanto l'art. 1, comma 7, è «norma generale sulla privatizzazione».

Una volta ritenuto applicabile al lavoro pubblico il nuovo art. 18 Stat. lav., il Tribunale afferma agevolmente l'applicabilità del nuovo rito, sul presupposto che la *ratio* della riforma, volta a perseguire l'accelerazione della definizione del contenzioso relativo all'impugnativa del licenziamento e la certezza nel rapporto di lavoro, non possa non valere anche per i dipendenti pubblici.

Anche il Trib. Terni 14 dicembre 2012 – giudice Piantadosi – (in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale...*, cit.), nel respingere l'istanza di revoca del decreto di fissazione dell'udienza *ex* art. 1, comma 48, legge n. 92, e di conseguente fissazione dell'udienza di discussione *ex* art. 420 cod. proc. civ., ha ritenuto applicabile il rito Fornero sulla base soprattutto del rinvio contenuto nell'art. 51 del d.lgs. n. 165/2001.

Sull'applicabilità del rito alla domanda proposta dal datore di lavoro di accertamento della legittimità del licenziamento intimato, non c'è unanimità di consensi perché non tutti sono convinti, da un lato, che il nuovo rito sia previsto nell'interesse di entrambe le parti, dall'altro, che

la lettera del comma 47 consenta di comprendere controversie non attinenti in senso stretto alla impugnativa del licenziamento pur riguardando la sua (il)legittimità.

Eppure, non si può negare il fatto che l'interesse a una decisione celere appartenga a entrambe le parti: non soltanto al lavoratore che invochi la tutela *ex* art. 18 Stat. lav., ma anche al datore di lavoro che miri a ottenere certezza in ordine alla sorte del rapporto di lavoro e alla validità dell'esercizio del proprio potere di recesso.

È stato osservato che la tesi estensiva reca con sé non pochi dubbi interpretativi (ad esempio, quello relativo alla proponibilità in via riconvenzionale, non espressamente contemplata per la fase sommaria, da parte del lavoratore convenuto dell'impugnativa del licenziamento) e comporta inconvenienti (ad esempio, quello connesso alla scelta di un più comodo e vicino Foro da parte del datore di lavoro in base ai criteri di competenza per territorio previsti dall'art. 413 cod. proc. civ.); tuttavia, si è potuto replicare che tali dubbi e inconvenienti possono essere più o meno agevolmente superati (la riconvenzionale del lavoratore è pur sempre domanda fondata sugli «identici fatti costitutivi»; il datore di lavoro potrebbe sempre proporre per primo la domanda con il rito «ordinario» del lavoro) e che la tesi restrittiva, a sua volta, ne comporta altri (un'ulteriore ipotesi di moltiplicazione di giudizi).

Tra i provvedimenti che hanno ritenuto applicabile il rito Fornero all'ipotesi in parola, si segnala Trib. Reggio Calabria 6 febbraio 2013, ord. (in *Lav. giur.*, 2013, p. 373).

5. — *L'inammissibilità delle domande diverse dall'impugnativa del licenziamento e il mutamento di rito* — Continua a registrarsi divergenza di opinioni in ordine alle conseguenze dell'errore sul rito, in mancanza di una disciplina apposita.

La tesi dell'inammissibilità delle domande diverse da quella relativa alla (il)legittimità del licenziamento, partendo dal presupposto della obbligatorietà ed esclusività del rito, fa leva proprio su questa lacuna, per negare la possibilità di una conversione. Inoltre, ravvisa un elemento a supporto nella previsione dell'art. 702-ter cod. proc. civ., asseritamente applicabile in via analogica, che, in relazione al procedimento sommario di cognizione, stabilisce l'inammissibilità della domanda non rientrante nell'ambito di applicazione del procedimento stesso.

A ben vedere, però, per un verso, alla riscontrata lacuna se ne accompagna un'altra, che riguarda proprio l'assenza di disposizioni espresse che attribuiscono al giudice il potere di dichiarare inammissibili le do-

mande diverse; per un altro, l'accostamento della cd. fase sommaria del rito Fornero al procedimento sommario di cognizione non è pertinente, se non altro perché quest'ultimo, secondo la prevalente e preferibile opinione, non è affatto un procedimento sommario, ma a dispetto del *nomen* è un procedimento a cognizione piena sia pure «semplificato». In ogni caso, non si può non rilevare che costituisce principio immanente dell'ordinamento quello per il quale il processo serve ad attuare diritti e sono assolutamente eccezionali le ipotesi di assoluzione dall'osservanza del giudizio.

Si segnala in tal senso Trib. Bari 14 gennaio 2013 – giudice Vernia – (in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale...*, cit.), che ha trovato non convincente la tesi secondo cui la pronuncia in rito di improponibilità o inammissibilità della domanda lascerebbe fermo l'effetto impeditivo della decadenza prodotto dal deposito del ricorso. «Infatti, tale impostazione condurrebbe al risultato di annullare la funzione acceleratoria del termine di decadenza, perché, una volta dichiarata l'improponibilità, si potrebbe liberamente esercitare l'azione in epoca successiva, senza previsione di termine alcuno». Inoltre, ha respinto l'opinione di chi ritiene che l'erroneità nella scelta del rito, «vertendo su una questione di natura endoprocessuale, non rileva ai fini della configurabilità di una causa di decadenza». Al contrario, «si può parlare di fenomeno endoprocessuale soltanto se si provvede al mutamento del rito, mentre invece la declaratoria di inammissibilità comporta l'estinzione del rapporto processuale, con la conseguenza che il ricorso che introduceva un rito errato perde la propria idoneità a impedire la decadenza». La Cassazione, in effetti, afferma costantemente che il mero inizio «dell'azione giudiziaria non vale a sottrarre alla decadenza il diritto esercitato nel caso in cui il giudizio si estingua facendo venire meno il rapporto processuale instaurato» (v. Cass. 18 gennaio 2007, n. 1090, in *Riv. not.*, 2008, p. 413 e in *Corriere giur.*, 2008, p. 710; Cass. 8 giugno 2000, n. 7801, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Dogana*, n. 54; Cass. 14 aprile 1994, n. 3505, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2229).

Invece, secondo la proposta del giudice D'Oriano del Tribunale di Napoli, innanzi riportata, le uniche ipotesi che richiedono un intervento sul rito sono le seguenti: «impugnativa di licenziamento, rientrante nella tutela dell'art. 18 Stat. lav., anche se presuppone una questione sulla qualificazione del rapporto, proposta con rito speciale: in tal caso il potere di qualificazione dell'azione, combinato con l'obbligatorietà del rito, consente al giudice di fissare comunque l'udienza *ex art.* 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012, analogamente a quanto avverrebbe

nell'ipotesi in cui una controversia di lavoro venisse proposta con citazione, al fine di non pregiudicarne la trattazione accelerata; nel contraddittorio delle parti si verificherà poi la correttezza del rito con possibilità comunque di mutarlo in speciale»; «impugnativa di licenziamento, cumulata con domande diverse o subordinate, proposta con rito specifico: in tal caso, non operando l'obbligatorietà del rito, va comunque fissata l'udienza *ex lege* n. 92/2012 in cui, sottoposta la questione al contraddittorio delle parti, si disporrà il mutamento del rito *ex art.* 426 cod. proc. civ., fatta salva la possibilità di rinuncia da parte del lavoratore, accettata dal datore di lavoro, alle domande diverse che consentirebbe la prosecuzione del giudizio con il rito specifico».

6. — *La coincidenza o non tra giudice della fase sommaria e giudice dell'opposizione* — Anche la questione relativa alla coincidenza tra giudice della fase sommaria e giudice dell'opposizione è ancora controversa.

La tesi contraria, come già messo in evidenza (vedi D. Dalfino, *Il rito Fornero nella giurisprudenza...*, cit.), fa leva, variamente, sulla natura *lato sensu* impugnatoria del giudizio di opposizione; sull'assimilabilità del rito Fornero, almeno sul piano strutturale, al procedimento di repressione della condotta antisindacale di cui all'art. 28 Stat. lav., in relazione al quale la Corte costituzionale ha affermato la necessaria diversità tra il giudice che emette il decreto e il giudice chiamato a decidere sull'opposizione allo stesso, dovendo considerarsi quest'ultima come «altro grado» del processo, ai sensi dell'art. 51, n. 4, cod. proc. civ. (vd. Corte cost. 15 ottobre 1999, n. 387, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3441); sull'opportunità che il giudice dell'opposizione sia terzo e imparziale rispetto all'esito del procedimento sommario.

La tesi favorevole alla coincidenza, invece, si richiama: a ragioni di ordine organizzativo (principalmente, la difficoltà, nei Tribunali di piccole dimensioni, di individuare un giudice-persona fisica diverso); alla natura «leggera» dell'istruttoria della fase sommaria e alla diversa intensità rispetto a quella del giudizio di opposizione, che darebbe conferma della coerenza dell'assegnazione della fase di eventuale opposizione al medesimo giudice, il quale attraverso una istruttoria più articolata e con tempi meno stringenti ben potrebbe rimeditare la propria decisione; alla maggiore pertinenza dell'accostamento del procedimento sommario a quello cautelare, rispetto al quale la stessa Corte costituzionale ha ritenuto che «il pieno rendimento dell'attività giurisdizionale, alla stregua del principio di concentrazione, venga più agevolmente conseguito se è sempre lo stesso giudice a condurre il processo» (Corte cost. 7 novem-

bre 1997, n. 326, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1007). In tal senso, ai riferimenti contenuti nel precedente numero di questa rassegna, si aggiunga Trib. Milano 11 ottobre 2013 – Pres. ed Est. Bichi.

7. — *La persistente operatività della tutela cautelare* — C'è unanimità di consensi sulla natura sommaria non cautelare della prima fase del nuovo rito per l'impugnativa del licenziamento.

Si discute, invece, sulla persistente esperibilità della tutela cautelare, in particolare di quella d'urgenza *ex art. 700 cod. proc. civ.* Al momento, sembra prevalere la tesi favorevole, sebbene si affermi al contempo la residualità delle ipotesi in cui concretamente ciò può avvenire, vale a dire quelle in cui neanche la celerità della tutela offerta dal rito Fornero sia in grado di neutralizzare il *periculum in mora*. In tal senso, v. Trib. Ravenna 18 marzo 2013 – giudice Rivero –, nonché Trib. Santa Maria Capua Vetere 12 febbraio 2013 – giudice Cervelli –, che, tra l'altro, osserva che soltanto la tutela cautelare «in forza dell'applicazione dell'art. 669-*sexies*, comma 2, cod. proc. civ. consente la concessione della tutela *inaudita altera parte*), né in senso contrario appare potersi argomentare sulla scorta della particolare celerità del rito sommario, sol che si rifletta (e tale considerazione appare assorbente) che lo schema processuale tipico del rito del lavoro di cui agli artt. 414 ss. cod. proc. civ. – la cui compatibilità con la domanda *ex art. 700 cod. proc. civ.* è pacificamente ammessa – si articola in una sola udienza, per una durata teorica massima di giorni 60, né deve trascurarsi che per il giudice delle leggi ogni situazione giuridica deve poter trovare un suo momento cautelare (Corte cost. n. 326/1997)».

8. — *Il giudizio di «reclamo»* — I commi dal 58 al 61 disciplinano il «reclamo» contro la sentenza che definisce il giudizio di opposizione da proporsi innanzi alla Corte d'Appello (in funzione di giudice del lavoro). A dispetto del nome, si tratta di un vero e proprio appello, a cognizione piena, nonostante la deformalizzazione che caratterizza, anche in questo caso, la fase istruttoria.

Tra le prime decisioni emesse in sede di «reclamo», si segnala Corte d'App. Bologna 21 maggio 2013 – Pres. ed Est. Brusati – (in M Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale...*, cit.), relativa a una controversia in tema di esclusione di socio-lavoratore di cooperativa, che, affermata la natura di giudizio di appello, ritiene applicabile il nuovo testo dell'art. 434, comma 1, cod. proc. civ., circa il contenuto dell'atto introduttivo, come modificato dalla legge n. 134/2012.

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE LE DECISIONI NEL TRIMESTRE OTTOBRE-DICEMBRE 2013

RAPPORTO DI LAVORO (a cura di Massimo Pallini)

SOMMARIO: 1. Illegittimità della legge della Regione Sicilia 15 giugno 1988, n. 11, riguardo al cumulo di interessi legali e rivalutazione monetaria nel caso di ritardo nel pagamento del trattamento economico dovuto ai propri dipendenti. — 2. Infondata la questione di legittimità costituzionale della norma che esclude dal campo di applicazione della disciplina sul contratto di lavoro a tempo determinato il richiamo in servizio del personale volontario del corpo dei Vigili del fuoco. — 3. Illegittimità costituzionale di parti della legge regionale della Sardegna n. 13 del 2012, in materia di stabilizzazione di personale precario della Regione, in quanto viola il cd. principio del pubblico concorso, in forza del quale l'assunzione presso le pubbliche amministrazioni può avvenire solo previo superamento di un concorso pubblico.

1. — *Illegittimità della legge della Regione Sicilia 15 giugno 1988, n. 11, riguardo al cumulo di interessi legali e rivalutazione monetaria nel caso di ritardo nel pagamento del trattamento economico dovuto ai propri dipendenti* — Con ordinanza del 17 aprile 2012 il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana a Sezioni riunite, chiamato a rendere il parere sul ricorso straordinario al Presidente della Regione siciliana proposto il 9 luglio 1996 da alcuni dipendenti regionali, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 30, commi 1 e 2, della legge della Regione siciliana 15 giugno 1988, n. 11, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 2, lett. l, Cost. e all'art. 14, lett. g, del regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, commi 1 e 2, della legge della Regione siciliana 15 giugno 1988, n. 11 (1). Le disposizioni censurate prevedono

(1) Corte cost., sentenza 6 novembre-13 novembre 2013, n. 265 – Pres. Silvestri, Est. Carosi:

«dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, commi 1 e 2, della legge della Regione siciliana 15 giugno 1988, n. 11 (Disciplina dello stato giuridico ed economico del personale dell'amministrazione regionale per il triennio 1985-1987 e modifiche e integrazioni alla normativa concernente lo stesso personale)».

che: «Al personale dell'amministrazione regionale in servizio o a riposo, per i periodi di tempo intercorrenti dal primo del mese successivo alla maturazione del diritto e fino alla data di liquidazione delle competenze economiche spettanti a titolo di stipendio o di pensione, sono dovuti gli interessi nella misura legale nonché la rivalutazione monetaria del valore del credito...» (comma 1) e che: «Le disposizioni del precedente comma si applicano anche per le somme erogate o da erogare al personale in servizio o a riposo ai sensi della legge regionale 29 ottobre 1985, n. 41...» (comma 2). Le norme in questione riconoscono al dipendente regionale il diritto di percepire in via cumulativa interessi in misura legale e rivalutazione monetaria nel caso di tardiva corresponsione delle somme da esse contemplate, a differenza della disciplina nazionale che non consente il cumulo. Ai sensi dell'art. 14, lettera *g*, dello Statuto della Regione siciliana, quest'ultima ha competenza legislativa esclusiva in materia di stato giuridico ed economico del proprio personale. La Consulta ha riconosciuto al legislatore regionale ampia discrezionalità nella determinazione del trattamento economico da accordare ai propri dipendenti, ma nel rispetto dei limiti derivanti dalle norme di rango costituzionale, dai principi generali dell'ordinamento giuridico statale, dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica nonché dagli obblighi internazionali. Nella fattispecie il legislatore regionale non si è attenuto a detti limiti, ma li ha oltrepassati, violando così il citato parametro statutario. Infatti, nell'attribuire ai dipendenti regionali il diritto a percepire in via cumulativa interessi in misura legale e rivalutazione monetaria in caso di pagamento tardivo del debito di lavoro contemplato dalle disposizioni censurate, esse hanno disciplinato il profilo, prettamente civilistico, dell'adempimento di un particolare tipo di obbligazione pecuniaria e delle conseguenze del suo inadempimento, iniziativa preclusa alla legge regionale (sentenza n. 82 del 1998). In tal modo le norme censurate hanno travalicato il limite del diritto privato – vigente fin dal momento di emanazione della norma – fondato sull'esigenza, connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole che disciplinano i rapporti privatistici e, come tali, si impongono anche alle Regioni a Statuto speciale (sentenza n. 189 del 2007).

2. — *Infondata la questione di legittimità costituzionale della norma che esclude dal campo di applicazione della disciplina sul contratto di lavoro a tempo determinato il richiamo in servizio del personale volontario del corpo dei Vigili del fuoco* — Con ordinanza del 6 dicembre 2012, il Tribunale ordinario di Roma,

prima Sezione lavoro, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, commi 11 e 12, della legge 12 novembre 2011, n. 183, per violazione dell'art. 117, comma 1, della Costituzione in riferimento alla clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, allegato alla Direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce. La Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, della legge impugnata (2). Secondo la Corte, il giudice rimettente muoveva dal presupposto interpretativo che tra i volontari dei Vigili del fuoco e la pubblica amministrazione vi sia un rapporto di lavoro a tempo determinato. Tale presupposto è però escluso dalle norme che regolano la materia. La disciplina riguardante i volontari del corpo dei Vigili del fuoco costituisce un sottosistema peculiare, ma non isolato. In altri casi, infatti, il legislatore ha previsto che privati cittadini possano partecipare come «volontari» allo svolgimento di funzioni pubbliche, quali la difesa militare e la protezione civile. Similmente, altri ordinamenti – come quello tedesco – hanno attribuito a personale volontario e non professionale un'ampia parte delle attività di protezione civile. In particolare, i volontari del corpo dei Vigili del fuoco non hanno una funzione suppletiva, bensì emergenziale. Questa peculiare figura di volontari, infatti, è stata introdotta in pieno periodo bellico, dalla legge 27 dicembre 1941, n. 1570, per sopperire a esigenze straordinarie. A conferma di ciò, ancora oggi l'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 8 marzo 2006, n. 139, stabilisce che i volontari possano essere richiamati innanzitutto «in occasione di calamità naturali o catastrofi». I richiami hanno la durata massima di centosessanta giorni all'anno, sono disposti a rotazione e devono essere adeguatamente motivati dall'autorità che opera il richiamo, con ragioni strettamente collegate alla funzione principale del corpo nazionale dei Vigili del fuoco (calamità naturali, catastrofi, soccorso pubblico, altre emergenze). Detti richiami, quindi, sono disposti non per «qualsivoglia» necessità dell'amministrazione, ma «in caso di necessità» funzionali allo

(2) Corte cost., sentenza 6 novembre - 13 novembre 2013, n. 267 – Pres. Silvestri, Est. Cassese:

«dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, commi 11 e 12, della legge 12 novembre 2011, n. 183 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2012), sollevata dal Tribunale ordinario di Roma, prima Sezione lavoro, con l'ordinanza indicata in epigrafe, in riferimento all'art. 117, comma 1, della Costituzione e alla clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, allegato alla Direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce (Direttiva del Consiglio relativa all'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato)».

svolgimento dei summenzionati compiti, per il «soccorso pubblico» e per i «corsi di formazione» a questo scopo. Del resto, i volontari – al contrario del personale permanente del corpo dei Vigili del fuoco – non sono scelti a seguito di pubblico concorso, ma su domanda presentata dai diretti interessati e dopo un periodo di addestramento. Inoltre, questi volontari possono avere un rapporto di lavoro con altro soggetto: per quest'ultimo – che può essere anche un privato – vi è l'obbligo di lasciare disponibili, in caso di loro richiamo, i dipendenti iscritti negli appositi elenchi e di conservare loro il posto di lavoro (art. 8, comma 4, d.lgs. n. 139 del 2006), atteso che «l'assenza dal servizio deve considerarsi giustificata a ogni effetto di legge». Per tutte queste ragioni, il legislatore ha per ben tre volte escluso esplicitamente che tra i volontari del corpo dei Vigili del fuoco e la pubblica amministrazione vi sia un rapporto di lavoro. Il censurato art. 4, comma 12, della legge n. 183 del 2011, infatti, nel prevedere che «i richiami in servizio» di tale personale volontario «non costituiscono rapporti di impiego con l'amministrazione», si limita a ripetere quanto già stabilito per la medesima categoria di soggetti dall'art. 6 del d.lgs. n. 139 del 2006 e dall'art. 1, comma 3, del d.P.R. n. 76 del 2004. Per concludere la Corte afferma che il rapporto tra la pubblica amministrazione e il personale volontario del corpo dei Vigili del fuoco, per l'esercizio di funzioni straordinarie e collegate a eventi di natura eccezionale e di durata ed entità non prevedibili, consiste in una dipendenza di carattere esclusivamente funzionale. I volontari dei Vigili del fuoco non ricadono quindi nell'ambito di applicazione dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce, perché tale accordo si applica «ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge» (clausola 2); nel caso in esame, non vi è un rapporto di lavoro, ma di servizio. La questione, dunque, non è fondata per l'erroneità del presupposto interpretativo da cui muovono le censure prospettate dal giudice rimettente (*ex multis*, sentenze n. 236 e n. 229 del 2013).

3. — *Illegittimità costituzionale di parti della legge regionale della Sardegna n. 13 del 2012, in materia di stabilizzazione di personale precario della Regione, in quanto viola il cd. principio del pubblico concorso, in forza del quale l'assunzione presso le pubbliche amministrazioni può avvenire solo previo superamento di un concorso pubblico* — Con ricorso notificato il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale degli articoli 2 e 3, commi 1 e 2, della legge della Regione autonoma Sardegna 26 giugno 2012, n. 13, intesa all'attuazione degli accordi istituzionali

per la proroga e la prima concessione degli ammortizzatori sociali in deroga, per gli anni 2011 e 2012, in riferimento agli articoli 3, 51, 97 e 117, comma 3, Cost. Con successivo ricorso notificato il 19 novembre 2012, depositato in cancelleria il successivo 26 novembre e iscritto al n. 180 del registro ricorsi dell'anno 2012, il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3, lett. a, della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3, nonché agli artt. 3, 51, 97 e 117, comma 3, Cost., della legge della Regione autonoma Sardegna 13 settembre 2012, n. 17. La Corte, riuniti i giudizi, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 e dell'art. 3 della legge della Regione autonoma Sardegna 26 giugno 2012, n. 13, nonché l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, e dell'art. 2, commi 1, 2, 3 e 5, della legge della Regione autonoma Sardegna 13 settembre 2012, n. 17 (3). Secondo la Corte, le questioni di legittimità costituzionale di entrambe le disposizioni regionali predette sono fondate in riferimento agli artt. 3, 51 e 97 Cost. Se, infatti, l'art. 36, comma 2, della legge reg. Sardegna n. 2 del 2007, con alcune esclusioni, disponeva la stabilizzazione del personale con trenta mesi di lavoro precario all'attivo, sempre che fosse stato assunto con procedure selettive concorsuali pubbliche, l'impugnato art. 2 della legge reg. n. 13 del 2012 integra le categorie di personale destinatarie d'inquadramento a domanda con ulteriori figure professionali. E le identifica con quelle reclutate mediante selezioni precedentemente non comprese e non rigorosamente rispondenti ai caratteri di stretta concorsualità pubblica previsti dalla normativa di riferimento del 2007. Ciò comporta la violazione degli anzidetti parametri evocati, atteso che la Corte ha ripetutamente dichiarato l'illegittimità di norme che disponevano stabilizza-

(3) Corte cost., sentenza 18 novembre-22 novembre 2013, n. 277 – Pres. Silvestri, Est. Mazzella:

«riuniti i giudizi,

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2 della legge della Regione autonoma Sardegna 26 giugno 2012, n. 13 (Rimodulazione del quadro degli interventi regionali a sostegno delle politiche del lavoro e disposizioni in materia di contratti a termine);

2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge della Regione autonoma Sardegna n. 13 del 2012;

3) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge della Regione autonoma Sardegna 13 settembre 2012, n. 17, recante «Finanziamento agli enti locali per il funzionamento dei Centri servizi per il lavoro (Csl), dei Centri servizi inserimento lavorativo (Cesil) e delle Agenzie di sviluppo locale e disposizioni varie»;

4) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, 2, 3 e 5, della legge della Regione autonoma Sardegna n. 17 del 2012».

zioni di personale precario delle pubbliche amministrazioni senza prevedere la necessità del superamento di un concorso pubblico (*ex plurimis*, sentenze n. 51 del 2012, n. 7 del 2011, n. 235 del 2010), e ha più volte ritenuto eccessivamente generico, al fine di autorizzare una successiva stabilizzazione senza concorso, il requisito del previo superamento di una qualsiasi selezione, ancorché pubblica, «perché tale previsione non garantisce che la previa selezione abbia natura concorsuale e sia riferita alla tipologia e al livello delle funzioni che il personale successivamente stabilizzato è chiamato a svolgere» (sentenza n. 127 del 2011, che richiama le sentenze n. 235 del 2010 e n. 293 del 2009). Le medesime ragioni che inficiano l'art. 2 della legge reg. Sardegna n. 13 del 2012 minano, altresì, l'art. 2, comma 2, della legge reg. n. 17 del 2012, che modifica il precedente testo normativo riguardo al termine ultimo del periodo di lavoro temporaneo utile per l'assunzione in pianta stabile del personale selezionato a norma della prima disposizione impugnata. La seconda disposizione censurata (art. 2, comma 2, della legge reg. n. 17 del 2012) è ulteriormente viziata dal denunciato contrasto con l'art. 117, comma 3, Cost., per violazione del principio fondamentale di coordinamento di finanza pubblica che si evince dalla normativa statale in tema di stabilizzazione di cui all'art. 1, comma 558, della legge n. 296 del 2006. Diversamente da quanto opinato dalla Regione resistente, infatti, la citata normativa statale ammetteva alla stabilizzazione soltanto personale non dirigenziale che avesse già maturato tre anni di servizio alla data di entrata in vigore della medesima legge n. 296 del 2006 (in servizio in quel momento o alla luce del lavoro svolto nell'ambito del quinquennio precedente), ovvero che fosse destinato a maturarli in forza di contratti stipulati prima del 29 settembre 2006 e quindi, al massimo, tenuto conto del triennio di servizio necessario, entro il 28 settembre 2009. Per converso, la stabilizzazione del personale regionale in esame, ricomprendendo lavoratori che abbiano svolto il periodo utile di lavoro precario sino al 30 giugno 2011, sfora il limite previsto dall'art. 1, comma 558, della legge n. 296 del 2006, in spregio all'art. 117, comma 3, Cost. In proposito, la Corte costituzionale ha già avuto modo di affermare che «le norme statali in tema di stabilizzazione dei lavoratori precari costituiscono principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica» (sentenze n. 18 del 2013 e n. 310 del 2011). La violazione del parametro costituzionale anzidetto non è scongiurata dallo *ius superveniens* di cui all'art. 4, comma 6, del decreto legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito in legge, con modificazioni, nella legge 30 ottobre 2013, n. 125. Esso ha previsto, ma solo a decorrere

dal 1° settembre 2013 (data di entrata in vigore del citato d.l.), l'avvio di nuove procedure concorsuali miranti all'assunzione a tempo indeterminato, anche con contratti a tempo parziale, a favore di personale non dirigenziale, con contratto a tempo determinato, che presenti, tra gli altri, i requisiti di cui all'art. 1, comma 558, della legge n. 296 del 2006. Tuttavia, diversamente dalla sopravvenuta disposizione statale con forza di legge, che riserva il concorso a soggetti che possano vantare i periodi di lavoro precario come cristallizzati dalla norma interposta richiamata dal Governo ricorrente, la disposizione regionale impugnata, operativa già nel corso del 2012, incide, prorogandola, sulla durata complessiva dei periodi di lavoro precario spendibili per avere accesso alla procedura prevista dal piano regionale di stabilizzazione. Stabilizzazione che, oltre tutto, si realizza nella fattispecie in esame mediante inquadramento a domanda e, per di più, senza alcuna considerazione per i venticinque vincoli finanziari e di assunzione, che sono, invece, condizionanti secondo la nuova normativa statale sopra richiamata. Pertanto, la Corte ha affermato l'illegittimità tanto dell'art. 2 della legge reg. n. 13 del 2012, quanto dell'art. 2, comma 2, della legge reg. n. 17 del 2012. Ad avviso della Corte la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, della legge reg. Sardegna n. 17 del 2012, sollevata in riferimento all'art. 117, comma 3, Cost., è parimenti fondata. La norma in esame, di stabilizzazione del personale regionale, interessa tutti i lavoratori i quali abbiano svolto il periodo prescritto di lavoro precario sino al 30 giugno 2011. In tal modo, però, essa supera il limite previsto dall'art. 1, comma 558, della legge n. 296 del 2006 e si pone in non sanabile contrasto con l'art. 117, comma 3, Cost., in quanto «le norme statali in tema di stabilizzazione dei lavoratori precari costituiscono principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica» (sentenze n. 18 del 2013 e n. 310 del 2011, già citate). Conclusione, questa, che non è minimamente scalfita, in fine, dallo *ius superveniens* di cui all'art. 4, comma 6, del d.l. n. 101 del 2013 e da ciò consegue l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, della legge reg. n. 17 del 2012. Anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, della legge reg. Sardegna n. 17 del 2012, sollevata per contrasto con l'art. 117, comma 3, Cost. nell'ottica del coordinamento della finanza pubblica, nonché con gli artt. 3, 51 e 97 Cost., è fondata sotto il profilo della lesione dei principi di uguaglianza e di buon andamento dell'amministrazione. Il legislatore regionale, con la norma impugnata, ha parificato ai periodi di lavoro utile ai fini della stabilizzazione regolata dall'art. 36, comma 2, della legge reg. n. 2 del 2007, svolti secondo quanto

da esso previsto in forza di contratto di lavoro a termine, o di forme contrattuali flessibili o atipiche, presso l'amministrazione regionale, gli enti o le agenzie regionali rientranti nel comparto di contrattazione regionale di cui alla legge della Regione autonoma Sardegna 13 novembre 1998, n. 31, i periodi lavorativi di tirocinio formativo retribuito e le pregresse attività lavorative presso gli enti locali territoriali e le altre pubbliche amministrazioni. Gli uni e gli altri, però, non sono omogenei rispetto al lavoro precario prestato presso l'amministrazione regionale. I periodi di lavoro in tirocinio, perché non sono equivalenti a quelli di lavoro reso, ancorché in posizione precaria, a beneficio della suddetta amministrazione, presentando una significativa componente formativa che è nell'esclusivo interesse del lavoratore tirocinante. I periodi di lavoro presso gli enti locali territoriali e le altre pubbliche amministrazioni, perché non vi è alcuna garanzia che siano utilmente spendibili nel preconizzato svolgimento in pianta stabile di funzioni di competenza regionale. In entrambi i casi, insomma, si tratta di esperienze non assimilabili per qualità e pregnanza a quelle direttamente maturate presso l'amministrazione regionale sarda, la cui equiparazione risulta, pertanto, lesiva dei principi di parità di trattamento e di buon andamento dell'attività regionale desumibili agli artt. 3 e 97 Cost. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 1 e 2, della legge reg. Sardegna n. 13 del 2012, promossa in relazione all'art. 117, comma 3, Cost., è stata ritenuta fondata poiché tali disposizioni sanciscono il prolungamento dei termini di durata dei contratti di lavoro a tempo determinato di cui all'art. 6, comma 8, della legge reg. Sardegna n. 16 del 2011, in quanto non rinnovati dalle soppresse Province sarde, prescrivendone la stipulazione immediata a iniziativa dei dirigenti delle attuali gestioni provvisorie competenti in materia di personale. La Consulta ha poi rilevato che poco tempo dopo l'entrata in vigore della legge reg. n. 13 del 2012, aveva già dichiarato illegittimo, in quanto lesivo del principio di coordinamento di finanza pubblica, l'art. 6, comma 8, della legge regionale n. 16 del 2011, là dove disponeva uno stanziamento per finanziare la stipulazione dei contratti a tempo determinato onde poter proseguire l'attività lavorativa del personale in servizio presso i Centri servizi per il lavoro (Csl), i Centri servizi inserimento lavorativo (Cesil) e le Agenzie di sviluppo locale. E ciò, proprio perché tale disposizione regionale non si atteneva al limite fissato dall'art. 9, comma 28, del d.l. n. 78 del 2010 (sentenza n. 212 del 2012). Il venir meno della norma che già autorizzava la stipulazione dei contratti a termine formanti oggetto del prescritto rinnovo non priva di attualità la questione in esame. La di-

sposizione oggetto ora del giudizio della Corte, infatti, non fa altro che imporre alle gestioni provvisorie delle Province soppresse il sostanziale rinnovo degli stessi contratti che, alla data di approvazione della legge reg. n. 13 del 2012, le amministrazioni provinciali non avessero ancora concluso. Pertanto, avendo già il giudice costituzionale ravvisato l'illegittimità della norma che aveva rimesso alle Province la stipulazione di tali rinnovi contrattuali, lo stesso giudice non ha potuto che pronunciarsi nel medesimo senso in merito alla norma in esame, che ribadisce un ulteriore prolungamento della loro durata presso le gestioni provvisorie. E ciò, sempre per violazione dell'art. 9, comma 28, del d.l. n. 78 del 2010, pacificamente riconosciuto nella giurisprudenza dalla Consulta come principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica (a partire dalla sentenza n. 173 del 2012). Per le medesime ragioni è stata ritenuta fondata anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 5, della legge reg. Sardegna n. 17 del 2012, che ha esteso agli operatori di tutela ambientale già in servizio presso le amministrazioni provinciali le disposizioni dell'art. 3 della legge reg. n. 13 del 2012. E ciò perché, al pari della predetta norma, e per gli stessi vizi denunciati a suo carico, la disposizione in oggetto viola l'art. 117, comma 3, Cost., con l'interposizione del principio fondamentale di coordinamento di finanza pubblica di cui all'art. 9, comma 28, del d.l. n. 78 del 2010. Anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge reg. Sardegna n. 17 del 2012, che ha introdotto il nuovo disposto dell'art. 6, comma 8, della legge reg. n. 16 del 2011, è stata ritenuta fondata, per violazione dell'art. 117, comma 3, Cost. Con la più volte citata sentenza n. 212 del 2012 la Corte cost. aveva dichiarato illegittimo, in quanto lesivo del principio di coordinamento di finanza pubblica, l'art. 6, comma 8, della legge regionale n. 16 del 2011, là dove disponeva uno stanziamento per finanziare la stipulazione dei contratti a tempo determinato per la prosecuzione dell'attività lavorativa del personale in servizio presso i Centri servizi per il lavoro, i Centri servizi inserimento lavorativo e le Agenzie di sviluppo locale. E ciò perché tale disposizione regionale non richiamava e, quindi, non considerava il tetto di spesa fissato dall'art. 9, comma 28, del d.l. n. 78 del 2010. Neppure la nuova formulazione dell'art. 6, comma 8, della legge reg. n. 16 del 2011 ha però tenuto conto del limite posto dall'art. 9, comma 28, del d.l. n. 78 del 2010; detta norma infatti consente che la spesa ivi autorizzata possa essere tuttora utilizzata per attingere lavoratori a termine o con altre tipologie di lavoro flessibile, ma una volta di più senza richiamare il rispetto del limite di cui all'art. 9, comma 28,

del d.l. n. 78 del 2010. In tale prospettiva, la possibilità che ne deriva alla Regione, di procedere ad assunzioni a tempo determinato comportanti una spesa superiore a quella massima stabilita dalla legislazione statale di principio, determina una patente violazione dell'art. 117, comma 3, Cost. La Corte ha così concluso per la illegittimità anche dell'art. 1, comma 1, della legge reg. n. 17 del 2012.

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 18 luglio 2013, causa C-426/11, Sezione Terza – Avv. Gen. P. Cruz Villalón – Mark Alemo-Herron e altri c. Parkwood Leisure.

Trasferimento di azienda – Direttiva n. 2001/23/Ce – Mantenimento dei diritti dei lavoratori – Contratto collettivo applicabile al cedente e al lavoratore al momento del trasferimento – Clausola di rinvio dinamico – Inopponibilità al cessionario.

L'articolo 3 della Direttiva n. 2001/23/Ce del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, deve essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro preveda, nel caso di un trasferimento d'impresa, che le clausole di rinvio dinamico ai contratti collettivi negoziati e adottati dopo la data del trasferimento siano opponibili al cessionario, qualora quest'ultimo non abbia la possibilità di partecipare al processo di negoziazione di siffatti contratti collettivi conclusi dopo il trasferimento. (1)

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

(1) LE CLAUSOLE DI RINVIO AL CONTRATTO COLLETTIVO TRA LIBERTÀ D'IMPRESA E LIBERTÀ SINDACALE NEGATIVA*

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale. — 2. La libertà d'impresa quale limite alla efficacia della clausola di rinvio al contratto collettivo. — 3. Le possibili ricadute sull'ordinamento nazionale con riguardo alla libertà sindacale negativa.

1. — *La vicenda processuale* — Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia torna a misurarsi dopo alcuni anni dalla sentenza *Werhof* (1) con il problema

* Questo scritto è destinato agli studi in onore di Mario Giovanni Garofalo.

(1) Corte Giust. Ue, sentenza 9 marzo 2006, C-499/04, *Werhof*, in *Racc.*, p. I, 2397.

della opponibilità al cessionario, nell'ipotesi del trasferimento d'azienda, delle clausole di rinvio (dinamico o statico) al contratto collettivo di qualsivoglia livello contenute nei contratti individuali di lavoro.

Il nuovo rinvio alla Corte origina dalla pretesa dei lavoratori impiegati nel servizio «tempo libero» di uno dei consigli distrettuali di Londra (il *Lewisham London Borough Council*), originariamente gestito direttamente dalla pubblica amministrazione municipale e poi ceduta a un'impresa del settore privato (la Parkwood Ltd), di continuare a vedersi applicate le condizioni di lavoro negoziate in seno al *National Joint Council for Local Government Services* (Njc), organismo di contrattazione collettiva del settore pubblico locale, anche in virtù dei rinnovi di questo contratto collettivo negoziati successivamente alla cessione. A sostegno di questa pretesa i lavoratori hanno invocato una clausola prevista nei loro contratti individuali di lavoro, che opera un rinvio dinamico al contratto collettivo negoziato periodicamente appunto dal Njc. Hanno rivendicato pertanto che l'impresa privata cessionaria fosse automaticamente subentrata nella obbligazione contrattuale – originariamente assunta al momento della instaurazione del rapporto di lavoro dalla amministrazione pubblica cedente – di applicare ai rapporti di lavoro detto contratto collettivo e i successivi rinnovi. In tal senso, secondo la difesa dei lavoratori, tale diritto sarebbe garantito dal disposto dell'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 2001/23, che prevede che «i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario»; previsione recepita esattamente nei medesimi termini dal Regno Unito con il *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* del 1981 all'art. 5, par. 2, lett. a.

Dopo alterni esiti nel primo grado e nel giudizio di appello è stata investita della controversia la *Supreme Court*, la quale ha ritenuto di sollevare delle questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia volte a chiarire se l'art. 3 della Direttiva n. 2001/23, consenta o vieti che una clausola, contenuta nei contratti individuali dei lavoratori, di rinvio «dinamico» al disposto di un contratto collettivo e ai suoi futuri rinnovi, sia opponibile anche nei confronti del cessionario in caso di trasferimento d'azienda. La Corte britannica ha ulteriormente specificato la questione pregiudiziale chiedendo ai giudici di Lussemburgo anche di pronunciarsi in merito al dubbio se lo Stato membro nella disciplina nazionale di recepimento della Direttiva n. 2001/23 possa prevedere l'opponibilità al cessionario di una clausola siffatta come misura di maggior favore rispetto alla tutela minima garantita dalla direttiva o se, invece, questa possibilità sia preclusa al legislatore nazionale perché finirebbe per comportare una violazione della libertà sindacale negativa dell'impresa cessionaria garantita dall'art. 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (Cedu).

La *Supreme Court* ha dedotto che tali questioni pregiudiziali non possono ritenersi coincidenti con quelle sulle quali si è già pronunciata la Corte di Giustizia nella richiamata sentenza *Werhof* in quanto il diritto tedesco, investito da quest'ultima pronuncia, ha una concezione sostanzialmente «statica» della operatività di una clausola di rinvio al contratto collettivo, potendo questa garantire l'obbligo per l'impresa ces-

sionaria di continuare ad applicare soltanto il disposto del contratto collettivo vigente al momento del trasferimento d'azienda e non anche quello dei successivi rinnovi (2). Per contro nel diritto britannico secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale (3), tali clausole di rinvio possono assicurare ai lavoratori una protezione «dinamica», secondo cui il cessionario è obbligato ad applicare non soltanto il contratto collettivo in vigore al momento del trasferimento, ma anche quelli successivi.

A ben vedere questa differenza del diritto tedesco rispetto a quello britannico che rileva la Supreme Court non risulta effettivamente sussistente, conoscendo anche il primo clausole di rinvio «dinamico» (4); occorre tuttavia convenire che la questione ora rimessa al giudice europeo è significativamente diversa da quella sottopostagli nel caso *Werhof*. In quest'ultimo il giudice tedesco, il *Landesarbeitsgericht Düsseldorf*, aveva domandato se la Direttiva n. 2001/23 imponga al legislatore nazionale di garantire che in virtù della clausola di rinvio contenuta nei contratti individuali di lavoro il cessionario sia obbligato a continuare a dare applicazione al contratto collettivo oggetto del rinvio anche per i rinnovi successivi al trasferimento. Nel caso *Alemo-Herron*, invece, il giudice britannico ha chiesto alla Corte di Giustizia se la Direttiva n. 2001/23 vieti al legislatore nazionale di prevedere, quale misura di miglior favore rispetto alla tutela minima garantita dalla direttiva, che clausole di rinvio «dinamico» dettate dai contratti individuali dei lavoratori trasferiti siano opponibili al cessionario (5).

La risposta negativa della Corte di Giustizia nel caso *Werhof* era piuttosto scontata, giacché l'art. 3, par. 3, della Direttiva prevede in modo inequivoco l'obbligo del cessionario di continuare ad applicare i trattamenti previsti dal contratto collettivo applicato dal cedente soltanto se lo stesso cessionario non applichi un diverso contratto collettivo (di qualsiasi livello) o, in mancanza, sino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo applicato dal cedente; oltretutto la stessa norma consente agli Stati membri di limitare il periodo del mantenimento delle condizioni di lavoro previste da quest'ultimo contratto collettivo, purché tale periodo non sia comunque inferiore a un anno. L'estensione temporale dei termini di applicazione del contratto collettivo vigente al momento del trasferimento e tanto più dei successivi rinnovi, dunque, non è affatto garantita dalla direttiva e potrebbe semmai trovare tutela solo nel diritto nazionale.

Nel caso *Alemo-Herron* la questione pregiudiziale sollevata in merito alla portata delle clausole di rinvio al contratto collettivo è di ben altra complessità e rilevanza so-

(2) Vd. par. 8 della sentenza in commento.

(3) Vd. Employment Appeal Tribunal, *Whent v. Cartledge*, in *Industrial Relations Law Reports*, 1997, 153; Employment Appeal Tribunal n. 637/96, *Bet Catering Services Ltd v. Ball & Others*; Employment Appeal Tribunal n. 485/97, *Glendale Grounds Management v Bradley*.

(4) Cfr. M. Marinelli, *Clausole di rinvio al contratto collettivo e libertà di associazione nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *W.P. C.s.dle «Massimo D'Antona»*, IT, n. 48/2006, pp. 4 s.

(5) Coglie chiaramente questa rilevante diversità tra le due questioni S.P. Emiliani, *L'efficacia delle clausole di rinvio al contratto collettivo alla luce del Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013*, relazione presentata al Convegno internazionale di studio su «Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali», Venezia, 25-26 ottobre 2013, dattiloscritto, p. 8, nota 48.

ziale, richiedendo al giudice europeo di indagare, come detto, se la Direttiva n. 2001/23 non solo non preveda di per sé l'opponibilità di tali clausole al cessionario, ma precluda persino che una tale misura possa essere prevista dalla legge nazionale. Sebbene l'art. 8 della Direttiva detti, come comunemente si chiudono le direttive in materia di protezione sociale, un principio di maggior favore che intende salvaguardare «... la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori o di incoraggiare o consentire l'applicazione di accordi collettivi o di accordi tra le parti sociali più favorevoli ai lavoratori», la Corte di Giustizia ha tuttavia dato una risposta apparentemente contraddittoria rispetto a questo principio, concludendo che l'art. 3 della Direttiva n. 2001/23 invece non consenta al legislatore nazionale di prevedere che, nel caso di un trasferimento d'azienda, le clausole di rinvio «dinamico» ai contratti collettivi negoziati e adottati dopo la data del trasferimento siano opponibili al cessionario.

2. — *La libertà d'impresa quale limite alla efficacia della clausola di rinvio al contratto collettivo* — La Corte di Giustizia è giunta alla conclusione della inopponibilità al cessionario della clausola di rinvio «dinamico» a un contratto collettivo inserita nei contratti individuali dei lavoratori trasferiti in ragione di motivazioni difformi da quelle proposte a sostegno di una tale tesi sia dalla Supreme Court britannica (6) sia dall'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón (7). Questi ultimi, infatti, avevano rinvenuto il fondamento giuridico di detta inopponibilità nella libertà sindacale negativa garantita non solo ai lavoratori, ma anche all'impresa dall'art. 11 della Cedu (8), in quanto attribuire efficacia vincolante anche nei confronti del cessionario a una clausola di rinvio «dinamico» finirebbe per inibire a quest'ultimo la possibilità di esercitare perennemente — salvo che non intervenga una risoluzione consensuale della clausola — la sua libertà sindacale sia negativa, non potendo astenersi dall'aderire a un sistema di contrattazione collettiva, sia positiva, non potendo neppure aderire a una fonte collettiva diversa da quella prescelta dal cedente. Nel caso in esame tali limitazioni della libertà sindacale dell'impresa d'altronde emergono in modo quasi paradossale, considerato che l'impresa privata non avrebbe potuto, neppure volendo, prender parte alla contrattazione collettiva cui rinviava «dinamicamente» la clausola contenuta nei contratti individuali dei lavoratori trasferiti, perché questa era condotta per la parte datoriale da un organismo di rappresentanza riservato alle amministrazioni pubbliche municipali.

Questa circostanza apparentemente assume una rilevanza cruciale nella pronuncia della Corte di Giustizia, la quale la sottolinea più volte nella parte motivazionale, e nel principio interpretativo enunciato specifica che la Direttiva n. 2001/23 preclude la

(6) Parr. 17-19 della sentenza in commento.

(7) Parr. 42-46 Conclusioni Avvocato Generale del 19 febbraio 2013.

(8) Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo 13 agosto 1981, *Young*, in *Foro it.*, 1982, IV, cc. 133 ss., con nota di E. Triggiani, *Libertà sindacale «negativa» e convenzione europea dei diritti dell'uomo*; affronta specificamente la questione dell'applicabilità dell'art. 11 Cedu anche all'impresa G. Fontana, *Libertà sindacale in Italia e in Europa*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 78/2010.

opponibilità al cessionario della clausola di rinvio dinamico «... qualora quest'ultimo non abbia la possibilità di partecipare al processo di negoziazione di siffatti contratti collettivi conclusi dopo il trasferimento». In realtà le argomentazioni su cui la Corte di Giustizia fonda questa preclusione per il legislatore nazionale, se condotte sino alle loro estreme conseguenze, inducono ad attribuire una portata più ampia a tale preclusione che prescinde dalla necessità che ricorra una impossibilità giuridica del cessionario di partecipare al sistema di contrattazione collettiva cui aderiva il cedente, come appunto nel caso in esame, e si estende a ogni ipotesi in cui semplicemente il cessionario non sia interessato ad aderirvi, pur non sussistendo alcun impedimento (giuridico) a una tale adesione e avendo la facoltà (giuridica) di farlo liberamente.

La Corte denuncia ancora una volta la sua «scarsa» propensione a prendere in considerazione le disposizioni della Cedu come fonti di regolazione precettiva rilevanti per il diritto europeo (9), sebbene l'art. 6 del TUE preveda che l'Unione europea si obbliga a rispettare i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu e la impegni ad aderire direttamente alla stessa Convenzione. È pur vero che tale adesione non è ancora intervenuta, né si annuncia prossima. I giudici di Lussemburgo hanno risolutamente superato il problema adottando una interpretazione riduttiva dell'art. 11 della Cedu, circoscrivendo il diritto tutelato da quest'articolo a quello di associarsi e di non associarsi, che – a dire della Corte – non sarebbe conferente in questo caso, che invece investirebbe unicamente la opponibilità sul piano privatistico anche al cessionario degli effetti vincolanti della clausola di rinvio contenuta nei contratti individuali dei lavoratori trasferiti.

I giudici europei ravvisano piuttosto un insormontabile impedimento alla vincolatività di detta clausola per il cessionario nella libertà d'impresa tutelata dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la cd. Carta di Nizza, ora incorporata nel diritto europeo dallo stesso art. 6 del TUE che le attribuisce una efficacia giuridica equivalente alle altre previsioni dei Trattati europei. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia le norme di diritto europeo secondario, quale appunto la Direttiva n. 2001/23, debbono essere necessariamente interpretate nel rispetto dei diritti fondamentali enunciati dalla Carta di Nizza (10).

La Corte di Giustizia rileva che una delle modalità fondamentali in cui si esplica la libertà d'impresa sia senza dubbio la libertà contrattuale, come si evince dalle spiegazioni elaborate al fine di guidare l'interpretazione della Carta, cui deve attersi l'interprete secondo quanto disposto dagli artt. 6, par. 1, comma 3, TUE, e 52, par. 7, della stessa Carta (11). La Corte ne trae la conclusione che «... in virtù della libertà d'impresa, il cessionario deve avere la possibilità di fare valere efficacemente i propri interessi in un *iter* contrattuale al quale partecipa e di negoziare gli elementi che determinano l'evoluzione delle condizioni di lavoro dei suoi dipendenti in vista della sua futura attività economica» (12); possibilità che invece

(9) Cfr. Corte Giust. Ue 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*.

(10) Cfr. Corte Giust. Ue 27 settembre 2012, C-179/11, *Cimade e Gisti*, par. 42.

(11) Cfr. Corte Giust. Ue 22 gennaio 2013, C-283/11, *Sky Österreich*, par. 42.

(12) Par. 33.

nel caso in esame sarebbe inibita al cessionario ove si ritenesse vincolante anche per lui la clausola di rinvio dinamico contenuta nei contratti individuali dei lavoratori impiegati nell'impresa oggetto del trasferimento. Pertanto la tutela da tributare alla libertà d'impresa, ad avviso della Corte, deve indurre ad adottare una lettura del combinato disposto degli artt. 3 e 8 della Direttiva n. 2001/23 che inibisca agli Stati membri di garantire l'opponibilità di siffatte clausole di rinvio al cessionario, le quali, pur comportando una misura più favorevole ai lavoratori, possono pregiudicare la libertà d'impresa del cessionario (13).

Contrariamente agli auspici di gran parte della dottrina che la Carta di Nizza introducesse nel diritto europeo dei termini di bilanciamento capaci di riequilibrare la relativa cedevolezza dei diritti sociali rispetto ai diritti dell'impresa e del mercato (14), in questo caso la Corte ricorre alle disposizioni della Carta per rinsaldare la primazia di questi ultimi rispetto ai primi. Occorre, però, rammentare al riguardo che la base giuridica della Direttiva in materia di trasferimento d'azienda ha continuato a essere anche dopo la novella del 2001 l'art. 95 TCe (ora art. 114 TfUe), che individua quale bene giuridico tutelato il corretto funzionamento del mercato. In quest'ottica le conclusioni della Corte appaiono del tutto coerenti con tale finalità della direttiva giacché è indubitabile che l'opponibilità anche al cessionario di una clausola di rinvio dinamico a un sistema di contrattazione collettiva, cui il nuovo proprietario dell'azienda sia estraneo e non abbia la possibilità o anche semplicemente l'interesse di aderire, rappresenterebbe un non irrilevante ostacolo al trasferimento della proprietà delle imprese.

3. — *Le possibili ricadute sull'ordinamento nazionale con riguardo alla libertà sindacale negativa* — La sentenza *Alemo-Herron* porta nuovi argomenti a sostegno di quegli orientamenti dottrinali che già con riferimento all'ordinamento italiano hanno sostenuto l'invalidità delle clausole di rinvio «dinamico» a una fonte collettiva non solo nei confronti di nuovi titolari dell'impresa a seguito del trasferimento della proprietà della stessa, ma anche nei confronti del medesimo imprenditore che l'aveva convenuta, laddove questo decida di voler uscire da quel sistema di contrattazione collettiva ed eventualmente aderire a uno diverso, con diversi interlocutori negoziali. Il problema, come è noto, è salito alla ribalta delle cronache con il caso Fiat, poiché nei contratti individuali dei lavoratori assunti delle neocostituite società di Fabbrica Italia è stata inserita una clausola di rinvio dinamico al contratto collettivo aziendale (di primo livello) delle stesse società, perseguendo l'obiettivo di vincolare all'applicazione dello stesso anche i lavoratori non iscritti o iscritti a sindacati diversi da quelli stipulanti (15).

(13) V. Corte Giust. Ue 6 settembre 2012, *Deutsches Weintor*, C-544/10, par. 54 e 58.

(14) Cfr. S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, relazione al convegno «Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani», Perugia 25 e 26 marzo 2011, dattiloscritto p. 5.

(15) Cfr. R. Pessi, *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, F. Carinci (a cura di), Ippsoa, Milano, 2011, p. 35; A. Maresca, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pp. 55 ss.

In effetti, nel dibattito italiano la clausola di rinvio è stata prevalentemente analizzata nella prospettiva funzionale alla estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo applicato dalla impresa-datrice ai lavoratori non aderenti alle organizzazioni sindacali firmatarie. Questa prospettiva di analisi ha anche influenzato la riflessione dottrinale circa la validità e le condizioni di efficacia di detta clausola nei confronti del datore di lavoro che ha ravvisato preclusioni e limiti sul piano del rapporto privatistico-contrattuale a mio avviso non pienamente convincenti.

Si è denunciata la invalidità della clausola di rinvio, sia statico sia dinamico, nei confronti del datore di lavoro che dà applicazione al contratto collettivo cui si rinvia o perché firmatario dello stesso o perché iscritto alla associazione datoriale firmataria. In tal caso la clausola detterebbe una obbligazione *sine causa* perché il datore è già vincolato alla applicazione del contratto collettivo dalla adesione (diretta o indiretta) a questo (16). L'inefficacia della clausola di rinvio in questo caso comporterebbe la libertà dell'imprenditore di uscire da quel sistema di contrattazione collettiva alla scadenza temporale dell'ultimo contratto collettivo, senza che detta clausola possa inibirgli in alcun modo una tale scelta «organizzativa». La clausola di rinvio (statico e dinamico) sarebbe invece pienamente impegnativa per l'impresa che non è firmataria di alcun contratto collettivo né aderisce ad associazioni datoriali firmatarie in quanto in tal caso chiaramente sussisterebbe la *causa* dell'obbligazione, ma la stessa dovrebbe necessariamente ritenersi liberamente recedibile da parte dell'impresa (e anche dei lavoratori) poiché altrimenti concretizzerebbe una obbligazione perenne inammissibile a norma dell'art. 1373 cod. civ. (17).

Come detto, queste tesi appaiono fuorviate dalla unilateralità della prospettiva di analisi volta a rinvenire l'obiettivo funzionale della clausola di rinvio unicamente nella estensione della vincolatività del contratto collettivo al lavoratore non iscritto ai sindacati firmatari o dissenziente; se si amplia la prospettiva di analisi sino a ricomprendervi l'interesse del lavoratore, iscritto e non, ad acquisire la garanzia che il proprio datore di lavoro non possa sottrarsi unilateralmente all'applicazione anche nel futuro dei prodotti di una determinata fonte di regolazione collettiva, è dato ravvisare agevolmente la *causa* di una tale obbligazione. Allo stesso modo il vincolo del datore di lavoro tecnicamente non assume una durata indeterminata, perché quest'obbligo è destinato a venir automaticamente meno al momento di risoluzione dei contratti individuali di lavoro in cui la clausola di rinvio è inserita e per i quali il contratto collettivo oggetto del rinvio viene individuato *ab origine* dalle parti quale fonte dinamica di regolazione delle reciproche obbligazioni.

(16) P. Bellocchi, *Libertà e pluralismo sindacale*, Cedam, Padova, 1998, p. 245; S.P. Emiliani, *L'efficacia del contratto collettivo. Tra iscrizione al sindacato e adesione individuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, I, p. 741.

(17) S.P. Emiliani, *op. ult. cit.*, p. 743; G. Santoro Passarelli, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausole di rinvio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pp. 506 s., denuncia invece la invalidità della clausola di rinvio dinamico per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto della obbligazione contrattuale; sebbene questo Autore ne argomenti per questa ragione la inopponibilità della clausola al lavoratore non iscritto ai sindacati firmatari, dovrebbe per coerenza dedursi la inopponibilità anche nei confronti dell'impresa.

La vincolatività della clausola di rinvio appare invece destinata necessariamente a doversi contemperare con il rispetto non tanto della libertà d'impresa, come afferma la Corte di Giustizia, ma piuttosto con il rispetto della libertà sindacale (negativa e positiva) sia dei lavoratori sia dell'impresa (18) garantita dal comma 1 dell'art. 39 della nostra Costituzione (19). Sebbene la contrattazione collettiva non sia l'unica modalità in cui si eserciti la libertà sindacale, tuttavia non pare possa dubitarsi che sia la principale, rispetto alla quale tutte le altre modalità in cui si declina detta libertà si pongono in un rapporto di strumentalità. Consentire che – seppur mediante una clausola contrattuale di rinvio statico o dinamico liberamente accettata dall'impresa e (si spera) dai lavoratori, del tutto legittima sul piano privatistico – il contenuto di uno specifico contratto o anche dei futuri contratti prodotti da una determinata fonte di regolazione collettiva sia incorporato nel disposto dei contratti individuali di lavoro in modo non recedibile né modificabile unilateralmente, significa in sostanza inibire alle stesse parti contrattuali di poter esercitare a pieno la loro libertà sindacale, negoziando – in proprio o conferendo il mandato di rappresentanza a diverse associazioni e sindacati – nuove condizioni del rapporto contrattuale o, in alternativa, uscendo dall'ambito di applicazione soggettiva dello stesso contratto collettivo. Il punto di equilibrio tra libertà sindacale e autonomia negoziale privata sembra non poter che esser individuato nella garanzia per entrambe le parti della libertà di recesso dalla clausola di rinvio (20) esercitabile al momento della scadenza della naturale vigenza temporale del contratto collettivo (e, nel caso di rinvio dinamico, dei successivi rinnovi di questo) o, qualora il contratto collettivo cui si rinvia abbia una durata indeterminata, esercitabile in qualsiasi momento (21).

Massimo Pallini

Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano

(18) Cfr. M. Persiani, *Osservazioni sulla revisione della dottrina del diritto sindacale*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, p. 4.

(19) Prospettano tali dubbi di incompatibilità con l'art. 39 Cost. anche S.P. Emiliani, *op. ult. cit.*, p. 744; P. Bellocchi, *op. cit.*, pp. 246 s.; M. Persiani, *Improbabile metamorfosi e supposta ambiguità del contratto collettivo*, in Aa.Vv., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto di lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 226; G. Pera, voce *Libertà sindacale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 520; U. Prosperetti, voce *Libertà sindacale (premesse)*, *ivi*, p. 497.

(20) In questi termini si esprime anche S.P. Emiliani, *op. ult. cit.*, p. 10.

(21) Nel senso della libera recedibilità del contratto collettivo a tempo indeterminato v. Cass. 7 marzo 2002, n. 3296, in *Mass. giur. lav.*, 2002, pp. 302 ss., con nota di G. Gramiccia, *Recesso del datore di lavoro dal patto collettivo in tema di previdenza complementare*; Cass. 9 giugno 1993, n. 6408, in *Orient. giur. lav.*, 1994, I, pp. 5 ss., con nota di M. Tiraboschi, *Contratto collettivo di lavoro a tempo indeterminato e libertà di recesso: considerazioni a proposito di un recente mutamento di indirizzo della nostra giurisprudenza di Cassazione*.

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 13 giugno 2013, causa C-415/12, Sezione Nona, ord. – Pres. Malenovský, Est. Safjan e Prechal – Bianca Brandes c. Land Niedersachsen (Avv. Gen. Sharpston).

Ferie – Direttiva n. 2003/88/Ce – Accordo quadro Unice, Ceep, Ces sul lavoro a tempo parziale – Clausola 4 dell’Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale – Principio di non discriminazione – Principio del *pro rata temporis* – Maternità – Mutamento del rapporto di lavoro – Diritti quesiti.

Il diritto pertinente dell’Unione, in particolare l’articolo 7, paragrafo 1, della Direttiva n. 2003/88/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro e la clausola 4, punto 2, dell’Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, concluso il 6 giugno 1997, che figura nell’allegato alla Direttiva n. 97/81/Ce del Consiglio, del 15 dicembre 1997, relativa all’Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall’Unice, dal Ceep e dalla Ces, come modificata dalla Direttiva n. 98/23/Ce del Consiglio, del 7 aprile 1998, deve essere interpretato nel senso che osta a disposizioni o prassi nazionali, come quelle in esame nel procedimento principale, in forza delle quali il numero di giorni di ferie annuali retribuite di cui un lavoratore occupato a tempo pieno non ha potuto beneficiare nel corso del periodo di riferimento – essendo passato a un regime di lavoro a tempo parziale – viene ridotto proporzionalmente alla differenza esistente tra il numero di giorni di lavoro settimanale effettuati da tale lavoratore prima e dopo tale passaggio a tempo parziale. (1)

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

(1) DIRITTO ALLE FERIE ANNUALI E PRINCIPIO DEL *PRO RATA TEMPORIS*

SOMMARIO: 1. Il diritto alle ferie nell’ordinamento europeo. — 2. I fatti e il procedimento interno. — 3. L’ordinanza della Corte di Giustizia. — 4. Riflessioni conclusive.

1. — *Il diritto alle ferie nell’ordinamento europeo* — Il generale riconoscimento di un diritto annuale alle ferie retribuite, in ambito Ue, è una questione alquanto pacifica. Tale diritto risulta, da anni, espressamente contemplato dal diritto derivato – nel quadro dei provvedimenti che mirano ad assicurare il miglioramento della sicurezza, dell’igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro attraverso la regolamentazione dell’orario di lavoro – e la norma specifica che lo prevede (vd. art. 7, Direttiva n. 2003/88/Ce, già contenuto nella vecchia Direttiva n. 93/104/Ce

del 23 novembre 1993) costituisce un importante esempio di disposizione cui gli Stati membri non possono derogare nella fase di attuazione della Direttiva (1). La *ratio* di questo diritto alligna nel valore positivo riconosciuto alle ferie in ordine al ristoro delle energie psico-fisiche del lavoratore; dunque, è strettamente connessa alla tutela dell'integrità psico-fisica della persona del lavoratore. Da questo punto di vista, la previsione di un divieto di sostituzione del periodo di ferie con un'indennità finanziaria ha rappresentato una vera e propria conquista a tutela della persona del lavoratore, che l'ordinamento nazionale ha maturato al suo interno anche grazie alla cessione di sovranità operata nei confronti dell'Ue (2). Infatti, è indubbio che, pur vigendo da tempo il principio dell'irrinunciabilità del diritto alle ferie, sancito dall'art. 36 della Cost., e una specifica disciplina stabilita dalla contrattazione collettiva, la formalizzazione del divieto di monetizzare il mancato godimento del periodo feriale (limitando il riconoscimento di un'indennità sostitutiva delle ferie solamente nel caso di cessazione del rapporto di lavoro) vada ricondotta al decreto attuativo delle direttive comunitarie in materia di orario di lavoro, ovvero al disposto dell'art. 10 del d.lgs. n. 66/2003 (3), a motivo della previsione che, imponendo la fruizione delle ferie entro il diciottesimo mese successivo al termine dell'anno di maturazione, ha attribuito maggiore concretezza al principio stesso dell'irrinunciabilità del diritto in parola. Non va, d'altro canto, neppure taciuto che, anche laddove la fonte regolativa primaria in materia di ferie è stata rappresentata dai precetti della contrattazione collettiva (nei vari comparti del lavoro pubblico), l'effettività del diritto alle ferie, cui l'ordinamento nazionale tende, è risultata alterata da situazioni patologiche di accumulo nel tempo di molti giorni di ferie non godute, che hanno caratterizzato, in sede applicativa, i comportamenti assunti dalle parti nell'ambito dei rapporti di lavoro alle dipendenze della p.a., con un'annessa richiesta di monetizzazione, all'atto della cessazione del rapporto di la-

(1) Tra i numerosi contributi sul tema, in dottrina, più di recente, vd. B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, Bari, 2009; V. Bavaro, U. Carabelli, G. Sforza, R. Voza (a cura di), *Tempo comune. Conciliazione di vita e lavoro e armonizzazione dei tempi della città*, Franco Angeli, Milano, 2009; A. Occhino, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010; G. Ricci, *Il diritto al «giusto» tempo di lavoro nel sistema costituzionale multilevel*, in B. Caruso, M. Militello (eds.), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in *W.P. Csde Massimo D'Antona. Collective Volumes*, 2011, 1, p. 60.

(2) La Corte di Giustizia ha più volte affermato che l'attuazione della disciplina in materia di ferie da parte degli Stati membri deve essere effettuata nei limiti esplicitamente previsti nella stessa Direttiva n. 93/104: vd. Corte Giust., 26 giugno 2001, causa C-173/99, *Bectin*, punto 43; Corte Giust. 18 marzo 2004, causa C-342/01 *Merino Gómez*, punto 29; Corte Giust. 16 marzo 2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele et al.*, punto 48; Corte Giust. 20 settembre 2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, *Schultz-Hoff et al.*, punto 22; Corte Giust. 10 settembre 2009, causa C-277/08, *Vicente Pereda*, punto 18; Corte Giust. 22 aprile 2010, causa C-486/08, *Tirols*, punto 28.

(3) Come pure chiarito dalla circolare ministeriale n. 8/2005, secondo cui: «L'impossibilità di sostituire il godimento delle ferie con la corresponsione dell'indennità sostitutiva è operante per la quota di ferie maturate a partire dal giorno dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 66 del 2003, ossia dal 29 aprile 2003».

voro, che ha generato ricadute particolarmente negative sotto il profilo della lievitazione della spesa pubblica, tali da richiedere un intervento legislativo correttivo (vd. art. 5, comma 8, d.l. 6 luglio 2012, n. 95).

L'importanza fondamentale riconosciuta al diritto alle ferie dall'ordinamento comunitario è stata rimarcata anche con la prima proclamazione della Carta di Nizza: documento che, pur non vincolante, nel 2000, già disegnava il quadro assiologico dei valori europei e vestiva l'ambizione di divenire un testo di rango primario (per cui oggi si vd. il riconoscimento operato dall'art. 6 TUE dopo le modifiche di Lisbona) (4). Anzi, per dirla con le parole degli Avvocati Generali (5), l'inserimento del diritto alle ferie annuali retribuite nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue rappresenta l'affermazione «più qualificata e definitiva della sua natura di diritto fondamentale».

Sebbene il dettato normativo europeo sia chiaro, in questo ambito, il ruolo della Corte di Giustizia è stato determinante nel garantire l'effettività del diritto al riposo (6). Innanzitutto, l'azione della Corte di Giustizia ha dato impulso più intenso al naturale effetto di armonizzazione della direttiva in materia, soprattutto al tempo in cui gli Stati membri non avevano ancora adeguato i loro ordinamenti e mostravano resistenze all'esatto recepimento della (vecchia) Direttiva n. 93/104/Ce (7).

(4) Questo stesso riconoscimento viene operato dalla Corte di Giustizia nell'ordinanza in commento, che richiama la sua recente pronuncia interpretativa dell'art. 31, par. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, dell'8 novembre 2012, causa C-229/11 e C-230/11, *Heimann e Toltschin c. Kaiser GmbH*, punto 22, e altri precedenti: caso *Schultz-Hoff et al.*, cit., punto 54; Corte Giust. 22 novembre 2011, causa C-214/10, *Kbs Ag c. Winfried Schulte*, punto 37; Corte Giust. 3 maggio 2012, causa C-337/10, *Neidel*, punti 28 e 40, con breve nota di I. Ingravallo, in *Guida dir.*, 2012, n. 23, p. 98.

(5) Vd. conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak, 24 gennaio 2008, causa C-350/06, *Gerhard Schultz-Hoff c. Deutsche Rentenversicherung Bund*, punto 38; conf. a conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, 8 febbraio 2001, *Bectu*.

(6) Abbastanza nota è la pronuncia resa nel caso *Bectu*, cit., in cui, in relazione al par. 1 dell'art. 7 della Direttiva n. 93/104/Ce è stato precisato che «Gli Stati membri possono definire, nella loro normativa interna, le condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie annuali retribuite, precisando le circostanze concrete in cui i lavoratori possono avvalersi di tale diritto, di cui essi godono sulla base dell'integralità dei periodi di lavoro compiuti, ma non possono affatto condizionare la costituzione stessa del diritto, che scaturisce direttamente dalla direttiva...»; vd. punto 53 della sentenza e punto 34 delle conclusioni dell'Avvocato Generale. Su questa base la Corte ha dichiarato incompatibile la normativa del Regno Unito, secondo cui i lavoratori iniziavano a maturare le ferie annuali retribuite solo a condizione di aver compiuto un periodo minimo di tredici settimane di lavoro ininterrotto alle dipendenze dello stesso datore di lavoro. Tra i vari commenti, vd. G. Ricci, *Bectu: An Unlimited Right to Annual Paid Leave*, in *Ind. law. jour.*, 2001, pp. 401-408.

(7) Così, ad es., sempre nel caso *Bectu*, cit., punto 56, la Corte ha precisato che «anche ammesso che altre normative nazionali contengano una disposizione analoga» a quella figurante nella legislazione sospettata di incompatibilità con il diritto comunitario e quindi oggetto di rinvio pregiudiziale, «secondo costante giurisprudenza uno Stato membro non può giustificare l'inadempimento degli obblighi su di esso incombenti in forza del diritto comunitario adducendo il fatto che anche altri Stati membri verrebbero meno ai loro obblighi». In questo senso anche Corte Giust. 9 luglio 1991, causa C-146/89, *Commissione c. Regno Unito*.

Anche di recente il giudice comunitario ha ribadito che il lavoratore «deve poter beneficiare di un riposo effettivo», adducendo a sostegno quanto previsto dall'art. 7, par. 2, della Direttiva n. 2003/88/Ce e cioè che l'unica eccezione al divieto di monetizzazione delle ferie è rappresentata dal caso di cessazione del rapporto di lavoro (8). Come sottolineato dall'Avvocato Generale Mischo, il fatto che, per effetto della norma appena richiamata, il periodo minimo di ferie annuali non possa essere sostituito da un'indennità pecuniaria costituisce un'ulteriore prova della natura del diritto alle ferie quale diritto assoluto (9). Per di più, a garanzia dell'effettività di questo diritto, va richiamata anche la giurisprudenza tesa ad affermare la persistenza dell'*effetto positivo* delle ferie, connesso alla volontà di tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore. In altri termini, la Corte di Giustizia ha affermato che la funzione ricreativa delle ferie rimane anche se il lavoratore fruisce delle ferie in un momento successivo al periodo di riferimento in cui esse sono maturate (10), e che detta fruizione successiva non ha alcun nesso con il volume delle ore di lavoro effettuate dal lavoratore al momento della fruizione stessa delle ferie. Sicché, in caso di conversione di un rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, non è ammessa la riduzione di ferie già maturate in costanza di rapporto a tempo pieno; né è ammissibile che i lavoratori che si avvalgono del diritto al congedo parentale perdano, al termine del loro congedo, i diritti alle ferie annuali retribuite maturati nell'anno precedente la nascita del loro figlio (11). Se la Corte ha recentemente ricordato che il diritto alle ferie va riconosciuto a prescindere dal fatto che il lavoratore interessato dal congedo parentale sia di sesso femminile o maschile (12), va annotato che, in passato, il giudice comunitario ha dovuto, innanzitutto, statuire in ordine alla posizione della donna in congedo di maternità, allo scopo di tutelarla nel suo diritto a fruire delle ferie in un periodo diverso da quello corrispondente all'astensione dal lavoro per maternità, anche in caso di coincidenza tra il periodo di congedo per maternità e quello stabilito a titolo generale da un contratto collettivo per le ferie annuali della totalità del personale (13). In questo senso, è stato rimarcato che la finalità del diritto

(8) Vd. caso *Tirols*, cit., punto 31, con precedenti nel caso *Bectu*, cit., punto 44, e nel caso *Merino Gómez*, cit., punto 30.

(9) Vd. conclusioni dell'Avvocato Generale, 3 aprile 2003, causa C-342/01, *Merino Gómez*, punto 33. Sull'effettività del diritto in parola, vd. V. Bavaro, *Il principio di effettività del diritto alle ferie nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, II, p. 1343.

(10) Vd. Corte Giust. 6 aprile 2006, causa C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, punto 30, da cui si trae che l'effetto positivo delle ferie annuali retribuite sulla sicurezza e sulla salute del lavoratore si esplica pienamente se le ferie vengono prese nell'anno all'uopo previsto, cioè nell'anno in corso, ma detto periodo di riposo permane interessante sotto tale profilo anche qualora se ne fruisca in un momento successivo. A riguardo, vd. G. Ricci, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 509.

(11) Vd. caso *Tirols*, cit., punti 32 e 56.

(12) Vd. caso *Tirols*, cit., punto 54.

(13) In proposito, vd. Corte Giust. 18 marzo 2004, causa C-342/01, *Merino Gómez*, in cui è stato anche precisato che l'art. 11, punto 2, lett. a, Direttiva n. 92/85, deve essere interpretato nel senso che esso riguarda altresì il diritto di una lavoratrice, in circostanze si-

alle ferie annuali è diversa da quella del diritto al congedo di maternità (14). Sicché, in caso di coincidenza tra le date del congedo di maternità di una lavoratrice e quelle delle ferie annuali della totalità del personale, i dettami di cui all'art. 7, n. 1, della Direttiva n. 93/104 non possono considerarsi rispettati, in quanto se si ammettesse la possibilità di far coincidere i due periodi di congedo si finirebbe automaticamente con l'annullarne uno (15).

L'ambito entro cui opera l'effettività del diritto alle ferie è risultato, infine, ampliato, qualche anno fa, per effetto di un'ulteriore pronuncia con cui la Corte ha assicurato il diritto alle ferie annuali anche nel caso in cui esse sono coincidenti con un congedo per malattia. In particolare, nella sentenza *Schultz-Hoff*, è stato affermato che, poiché gli Stati membri, nel definire discrezionalmente le condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie annuali retribuite, non possono condizionare la costituzione stessa del diritto predetto, l'art. 7, n. 1, della Direttiva n. 2003/88/Ce osta a disposizioni o a prassi nazionali che prevedano che il diritto alle ferie annuali retribuite si estingua, allo scadere del periodo di riferimento e/o di un periodo di riporto fissato dal diritto nazionale, anche quando il lavoratore è stato in congedo per malattia per l'intera durata o per una parte del periodo di riferimento e la sua inabilità al lavoro è perdurata fino al termine del rapporto di lavoro; ragione per cui egli non ha potuto esercitare il suo diritto alle ferie annuali retribuite (16).

Dopo il caso *Schultz-Hoff*, la Corte è tornata sull'argomento (17) e, da ultimo, ha precisato che il diritto alle ferie annuali retribuite non può essere cumulato senza limiti temporali (18). Pertanto, nel caso di una malattia di lunga durata, il diritto alle ferie si estingue al termine del periodo di riporto se il lavoratore non ha potuto esercitarlo durante il periodo di riferimento, né durante il periodo di riporto stabilito, in misura adeguata, dalla contrattazione collettiva. Resta, tuttavia,

mili a quelle della causa principale, a ferie annuali per un periodo più lungo, previsto dalla normativa nazionale, rispetto al minimo stabilito dalla Direttiva sull'orario di lavoro; vd. annotazioni di M. Brescia, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, III, pp. 1268-1272, e A. Occhino, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, pp. 704-712.

(14) Si vd. *Merino Gómez*, cit., punto 32; Corte Giust. 12 luglio 1984, causa C-184/83, *Hofmann*, punto 25; Corte Giust. 27 ottobre 1998, causa C-411/96, *Boyle et al.*, punto 41; Corte Giust. 30 ottobre 1998, causa C-136/95, *Thibault*, punto 25.

(15) *Merino Gómez*, cit., punti 33 e 23.

(16) Vd. *Schultz-Hoff*, punto 52. In ordine ai criteri di calcolo dell'indennità finanziaria eventualmente spettante in forza dell'art. 7, n. 2, Direttiva n. 2003/88/Ce, va considerato che nessuna disposizione della direttiva fissa espressamente le modalità di calcolo di questa indennità, ma in proposito rileva quanto affermato dalla Corte di Giustizia nel caso *Robinson-Steele et al.*, cit., punti 49, 50, 52, 58, e ribadito nel caso *Schultz-Hoff*, cit., punti 60 e 61. Sul caso *Schultz-Hoff*, note di M.G. Mattarolo, in *Lav. giur.*, 2009, p. 467; vd. anche S. Caponetti, in *Mass. giur. lav.*, 2009, p. 804.

(17) Vd., causa C-277/08, *Vicente Pereda*, cit., conf., con note di M.G. Mattarolo, in *Lav. giur.*, 2010, p. 159; A. Greco, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 2, p. 548, nonché F. Ciriello, in *Giur. it.*, 2010, 11, pp. 2371-2373, e G. Ricci, in *Foro it.*, 2010, IV, cc., 227-228.

(18) Vd. causa C-214/2010, *Kbs Ag c. Winfried Schulte*, cit., con note di L. Valente, in *q. Riv.*, 2012, 2, e N. De Angelis, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, n. 6, I, pp. 507-510.

non precisato se siffatta estinzione del diritto alle ferie incida sull'indennità sostitutiva delle ferie non godute.

A ogni modo, secondo la giurisprudenza pregressa, il diritto alle ferie può essere indubbiamente ricondotto all'insieme dei diritti inderogabili derivanti direttamente dal rapporto di lavoro (19) e, in particolare, tra quei diritti che, ai sensi della clausola 2, punto 6, dell'Accordo quadro sul congedo parentale (20), una volta acquisiti o in via di acquisizione alla data di inizio di un congedo parentale, restano immutati fino alla fine dello stesso e si applicano al suo termine (21).

Il diritto alle ferie, fondamentale nell'ordinamento comunitario, non ammette interpretazioni restrittive (22). Anche la sola perdita parziale del diritto in parola, maturato in un dato periodo di riferimento, si impone solamente nel caso in cui il

(19) Anche nel recente caso *Tirols*, cit., punto 28, la Corte ha ricordato che, secondo la sua costante giurisprudenza, il diritto in parola deve essere considerato «un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione, al quale non si può derogare e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti espliciti indicati dalla Direttiva n. 93/104/Ce». Esemplificativo, in tal senso, è il caso *Schultz-Hoff*, cit., in cui l'inderogabilità dell'art. 7 della Direttiva n. 2003/88/Ce viene interpretata, al fine di garantirne l'effettività, e combinata con l'applicazione di un'indennità sostitutiva delle ferie annuali retribuite non godute alla fine del contratto a causa di malattia.

(20) Come ribadito dalla stessa Corte di Giustizia nel caso *Tirols*, cit., punto 50 – dopo Corte Giust. 16 luglio 2009, causa C-537/07, *Gómez Limón Sánchez-Camacho*, punto 32-33, e Corte Giust. 22 ottobre 2009, causa C-116/08, *Meerts*, punto 39 –, la suddetta clausola può essere invocata dai singoli innanzi a un giudice nazionale. In questo senso, la giurisprudenza sull'effetto diretto delle disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva (Corte Giust. 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, punti 46 e 49; Corte Giust. 20 marzo 2003, causa C-187/00, *Kutz-Bauer*, punti 69 e 71, nonché Corte Giust. 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punto 57) è ritenuta applicabile agli accordi che, come l'Accordo quadro sul congedo parentale, sono nati da un dialogo condotto, sulla base dell'art. 139, par. 1, TCe (ora art. 155, par. 1, TfUE), tra le parti sociali a livello comunitario e sono stati attuati, conformemente al par. 2 dello stesso articolo, da una direttiva del Consiglio, di cui sono parte integrante; vd. *Gómez Limón Sánchez-Camacho*, cit., punto 34, che richiama quanto espresso nel caso *Impact*, cit., punto 58, e nella Corte Giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki et al.*, punto 195.

(21) Nel caso *Gómez Limón Sánchez-Camacho*, cit., punti 36 e 39, la Corte ha precisato che detta clausola 2, punto 6, avente il fine ultimo di evitare ogni lesione dei diritti dei lavoratori che abbiano scelto di godere del congedo parentale, obbliga, in linea generale e in termini inequivocabili, sia le autorità nazionali sia i datori di lavoro, a riconoscere i diritti acquisiti e quelli in via di acquisizione alla data di inizio del congedo stesso e a garantire che, al termine del congedo, i lavoratori possano continuare ad acquisire diritti come se il congedo non fosse intervenuto, ovvero a garantire che, al termine di tale congedo, la sua situazione, riguardo a tali diritti, sia la medesima che possedeva precedentemente a detto congedo. Il contenuto della clausola 2, punto 6, dell'Accordo quadro sul congedo parentale è stato ritenuto, pertanto, sufficientemente preciso, tale che detta disposizione possa essere invocata da un soggetto dell'ordinamento e applicata dal giudice (per analogia, vd. caso *Marshall*, cit., punto 52). In senso conf. vd. anche *Meerts*, cit., punto 39.

(22) In questo senso, vd. Corte Giust., 8 dicembre 2012, cause riunite C-229/11 e C-230/11, *Heimann e Toltschin*, punti 22-23; Corte Giust. 21 giugno 2012, C-78/11, *Anged*, punto 18; caso *Meerts*, cit., punto 42, e caso *Tirols*, cit., punto 29.

lavoratore non abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare il predetto diritto (23). Difatti, il diritto comunitario vigente e, in particolare, l'art. 7, n. 1, della Direttiva n. 2003/88/Ce non permette di considerare legittime le disposizioni nazionali o i contratti collettivi in forza di cui un lavoratore, in congedo per malattia durante il periodo di ferie annuali fissato nel calendario delle ferie dell'impresa di appartenenza, non ha il diritto, una volta ristabilitosi, di godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello definito inizialmente, eventualmente al di fuori del periodo di riferimento corrispondente (24).

A quanto sopra considerato, è d'uopo aggiungere che, dato che la clausola 4, punto 2, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale prevede l'applicazione del principio del *pro rata temporis*, è legittimo considerare applicabile una graduale riduzione del periodo di ferie annuali in caso di lavoro a tempo parziale (25). Il suddetto principio è ritenuto operante anche in caso di riduzione dell'orario di lavoro connessa a un patto sociale che dispone la sospensione o la soppressione degli obblighi di prestazione reciproci del datore di lavoro e del lavoratore dipendente (26); in questo caso, infatti, secondo la Corte di Giustizia, i lavoratori a tempo ridotto devono essere qualificati come «lavoratori temporaneamente a tempo parziale», in quanto la loro situazione è *de facto* paragonabile a quella dei lavoratori a tempo parziale (27). La Corte ha, tuttavia, precisato che detto principio non può essere applicato *ex post* al diritto di ferie annuali già maturato in occasione di un periodo di lavoro a tempo pieno. Né si può dedurre dalle disposizioni

(23) Vd. punto 32 della sentenza in epigrafe, nonché nel caso *Tirols*, cit., punto 34.

(24) Così, causa C-277/08, *Vicente Pereda*, cit., punti 19 e 26, conf. a quanto già in caso *Schultz-Hoff*, cit., punti 43 e 55.

(25) Nel caso *Tirols*, punto 33, la suddetta clausola 4, secondo cui, dove opportuno, si applica il principio del *pro rata temporis* alle condizioni di impiego dei lavoratori a tempo parziale, è stata evocata dalla Corte di Giustizia e applicata nel riconoscimento delle ferie annuali per un periodo di lavoro a tempo parziale, ritenendo che, per un simile periodo, la diminuzione del diritto alle ferie annuali rispetto a quello riconosciuto per un periodo di lavoro a tempo pieno sia giustificato da ragioni obiettive.

(26) Vd. caso *Heimann e Toltschin*, cit., in cui il giudice comunitario ha escluso l'applicabilità *mutatis mutandis* delle acquisizioni di cui alla giurisprudenza pregressa (vd., in particolare, caso *Schultz-Hoff*, cit., punto 62), alla situazione di un lavoratore a tempo ridotto come quella di cui ai procedimenti principali, precisando che occorre distinguere tra la situazione di un lavoratore inabile al lavoro per malattia e quella di un lavoratore a tempo ridotto «a zero ore», che può riposarsi o dedicarsi ad attività rilassanti e ricreative e comunque non è soggetto alle limitazioni fisiche e psichiche derivanti da una malattia.

(27) Secondo la Corte, questa soluzione è opportuna anche alla luce della finalità del piano sociale, che consiste nell'evitare l'istantaneo licenziamento dei lavoratori per motivi economici e nel ridurre gli inconvenienti derivanti a costoro dal licenziamento. Infatti, se si collegasse il beneficio riconosciuto al lavoratore dal diritto nazionale (per effetto della riduzione dell'orario a zero ore) all'obbligo del datore di lavoro di pagare ferie annuali retribuite durante il periodo di prolungamento formale del contratto di lavoro, attuato per ragioni puramente sociali, si potrebbe generare un effetto dissuasivo, rischiando di determinare una resistenza del datore di lavoro ad accettare un tale piano sociale, così privando il lavoratore degli effetti positivi di questo (punti 26-32).

pertinenti della Direttiva n. 2003/88/Ce che una normativa nazionale possa prevedere, tra le condizioni di attuazione del diritto alle ferie annuali, la perdita parziale di un diritto alle ferie già acquisito in relazione a un periodo di riferimento anteriore (28). In altri termini, in assenza di qualsiasi ragione oggettiva idonea a giustificarla (29), la perdita parziale del diritto alle ferie maturato in riferimento a un rapporto di lavoro a tempo pieno non si legittima né in forza delle disposizioni della Direttiva n. 2003/88/Ce, né in forza della clausola 4, punto 2, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale (30).

Nel tirare le somme di questa premessa è, dunque, possibile affermare che, alla luce del diritto comunitario vigente, ivi compreso quello di matrice giurisprudenziale, il diritto alle ferie annuali retribuite è da considerarsi non solo un diritto fondamentale «assoluto» (nel senso della sua stretta connessione con la tutela dell'integrità fisica) (31), ma anche difficilmente comprimibile alla luce del principio di proporzionalità, che, in generale, è suscettibile di condizionare i diritti enunciati nella Carta di Nizza. A differenza di altri diritti sociali fondamentali, questo diritto risulta dotato di una maggiore capacità di resistenza alle compressioni derivanti da considerazioni di carattere strettamente economico (32). Nel caso *Tirols*, ad esempio, l'argomento del *Land* di giustificare un diverso trattamento dei lavoratori a tempo determinato rispetto a quelli a tempo parziale con l'imperativo di dover impostare una «gestione rigorosa del personale» (pretesa ragione oggettiva giustificatrice) è stato ritenuto dalla Corte di Giustizia privo di fondamento, laddove la predetta gestione attiene a considerazioni di bilancio non idonee a giustificare una

(28) Vd. caso *Tirols*, cit., punto 33 e, poi, il caso *Heimann e Toltschin*, cit., punto 35.

(29) Da ultimo, vd. quanto in *Vicente Pereda*, punto 19. La ragione giustificatrice insiste, tuttavia, solo nella oggettiva impossibilità di godere delle ferie, anche in un periodo ulteriore rispetto a quello di riferimento. Dunque, l'unica ipotesi legittima risiede nella fattispecie della cessazione del rapporto di lavoro; caso in cui, peraltro, la mancata fruizione delle ferie deve essere comunque indennizzata. Circa la facoltà concessa dall'art. 7, n. 2, Direttiva n. 2003/88/Ce, di sostituire il diritto alle ferie annuali retribuite con una compensazione finanziaria solo nel caso in cui sia cessato il rapporto di lavoro, vd., *Bectu*, cit., punto 44, con riferimento alla Direttiva n. 93/104, e *Merino Gómez*, cit., punto 30.

(30) Vd. caso *Tirols*, cit., punto 34.

(31) Esiste, infatti, anche altra giurisprudenza, riguardante le libertà economiche fondamentali (vd. Corte Giust. 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger*, e Corte Giust. 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*) da cui è originata l'idea dottrinale dell'esistenza, nell'ordinamento europeo, di diritti fondamentali «assoluti» che non tollerano alcuna restrizione, come ad es. quelli enunciati agli artt. 1, 2 e 5, Carta dei diritti fondamentali dell'Ue; in dottrina, A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali assoluti nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 644.

(32) In proposito, si veda quanto stabilito sin dal Considerando 5 della Direttiva sull'orario di lavoro, in merito a cui rilevano anche le affermazioni della Corte nel caso *Bectu*, punto 59; per di più, stando a quanto espressamente sostenuto dall'Avvocato Generale Misho, conclusioni del 3 aprile 2003, causa C-342/01, *Merino Gómez*, punti 34 e 41, non esiste alcuna deroga al diritto alle ferie annuali per ragioni economiche ed è incontestabile che detto diritto risulti connesso a un contratto di lavoro e debba essere tutelato in ogni caso.

discriminazione (33). Questo forte *status*, essenzialmente dipendente dalla *ratio* del diritto alle ferie e dalla sua collocazione sistematica nel quadro delle fonti (34), è anche strettamente connesso all'alto tenore del principio di non discriminazione garantito dall'ordinamento comunitario. Per cui, dato il periodo minimo di ferie annuali, fissato dalla Direttiva sull'orario di lavoro in almeno 4 settimane, in caso di lavoro *part-time* si ammette una riduzione dei giorni di ferie proporzionale alla riduzione dell'orario di lavoro rispetto al tempo pieno, ma sempre avendo cura di non trattare i lavoratori a tempo parziale in modo meno favorevole rispetto a quelli a tempo pieno, fatte salve le ragioni obiettive che giustificano un trattamento differente (vd. clausola 4, punti 1 e 2, Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale). Analogamente, vengono tutelate le condizioni di impiego dei lavoratori a tempo determinato rispetto a quelli a tempo pieno (v. clausola 4, punti 1 e 2, Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato), come pure la conservazione del diritto alle ferie in caso di astensione obbligatoria dal lavoro per maternità o in caso di congedo parentale (v. la clausola 2, punto 6, Accordo quadro sul congedo parentale). In particolare, per effetto delle pronunce interpretative della Corte di Giustizia, le ferie già maturate prima del mutamento del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale (35), quelle che maturano in costanza di rapporto a tempo determinato (36), nonché quelle maturate o in via di acquisizione alla data di inizio del congedo parentale (37), sono da considerarsi alla stregua di diritti quesiti.

È questo il diritto rilevante nella fattispecie, come traspare anche dall'*incipit* della motivazione (38) e dalla massima stessa che, appunto, evocano «il diritto pertinente dell'Unione».

(33) Vd. caso *Tirols*, punto 46, e i rif. a Corte Giust. 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*, punto 85.

(34) Vd. Corte Giust. Ue, Grande Sezione, 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Maribel Dominguez*, in cui l'art. 31, Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, è richiamato espressamente tra le fonti di diritto dell'Unione; sul caso, note di: R. Cosio, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 476; A. Riccardi, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 557; E. Adobati, in *Dir. comun. scambi intern.*, 2012, p. 73.

(35) Questo è proprio il caso ricorrente nei fatti alla base del procedimento principale.

(36) Nel caso *Tirols*, cit., ad es., la Corte ha stabilito che la clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato osta a una disposizione nazionale sulle ferie come quella del *Land Tyrol* relativa agli agenti contrattuali, che addirittura esclude dal suo ambito di applicazione persone occupate per una durata massima di sei mesi ovvero occasionalmente, nonché quelle che, pur regolarmente occupate, lo siano in misura inferiore al 30% dell'orario completo (dispositivo 2).

(37) Infatti, nel caso *Tirols*, cit., la Corte ha anche affermato che il fatto di aver fruito di un congedo parentale non può costituire un motivo che legittima l'esclusione del diritto alle ferie annuali retribuite maturate nell'anno precedente alla nascita del figlio, e ha quindi ritenuto la normativa interna confliggente con la direttiva nella parte in cui prevede che i lavoratori che si avvalgono del congedo di due anni al termine dello stesso perdono il loro diritto alle ferie maturate.

(38) Vd., in particolare, il punto 25 dell'ordinanza.

2. — *I fatti e il procedimento interno* — La sentenza in epigrafe origina dal rifiuto del *Land Niedersachsen* di accogliere la domanda di una lavoratrice madre che richiedeva il riconoscimento del suo diritto alle ferie maturate e non fruito durante un rapporto di lavoro a tempo pieno in costanza di astensione obbligatoria per maternità, prima, e congedo parentale, poi. Nei fatti è avvenuto che, al rientro dal congedo parentale, la lavoratrice abbia optato per la conversione del suo rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale. Sulla base di detto mutamento di orario intervenuto nel rapporto di lavoro, il *Land* succitato ha ricalcolato le ferie (già maturate e non godute dalla lavoratrice in ragione della sua assenza da lavoro connessa allo stato di gravidanza e alla nascita del figlio), proporzionandole in relazione al numero di giorni effettivamente lavorati dopo la conversione del rapporto di lavoro in *part-time*, e ha riconosciuto, quindi, un saldo ferie di 17 giorni, anziché di 29 come richiesto dalla signora Brandes. Secondo il *Land*, detta operazione avrebbe «un effetto neutro» sulla durata delle ferie della lavoratrice, considerato che il riconoscimento di soli 17 giorni di ferie non altera il numero di settimane di riposo possibile. Questo perché la lavoratrice a tempo parziale necessita di un numero di giorni di ferie minore per avere una settimana libera. Per di più, secondo il *Land*, un calcolo dei giorni di ferie non proporzionato ai giorni lavorati comporterebbe per la lavoratrice la possibilità di fruire un numero di settimane di ferie superiore a quello a cui avrebbe avuto diritto se non avesse convertito il rapporto di lavoro a tempo pieno in *part-time*. Ciò si tradurrebbe, sempre secondo il *Land*, in un vantaggio ingiustificato — in sostanza in una discriminazione a discapito dei lavoratori a tempo pieno — a favore della lavoratrice (madre) in rapporto di lavoro *part-time* (39).

Al contrario, in forza di una recente decisione della Corte di Giustizia, già richiamata sopra (40), il cui *acquis* è applicabile per analogia, si può ritenere che una modalità di calcolo delle ferie come quella voluta dal *Land* tedesco integri una violazione del diritto dell'Ue e in particolare una discriminazione contro i lavoratori a tempo parziale, proibita dalla clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale. Tuttavia, secondo il *Land*, detta decisione presenterebbe la peculiarità di essere stata presa riguardo a una norma in materia di ferie espresse in ore, per cui i due casi non sarebbero da assimilarsi (41).

Il Tribunale del lavoro tedesco ha tenuto conto delle acquisizioni giurisprudenziali comunitarie relative al caso *Tirols*, del 2010, ma, in considerazione della differente posizione espressa nel 1998 dalla Corte federale del lavoro (che imponeva di adattare il diritto alle ferie già maturato al rapporto tra il numero di giorni lavorati al presente e quello dei giorni lavorativi precedenti la conversione del rapporto di lavoro), il medesimo ha ritenuto opportuno sospendere il giudizio e avanzare un rinvio alla Corte di Giustizia *ex art. 267 TfUe*.

(39) Cfr. con il punto 16 dell'ordinanza in commento.

(40) Vd. caso *Tirols*, cit., dispositivo n. 1.

(41) Cfr. con quanto riportato al punto 17 dell'ordinanza in caso *Brandes*.

3. — *L'ordinanza della Corte di Giustizia* — L'ordinanza della Corte di Giustizia risponde all'unica questione pregiudiziale posta dal Tribunale del lavoro: se il diritto pertinente dell'Unione debba essere interpretato nel senso che osta a norme di legge, disposizioni del contratto collettivo o prassi nazionali in forza di cui, in un caso di conversione di rapporto di lavoro che consiste in una modifica dell'orario di lavoro collegata a una modifica del numero dei giorni settimanali lavorativi, la portata delle ferie non ancora godute viene adattata in modo tale che il diritto alle ferie espresso in settimane resti uguale nel numero, ma il diritto alle ferie espresso in termini di giorni sia ricalcolato sulla base del nuovo orario di lavoro.

L'opzione della Corte di adottare la veste dell'ordinanza per decidere il caso, rimarcata in apertura dell'esame della questione pregiudiziale, sembra voler mettere subito a tacere i dubbi espressi dal giudice remittente, respingendo la tesi del *Land* coinvolto nei fatti di cui al procedimento principale, in ordine alla peculiarità di specie ricorrente nel caso *Tirols*, basata su parametri orari anziché settimanali. In questo senso, l'applicazione della norma di cui all'art. 99 del regolamento di procedura è significativa della possibilità di operare il rinvio analogico ai precedenti già decisi dal giudice comunitario per decidere la questione controversa e, nel contempo, dell'assenza di un qualsiasi ragionevole dubbio interpretativo. L'analogia di fatti all'oggetto del procedimento principale di cui al caso in esame è espressamente sottolineata dalla Corte in più punti dell'ordinanza in commento (42) per giungere a concludere che «poiché la diminuzione dell'orario di lavoro della signora Brandes era dovuta al passaggio da un impiego a tempo pieno a un impiego a tempo parziale, essa non può comportare una perdita parziale *ex post* del diritto alle ferie annuali retribuite precedentemente acquisito, [...] segnatamente in assenza di qualsiasi ragione obiettiva idonea a giustificare tale perdita» (43).

Con specifico riferimento alla questione pregiudiziale sollevata, la Corte ha dichiarato l'incompatibilità con il pertinente diritto dell'Ue (in particolare, con l'art. 7, par. 1, della Direttiva n. 2003/88/Ce e la clausola 4, punto 2 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale) di disposizioni o prassi nazionali, quali quella tedesca sopra descritta, in forza di cui il numero dei giorni di ferie annuali retribuite – di cui un lavoratore occupato a tempo pieno non ha potuto beneficiare nel corso del periodo di riferimento –, dopo il passaggio del lavoratore a un regime di lavoro a tempo parziale, viene ridotto proporzionalmente alla differenza esistente tra il numero di giorni di lavoro settimanale effettuati da tale lavoratore prima e dopo tale passaggio a tempo parziale.

4. — *Riflessioni conclusive* — La legge federale tedesca in materia di ferie, pur regolando nel dettaglio le modalità di calcolo delle ferie spettanti, a seconda degli anni compiuti e a seconda del fatto che la durata settimanale del lavoro sia distribuita su cinque giorni della settimana civile oppure no, non dispone espressamente riguardo agli effetti prodotti da una modifica dell'orario di lavoro sulle ferie

(42) Vd. punti 27-34.

(43) Così al punto 36 dell'ordinanza.

non godute. Non è un caso, dunque, che il *Land Niedersachsen* abbia adottato un metodo di calcolo proprio, ritenendo che le ferie già maturate dovessero essere ponderate sulla base di un rapporto tra i giorni precedentemente lavorati e il numero di giorni di lavoro più attuale (44). Adozione, peraltro, suffragata dall'orientamento espresso dalla Corte federale del lavoro tedesca nel 1998.

La Corte di Giustizia ha rigettato le pretese del *Land*, riguardanti la neutralità del ricalcolo dei giorni di ferie spettanti, e ha così accolto i rilievi espressi dal giudice remittente e dalla Commissione (45). In questo caso è stato, quindi, ribadito che il principio del *pro rata temporis* «non può essere applicato *ex post* al diritto alle ferie maturate in occasione di un periodo di attività lavorativa a tempo pieno» (46).

La pronuncia, di per sé, non introduce elementi di novità nell'*acquis communautaire* in materia di ferie, né in ordine alla tutela apprestata dall'ordinamento europeo in materia di conciliazione dei tempi di vita e lavoro. Gli esiti del rinvio pregiudiziale in esame, tuttavia, non potevano dirsi certi, *a priori*, come si evince dall'interesse per il caso dimostrato anche dalla *Ces*, che ha formulato a riguardo un apposito parere (47); d'altro canto, l'ordinanza, sebbene caratterizzata da un approccio sintetico ed evocativo della giurisprudenza pregressa, non è priva di contenuti interessanti, che hanno stimolato un gioco di ricomposizione del quadro giuridico vigente.

In questa occasione, sostanzialmente, il giudice comunitario ha chiarito che non è possibile scambiare i giorni di ferie «guadagnati» durante un rapporto di lavoro a tempo pieno con giorni di ferie «guadagnati» in costanza di un impiego con orario ridotto. Evidentemente, nonostante la conversione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, i giorni di ferie maturati in costanza del primo tipo di rapporto conservano la funzione di rigenerare le energie psico-fisiche spese in quelle specifiche condizioni di lavoro. Inoltre, va considerato che la fruizione delle ferie annuali in un momento successivo al periodo di riferimento in cui esse maturano (cosa consentita per effetto di quanto disposto in *Tirols*, punto 32) non presenta alcun nesso con l'orario di lavoro prestato dal lavoratore nel momento in cui fruisce delle ferie. In questo senso, quindi, al fine del computo non rileva che la lavoratrice al rientro dal congedo parentale abbia operato per un *part-time* e non è possibile applicare il principio del *pro rata temporis* alle ferie precedentemente maturate in regime di lavoro a tempo pieno.

Gli inconsistenti rilievi espressi dal Governo tedesco in ordine all'ingiustificato vantaggio che avrebbe potuto conseguire la signora Brandes, oramai lavoratrice a

(44) Quanto al ragionamento condotto dal *Land* nel formulare il suo metodo di calcolo, vd. punti 15 e 16 dell'ordinanza.

(45) In proposito, vd. punti 18-19 e 37 dell'ordinanza.

(46) Questa è esattamente l'espressione utilizzata dalla Corte nel caso *Tirols*, cit., punto 33.

(47) Vd. *Consultation of social partners on case C-415/12 Brandes, Etuc opinion*, da cui si evince che una delle prime preoccupazioni manifestate dalla *Ces* è che, fino alla data del rinvio pregiudiziale relativo al caso in commento, l'ordinamento tedesco sembra non aver considerato che sussisteva al suo interno uno stato di violazione del diritto comunitario, in particolare in ordine alla pronuncia della Corte di Giustizia resa nel caso *Tirols*.

tempo parziale, rispetto a un lavoratore occupato a tempo pieno, se le avessero riconosciuto per intero le ferie maturate, non sono stati accolti dal giudice comunitario ma, per la precisione, non sono stati neppure oggetto di puntuale critica (48). Per di più, con la stessa neutralità, in un passaggio successivo dell'ordinanza, è riportata la posizione del giudice remittente – benché più condivisibile, oltre che legittima –, tendenzialmente contrario alle modalità di calcolo adottate dal *Land* in ragione della certa discriminazione che esse producono a danno dei lavoratori a tempo parziale, in violazione della clausola 4, par. 1, dell'Accordo quadro vigente in materia. Quanto appena osservato per sottolineare che, in questa circostanza, sebbene il principio di non discriminazione fosse trasversale nella fattispecie ricorrente (perché il trattamento meno favorevole avrebbe svantaggiato non solo un lavoratore a tempo parziale, ma anche una donna al rientro dai congedi connessi alla nascita di un figlio) e nonostante da più parti vi si sia fatto appello, l'atteggiamento della Corte al riguardo si è rivelato implicitamente ossequioso del principio, ma non direttamente orientato a riaffermarlo. Piuttosto, l'impostazione adottata con l'ordinanza e le argomentazioni giurisprudenziali di sostegno al ragionamento condotto dalla Corte hanno aperto la via per la riaffermazione del diritto fondamentale alle ferie in quanto tale, anziché del riconoscimento dello stesso come un diritto «agganciato» al principio di non discriminazione. In effetti, mentre la domanda di rinvio pregiudiziale evocava segnatamente, come diritto pertinente dell'Unione, i punti 1 e 2 dell'art. 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, il dispositivo formulato dalla Corte di Giustizia contempla come diritto pertinente, in particolare, l'art. 7, par. 1, della Direttiva n. 2003/88/Ce e solamente il punto 2 dell'art. 4 dell'Accordo quadro predetto. Come a dire che il giudizio di compatibilità riguardante la normativa tedesca, richiesto dal giudice del rinvio anche in relazione al principio di non discriminazione operante tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno, è stato, invece, calibrato sulla base dei principi che animano la Direttiva che regola l'orario di lavoro e, nella specie, sulla norma che dispone in materia di ferie annuali retribuite, nonché operato in relazione ai contenuti dell'Accordo quadro sul *part-time*, segnatamente rispetto all'ipotesi di applicabilità del principio del *pro rata temporis* (di cui, appunto, al par. 2 dell'art. 4).

In tal senso, la Corte, sposando la posizione espressa dal Tribunale del lavoro tedesco, ha sostenuto che ragionare di riduzione proporzionale delle ferie *pro rata temporis* facendo leva sulla tesi della conservazione del numero di settimane di ferie è fuorviante, poiché significa confondere il periodo di riposo, corrispondente all'esercizio di una fascia oraria di ferie effettivamente godute, con l'inattività professionale normale, relativa al numero di ore o giorni in cui il lavoratore non deve lavorare e in cui è, quindi, assente dall'impresa, in forza di quanto previsto dal tipo di rapporto di lavoro che lega il prestatore al datore di lavoro (49).

(48) Vd. punto 16 dell'ordinanza.

(49) Vd. punto 41 dell'ordinanza e cfr. con punto 19.

D'altro canto, va comunque ribadito che il diritto alle ferie è rafforzato per effetto del generale principio di non discriminazione vigente nell'ordinamento europeo e, comunque, rilevante nel caso concreto qui esaminato. Il ricorso al criterio analogico e l'*acquis communautaire* in materia di non discriminazione e pari opportunità consente, infatti, di affermare chiaramente quanto non è stato esplicitato dalla Corte di Giustizia nell'ordinanza in esame (50): vigendo la clausola 2, punto 6, dell'Accordo quadro sul congedo parentale – in particolare, così come interpretata dalla Corte di Giustizia nel caso *Tirols* – non è possibile ammettere la perdita del diritto alle ferie annuali retribuite maturate durante il congedo di maternità e il congedo parentale. Questa, naturalmente, è una motivazione che va oltre le sufficienti argomentazioni addotte dal giudice dell'Ue per giustificare quanto disposto con l'ordinanza. Tuttavia, a parere di chi scrive, giova ricondurre l'attenzione anche sul fattore discriminazione e si sottolinea che questo approccio risulta particolarmente affine alle conclusioni cui è giunta la Ces nella consultazione sul caso. Da un punto di vista sistematico, infatti, il diritto alle ferie non solo va inquadrato, *ex art.* 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, nella sfera del diritto comunitario di rango primario, ma alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia è da considerarsi assorbito nella nozione di «diritti acquisiti o in via di acquisizione», ai sensi della clausola 2, punto 6, dell'Accordo quadro sul congedo parentale; nozione che, considerati gli obiettivi dell'Accordo quadro suddetto, sottende alcune delle finalità principali dell'Europa sociale. Tale nozione racchiude l'insieme dei diritti e dei vantaggi, in contanti o in natura, derivanti, direttamente o indirettamente, dal rapporto di lavoro, che il lavoratore può far valere nei confronti del datore di lavoro alla data di inizio del congedo parentale. Secondo la giurisprudenza, tra tali diritti e vantaggi sono compresi tutti quelli relativi alle condizioni di lavoro; si può, dunque, legittimamente ritenere che in detto ambito rientri anche il diritto alle ferie e che, in quanto tale, una volta sorto in dipendenza del vincolo contrattuale, debba essere riconosciuto come un diritto quesito, che non può risentire negativamente di scelte connesse all'esercizio di altri diritti, favoriti dalle politiche di parità di trattamento e pari opportunità, e, più in generale, tese al perseguimento di obiettivi di miglioramento delle condizioni di vita e lavoro.

Questa prospettiva interpretativa non solo appare logica e coerente sul piano della sistematica delle fonti di livello comunitario, ma risulta anche calzante sotto il profilo del diritto vigente nel nostro ordinamento. Basti ricordare che la Costituzione italiana contempla il diritto alle ferie annuali retribuite, accanto al diritto al riposo settimanale, nell'ambito della disposizione che detta i parametri della cd. giusta retribuzione – art. 36, appunto – e marchia tale diritto con l'effigie dell'irrinunciabilità. Peraltro, l'argomento, che è stato sviscerato da diverse sentenze della Corte cost. – che si è pronunciata sia in ordine all'infungibilità e alla non sovrapponibilità del riposo settimanale con quello giornaliero e/o annuale, sia in or-

(50) La Corte di Giustizia, d'altronde, non ha ricevuto una domanda di rinvio pregiudiziale contenente un'apposita questione riguardante l'interpretazione dell'Accordo quadro sul congedo parentale.

dine alla introannualità delle ferie dichiarando l'illegittimità di una parte della norma codicistica sul periodo di riposo (precisamente, vd. l'art. 2109, comma 2, cod. civ.) –, è anche espressamente regolato dalla normativa che recepisce la Direttiva comunitaria sull'orario di lavoro: il d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 (vd., in particolare, gli artt. 9 e 10), come modif. dal d.lgs. n. 213/2004 e integrato dalla circolare ministeriale n. 8/2005. Considerato anche che l'orientamento della Corte di Giustizia, qui ricostruito, trova una rilevante corrispondenza nella giurisprudenza interna al nostro ordinamento, sia pure con alcune dissonanze e incertezze interpretative, si può concludere affermando che il quadro della tutela del diritto alle ferie appare nel complesso armonico.

Serena Zitti

*Professore a contratto di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali
presso l'Università di Chieti-Pescara «G. D'Annunzio»*

CASSAZIONE, 23 ottobre 2013, n. 24037, Sez. lav., sentenza – Pres. Stile, Est. Blasutto, P.M. Corasaniti (conf.) – Ceteas Srl (avv. Brocchi) c. D.A. (avv. Giannangeli).

Conf. Corte d'Appello L'Aquila, 16 settembre 2010.

Licenziamento individuale – Giustificato motivo oggettivo – Art. 3, legge 15 luglio 1966, n. 604, e art. 18, legge 20 maggio 1970, n. 300 – Controllo giudiziale sull'effettività delle ragioni organizzative aziendali – Obbligo di *repêchage* – Criteri di scelta del lavoratore da licenziare – Illegittimità del licenziamento.

Il controllo giudiziale sulle ragioni organizzative giustificatrici del licenziamento investe soltanto il profilo dell'effettività dei motivi adottati dal datore di lavoro, sul quale grava anche l'onere di provare l'inesistenza di posizioni lavorative analoghe a quella soppressa e il mancato consenso del dipendente allo svolgimento delle mansioni inferiori disponibili nell'assetto aziendale. Nelle ipotesi di riduzione di personale omogeneo e fungibile, la scelta del lavoratore da licenziare deve essere conforme ai principi di correttezza e buona fede e, pertanto, l'imprenditore può avvalersi dei criteri indicati dall'art. 5, legge n. 223/91, per i licenziamenti collettivi. (1)

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

(1) IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO
TRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

1. — La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, ha enucleato con chiarezza gli elementi del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ribadendo i consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia e, contestualmente, aprendo la strada a una visione unitaria dei licenziamenti per motivi economici, individuali o collettivi che siano.

In data 5 aprile 2006 il lavoratore D.A., occupato alle dipendenze della società metalmeccanica Ceteas Srl con mansione di elettromeccanico addetto alla preparazione e riparazione di *kit* elettrici, veniva licenziato per giustificato motivo oggettivo in seguito a una riorganizzazione aziendale finalizzata a ottimizzare le risorse umane e a ridurre i costi di gestione. Al riguardo, la società affermava che il mancato rinnovo di due importanti contratti di appalto aveva comportato la necessità di un diverso assetto organizzativo aziendale e la conseguente soppressione del posto di lavoro assegnato al dipendente D.A., che impugnava il recesso.

Il licenziamento, confermato in primo grado, veniva dichiarato illegittimo dalla Corte d'Appello di L'Aquila, che, con sentenza del 16 settembre 2010, ordinava la reintegrazione del ricorrente e condannava la società convenuta al risarcimento

dei danni, in applicazione della tutela reale del vigente, *ratione temporis*, art. 18, legge 20 maggio 1970, n. 300.

Avverso tale pronuncia la società proponeva ricorso per cassazione, denunciando la violazione o falsa applicazione dell'art. 3, legge 15 luglio 1966, n. 604, e dell'art. 18, legge n. 300/70, per non aver correttamente valutato le circostanze (perdita di commesse e calo di fatturato) poste alla base della riorganizzazione aziendale e della conseguente soppressione della posizione lavorativa, nonché l'impossibilità di un diverso impiego del dipendente, altamente specializzato e, pertanto, non utilizzabile nelle mansioni elementari disponibili.

La Corte di Cassazione, con la pronuncia in epigrafe, rigettava il ricorso e condannava la società al pagamento delle spese.

2. — La Suprema Corte ha focalizzato l'attenzione, *in primis*, sulla natura e i limiti del controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo. Prendendo in prestito un'efficace locuzione latina, attribuita a Cicerone, si potrebbe dire che il campo d'indagine sia costituito dai sette interrogativi: *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando?* La risposta non è sicuramente agevole nella pratica, in quanto gli interessi in gioco — da una parte la libertà dell'iniziativa economica dell'imprenditore e dall'altra l'interesse del dipendente alla conservazione del posto di lavoro — sono tutelati da norme di rango costituzionale, rispettivamente l'art. 41, comma 1, e il combinato disposto degli artt. 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost.

Alla luce di ciò, l'art. 3, legge n. 604/66, costituirebbe una sorta di «compromesso tra l'interesse del lavoratore al mantenimento del posto e il potere organizzativo imprenditoriale» [Vd. R. Del Punta, *Disciplina del licenziamento e nuovi modelli organizzativi delle imprese*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 703. C'è anche chi ravvisa in tale norma un tentativo di ripartizione del rischio tra lavoratore e datore di lavoro in relazione alle alterazioni del rapporto incidenti sulla produttività e redditività dell'attività svolta, in una lettura economica che ricalca il contratto di assicurazione: cfr. P. Ichino, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in L. Brucchi (a cura di), *Manuale di economia del lavoro*, Il Mulino, 2001, p. 510; P. Ichino, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 476].

Fino a che punto può spingersi il vaglio giudiziale sulle «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», che giustificano il recesso datoriale?

Collocandosi nell'alveo dell'ormai consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale, la Corte di Cassazione ha affermato, nella pronuncia *de qua*, che «il licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva è scelta riservata all'imprenditore, quale responsabile della corretta gestione dell'azienda anche dal punto di vista economico e organizzativo, sicché essa, quando sia effettiva e non simulata o pretestuosa, non è sindacabile dal giudice quanto ai profili della sua congruità e opportunità» (Cfr. G. Pera, *Relazione in Aa.Vv.*, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Atti del convegno nazionale dell'Aidlass, Milano, 1969, p. 36; più recentemente, G. Santoro Passarelli, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, III, p. 513; sull'insinda-

cabilità delle scelte gestionali, v., *ex pluribus*, Cass., Ss.Uu., 27 febbraio 1979, n. 1270; Cass. 18 novembre 1998, n. 11646; Cass. 18 agosto 2000, n. 10966; Cass. 20 agosto 2003, n. 12270; Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282; Cass. 13 ottobre 2009, n. 21710; Cass. 17 novembre 2010, n. 23222; Cass. 15 maggio 2012, n. 7512; Cass. 13 marzo 2013, n. 6333). Pertanto, «al giudice spetta il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore»: si tratta di un accertamento sull'effettività – e non mera pretestuosità – delle ragioni economiche poste alla base del licenziamento e del nesso di causalità tra tale motivo e il recesso.

3. — In che modo e con quali strumenti il giudice può verificare la genuinità delle – libere – scelte imprenditoriali? Nel caso di specie, la Corte d'Appello ha ritenuto che la società non avesse dimostrato la sussistenza delle ragioni economiche comportanti la riorganizzazione aziendale, in quanto l'asserita perdita di due contratti di appalto non risultava riscontrabile dall'analisi dei bilanci, da cui si rilevava, anzi, che, negli anni interessati dal giudizio, vi era stato un costante incremento dei ricavi, ossia del volume d'affari della società: «i dati di bilancio, di oggettivo riscontro, costituivano un indice – in assenza di elementi di segno diverso, che era onere della società prospettare e dimostrare – dell'assenza di effettività della causale giustificativa e rivelavano il carattere pretestuoso del motivo oggettivo addotto a fondamento del licenziamento». La prospettata necessità di ridurre i costi del personale – non derivante da una situazione di «strutturale difficoltà aziendale», bensì finalizzata a un mero incremento di profitto – non risulta, pertanto, idonea a integrare i requisiti del giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Già in precedenza la Corte di Cassazione si è pronunciata sull'illegittimità del licenziamento volto soltanto al conseguimento di un maggior profitto imprenditoriale (Vd. Cass., Ss.Uu., 11 aprile 1994, n. 3353; da ultimo, Cass. 26 agosto 2011, n. 19616; Cass. 18 marzo 2013, n. 6710) e non causato dalla necessità di ridurre i costi del personale per fronteggiare un andamento economico sfavorevole – desumibile da un effettivo calo di fatturato (Vd. Cass. 31 gennaio 2008, n. 17962) – non meramente contingente, cioè conseguente alla «fisiologica oscillazione del mercato» (Cass. 13 luglio 2009, n. 16323). L'accertamento sull'effettività del motivo addotto dall'imprenditore compete, in concreto, al giudice di merito «attraverso un apprezzamento delle prove, che è incensurabile in sede di legittimità, se effettuato con motivazione coerente e completa» (Cass. 11 gennaio 2013, n. 579).

Nella sentenza in commento, la Corte di Cassazione ha sottolineato che «la libertà dell'imprenditore non equivale ad arbitrio e non è sottratta a qualsiasi controllo pubblico e in particolare al controllo giurisdizionale», altrimenti «il licenziamento per motivo oggettivo dovrebbe ritenersi in sé legittimo, trovando la sua ontologica giustificazione nella scelta operata (*ad libitum*) dall'imprenditore. Sarebbe così preclusa in radice la verifica di legittimità non rimanendo al giudice altro riscontro se non la presa d'atto che il lavoratore licenziato occupava il posto di lavoro soppresso».

A fortiori, alla luce dei principi generali di correttezza e buona fede (artt. 1175 e

1375 cod. civ.) a cui deve essere improntato «ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e quindi anche il recesso di una di esse», la Corte di legittimità, nel caso di specie, ha individuato nell'assunzione di nuovo personale un ulteriore indice della pretestuosità della riorganizzazione aziendale (Sul punto, v. Cass. 18 marzo 2010, n. 6559; Cass. 19 gennaio 2012, n. 755; Cass. 14 maggio 2012, n. 7474). Nel corso del giudizio era, infatti, emerso che la società aveva provveduto ad assumere alcuni operai tecnici addetti alla manutenzione senza dimostrare l'impossibilità di adibire a tali mansioni il lavoratore licenziato, il quale, benché altamente specializzato, possedeva sostanzialmente la stessa professionalità. Al riguardo, la società aveva negato la fungibilità delle mansioni soltanto in appello, con un'allegazione tardiva.

4. — Benché l'assenza del giustificato motivo oggettivo (inteso come la ragione aziendale addotta e il nesso causale con il recesso), accertata in base alle argomentazioni sopra esposte, rivesta carattere assorbente e, pertanto, infici la legittimità del licenziamento senza che si rendano necessarie ulteriori indagini, la Suprema Corte ha dedicato alcuni interessanti passaggi all'onere – di natura squisitamente giurisprudenziale – del cd. *repêchage* (Si segnala che la concezione – espressione di un orientamento fin qui prevalente in dottrina – dell'obbligo di *repêchage* come elemento interno alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo potrebbe in un certo qual modo essere messa in discussione dalla riforma dell'art. 18, legge n. 300/70: al riguardo, v. Trib. Roma 8 agosto 2013 e Trib. Varese 2 settembre 2013, secondo cui «l'obbligo di *repêchage* è fuori dal “fatto” posto alla base del licenziamento, è una sua conseguenza»).

«Il datore di lavoro ha l'onere di provare, con riferimento all'organizzazione aziendale esistente all'epoca del licenziamento e anche attraverso fatti positivi, tali da determinare presunzioni semplici (come il fatto che i residui posti di lavoro riguardanti mansioni equivalenti fossero stabilmente occupati da altri lavoratori o che dopo il licenziamento e per un congruo periodo non vi siano state nuove assunzioni nella stessa qualifica del lavoratore licenziato), l'impossibilità di adibire utilmente il lavoratore a mansioni diverse da quelle che prima svolgeva» (Nello stesso senso v., da ultimo, Cass. 8 novembre 2013, n. 25197). Anzi, nell'ottica del recesso datoriale come *extrema ratio* (Vd., *ex plurimis*, Cass. 26 marzo 2010, n. 7381), appare ammissibile anche «l'adibizione del lavoratore, con il suo necessario consenso, a mansioni inferiori», purché «rientranti nel suo bagaglio professionale», in quanto non si configurerebbe una vera e propria dequalificazione, ma «solo un adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto, dovendo ritenersi le esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro prevalenti su quelle della professionalità del lavoratore» (Cfr. anche Cass., Ss.Uu., 7 agosto 1998, n. 7755; Cass. 27 ottobre 2010, n. 21967).

In tal caso, se è vero che il lavoratore ha un onere di deduzione e allegazione della possibilità di reimpiego (Vd. Cass. n. 6559/2010, cit.; Cass. 30 novembre 2010, n. 24235; Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040; Cass. 15 maggio 2012, n. 7512), «spetta al datore di lavoro prospettare al proprio dipendente, potenzialmente de-

stinatario del provvedimento di licenziamento, in assenza di posizioni di lavoro alternative e compatibili con la qualifica rivestita, la possibilità di un suo impiego in mansioni di livello inferiore, di talché è il mancato consenso a tale offerta che integra la fattispecie complessa che rende legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo» (Sentenza annotata; cfr. Cass. n. 25197/2013, secondo cui la prova non deve essere però intesa in senso rigido, dovendosi comunque esigere una collaborazione attiva del lavoratore nell'accertamento di un possibile *repêchage*).

5. — In un *obiter dictum* posto al termine della corposa sentenza, la Corte di Cassazione ha offerto uno spunto significativo per una visione unitaria dei licenziamenti (individuali e collettivi) per motivi economici, quanto mai attuale alla luce della legge 28 giugno 2012, n. 92 – non applicabile *ratione temporis* al caso di specie –, che introducendo la conciliazione preventiva davanti alla Direzione territoriale del lavoro nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (Vd. il novellato art. 7, legge n. 604/66) sembra voler sostanzialmente ricalcare le procedure per i licenziamenti collettivi.

La Suprema Corte ha evidenziato che, «quando il giustificato motivo oggettivo si identifica nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, non sono utilizzabili né il normale criterio della posizione lavorativa da sopprimere in quanto non più necessaria, né il criterio di impossibilità del *repêchage*, in quanto tutte le posizioni lavorative sono equivalenti e tutti i lavoratori sono potenzialmente licenziabili». Pertanto, in tali ipotesi, la scelta del dipendente da espellere non può essere arbitraria, ma deve conformarsi ai principi di correttezza e buona fede, che possono concretizzarsi, pur nella diversità dei rispettivi regimi, nei criteri previsti dall'art. 5, legge 23 luglio 1991, n. 223, per i licenziamenti collettivi: in particolare, carichi di famiglia e anzianità, in quanto non assumerebbero rilievo, data la fungibilità del personale, le esigenze tecnico-produttive e organizzative (Sul punto, v. Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144; Cass. n. 24235/2010, cit.; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046). Il riferimento all'«anzianità e alle condizioni del lavoratore» si rinviene anche nell'art. 30, comma 3, della legge 4 novembre 2010, n. 183, come parametro di cui il giudice deve tenere conto per «definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento» (e non come elementi di individuazione dei lavoratori licenziabili).

In dottrina sono presenti *in argomento* studi che, seppur risalenti nel tempo, mostrano *in nuce* l'esigenza di una sorta di dovere di trasparenza nelle scelte imprenditoriali e di criteri sociali nell'individuazione dei lavoratori da licenziare per motivi economici (Cfr. R. Del Punta, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e nella cassa integrazione guadagni*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1983, p. 775; C. Zoli, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Giuffrè, 1988, p. 231; A. Vallebona, *Licenziamento individuale per riduzione di personale*, in *Dir. lav.*, 1993, II, p. 291), offrendo, così, un sostegno scientifico alla evidenziata tendenza all'uniformità nella disciplina dei recessi per ragioni inerenti all'attività produttiva. È innegabile, inoltre, che tale questione richieda un approfondimento in periodi di durevole congiuntura

economica sfavorevole, in cui il massiccio ricorso alle riduzioni di personale per un efficientamento dei costi di gestione eleva notevolmente il rischio di risoluzioni contrattuali potenzialmente lesive della dignità del lavoratore e della sua famiglia (Vd. art. 41, comma 2; artt. 4, 35 e 36 Cost.) e dei principi di libertà e uguaglianza (Art. 3, comma 2, Cost.).

Alla luce di ciò, si può affermare che la pronuncia in commento rispecchia pienamente gli orientamenti tradizionali e, allo stesso tempo, apre nuovi e interessanti spiragli per una riflessione *de iure condendo*.

Marianna Russo (*)

*Ispettore del lavoro Dtl Roma e dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

(*) *Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autrice e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione di appartenenza.*

CASSAZIONE, 19 settembre 2013, n. 21452, Sez. lav. – Pres. Lamorgese, Est. Mammone, P.M. Servello (conf.) – V.G. (avv. Latella) c. Rete ferroviaria italiana Spa (avv. Vesci).

Cassa Corte d'Appello Roma, 16 novembre 2006.

Licenziamento individuale – Opzione dell'indennità sostitutiva della reintegrazione – Esercizio – Fondamento – Ricostituzione di fatto del rapporto.

Il lavoratore può esercitare il diritto di opzione di cui all'art. 18, comma 5, Stat. lav., solo dopo l'emanazione della sentenza che dichiara l'illegittimità del licenziamento e ordina la reintegrazione nel posto di lavoro, non influenzando su tale diritto la circostanza che, nelle more del giudizio, il lavoratore abbia ripreso il servizio, aderendo all'invito del datore di lavoro. Resta fermo che da tale reciproco comportamento delle parti non debba derivare un accordo, anche implicito, di ricostituzione del rapporto. (1)

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

(1) Un lavoratore, a seguito di licenziamento dichiarato illegittimo, esercitava l'opzione dell'indennità in luogo della reintegrazione e chiedeva al giudice del lavoro di Roma decreto ingiuntivo, avverso il datore di lavoro, per il pagamento dell'indennità sostitutiva. Il giudice di primo grado accoglieva la richiesta. La Corte d'Appello, tuttavia, riformava la sentenza di primo grado rilevando che il rapporto di lavoro era stato ripristinato in corso di causa ed era proseguito anche dopo la sentenza che dichiarava illegittimo il licenziamento. Pertanto, non riconosceva il diritto del lavoratore all'indennità, considerando insussistente il presupposto necessario per l'esercizio del diritto di opzione, ovvero il difetto di prestazione. Il lavoratore proponeva, quindi, ricorso in Cassazione sostenendo che il rapporto di lavoro non era stato ripristinato, ma semplicemente ripreso in termini di precarietà e temporaneità, in attesa della definizione del giudizio di merito. La Corte osservava come il diritto del lavoratore di richiedere l'indennità sostitutiva della reintegra si fonda sulla sentenza che dichiara illegittimo il licenziamento e che la ripresa dell'attività lavorativa durante il giudizio di accertamento della validità del recesso datoriale non estingue il diritto del prestatore di lavoro a essere indennizzato, salvo vi sia prova che le parti, anche in via di fatto, si siano accordate per ripristinare la situazione contrattuale precedente.

Il comma 5 dell'art. 18 Stat. lav., nel testo applicabile *ratione temporis*, dispone che al prestatore di lavoro è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione, un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto.

Il lavoratore, invero, gode non già di una mera facoltà, ma di un vero e proprio diritto potestativo di chiedere il pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegra al datore di lavoro, il quale, in tale circostanza, versa in una situazione di soggezione. Al diritto potestativo del lavoratore si contrappone, difatti, lo stato di soggezione del datore di lavoro.

Quanto alla natura giuridica dell'istituto in questione, il rapporto tra obbligazione di reintegrazione e obbligazione di pagamento dell'indennità sostitutiva è ricondotto dalla più corposa dottrina e dalla maggioritaria giurisprudenza alla categoria delle obbligazioni con facoltà alternativa *a parte creditoris*.

La decisione in esame appare di notevole interesse in quanto chiarisce quale sia il *dies a quo* per esercitare il diritto di opzione per l'indennità sostitutiva della reintegrazione e risolve la questione circa la compatibilità dell'esercizio di tale diritto con la ripresa dell'attività lavorativa prima della pronuncia della sentenza di illegittimità del licenziamento.

Il momento di esercizio dell'opzione, secondo la Cassazione, sorge solo dopo la sentenza che emette l'ordine di reintegrazione, presupposto per la nascita del diritto alla indennità sostitutiva.

Giova in proposito richiamare alcune pronunce della Corte Suprema, tra cui Cass. 4 novembre 2000, n. 14426, la quale ha affermato che l'indennità sostitutiva presuppone l'attualità della reintegra nel posto di lavoro, presupposto necessario della facoltà di scelta del lavoratore, e Cass. 10 novembre 2008, n. 26920, secondo cui il diritto del lavoratore a optare per l'indennità sostitutiva deriva dalla stessa illegittimità del licenziamento e, contemporaneamente, dal diritto alla reintegrazione.

Sul punto la giurisprudenza di merito, Trib. Milano 16 dicembre 1994, ha sostenuto che l'ordine di reintegrazione costituisce presupposto indefettibile per il diritto all'indennità sostitutiva, cosicché allorquando il giudice non abbia disposto la reintegrazione il lavoratore non può far valere il diritto alla predetta indennità.

Ne deriva che prima della sentenza che emetta l'ordine di reintegrazione non sussiste per il lavoratore alcuna possibilità di esercizio dell'opzione.

Per quanto concerne la compatibilità tra ripresa dell'attività lavorativa prima della pronuncia della sentenza di illegittimità del licenziamento e la facoltà di opzione, la Corte afferma che tale diritto non può essere esercitato solo nel caso in cui la ripresa dell'attività integri un accordo tra le parti per la revoca del licenziamento, con conseguente ripristino del rapporto già cessato.

In tal senso è ricorrente nella giurisprudenza di legittimità l'affermazione secondo cui non è consentito esercitare l'opzione in caso di ricostituzione di fatto del rapporto: Cass. 16 ottobre 1998, n. 10283, Cass. 5 dicembre 1997, n. 12366.

Il diritto di opzione può, pertanto, essere legittimamente esercitato dal lavoratore dopo l'intervenuta sentenza di reintegrazione, anche nell'ipotesi di una temporanea e precaria ripresa del servizio, intervenuta in corso di causa e in adesione all'invito datoriale. La ripresa del servizio, invero, non può assumere alcuna rilevanza qualora il rapporto di lavoro non sia stato *medio tempore* ricostituito.

Alessia Polsinelli

CASSAZIONE, 5 agosto 2013, n. 18627, Sez. lav. – Pres. Lamorgese, Est. Bandini, P.M. Matera (conf.) – Freeman (avv. Torre) c. Riva Acciaio Spa e altro (avv. Petracca).

Conf. Corte d'Appello Venezia, n. 230/2010.

Stranieri (lavoratori) – Permesso di soggiorno non rinnovato nei termini di legge – Licenziamento – Legittimità.

Il datore di lavoro è impossibilitato a mantenere in servizio il lavoratore straniero il cui permesso di soggiorno sia scaduto e non sia stato chiesto il rinnovo nei termini di legge ex art. 22, comma 12, T.U. sull'immigrazione. Argomentando dalla sanzione penale per il datore di lavoro, deve riconoscersi la legittimità del licenziamento intimato per sopravvenuta irregolarità di status del lavoratore. (1)

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

(1) IRREGOLARITÀ SOPRAVVENUTA DELLO STATUS DI STRANIERO E LEGITTIMITÀ DEL LICENZIAMENTO

SOMMARIO: 1. L'irregolarità sopravvenuta e il licenziamento del lavoratore straniero. — 2. Note conclusive sul contratto dell'irregolare in Italia.

1. — *L'irregolarità sopravvenuta e il licenziamento del lavoratore straniero* — Il permesso di soggiorno per ragioni di lavoro ha una durata e una scadenza, dovendo essere rinnovato in base alle disposizioni contenute nell'art. 5, T.U. sull'immigrazione, mentre il contratto di lavoro (*rectius*: contratto di soggiorno per lavoro subordinato) può essere stipulato a tempo indeterminato (art. 5 e art. 5-*bis*, d.lgs. n. 286/98, d'ora in poi T.U. imm.). Nella pronuncia in epigrafe la questione della durata del permesso di soggiorno si intreccia non solo con quella del contratto, condizionandolo; consente di impostare una riflessione più ampia, di ordine sistematico, a partire dall'introduzione del reato di occupazione irregolare di lavoratori stranieri ex art. 22, comma 12, T.U. imm. (1), ipotesi tutt'altro che peregrina considerato l'assetto di re-

(1) Distinguendo tra reato di mera occupazione illegale (art. 22, comma 12, T.U.) e favoreggiamento della permanenza illegale a scopo di ingiusto profitto, si ricorda la ricca giurisprudenza in materia, che precisa, in particolare, che si configura il reato ex art. 22, comma 12, «indipendentemente da quanto dichiarato dal dipendente al momento dell'assunzione, nonché dalla durata delle prestazioni lavorative effettuate» (Cass. penale, Sez. I, 17 giugno 2010, n. 25990, in *Foro it.*, 2011, II, p. 445); anche il semplice cittadino può essere punito dato che datore di lavoro «non è soltanto l'imprenditore o colui che gestisce professionalmente un'attività di lavoro organizzata» (Cass. penale, Sez. I, 4 aprile 2003, n. 25665, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 975). Si tratta di un reato punibile solo a titolo di dolo avendo as-

gole in vigore per l'accesso regolare al lavoro e al territorio italiano (2). In particolare, è previsto che chi ha alle proprie dipendenze lavoratori privi del permesso di soggiorno o il cui lo stesso sia scaduto «e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato» (3).

Il legame tra permesso di soggiorno e contratto interessa sia il contratto di lavoro a tempo indeterminato che il contratto di lavoro a tempo determinato. Un'analisi accurata della giurisprudenza in materia di contratto di lavoro a termine (non collegato alla stagionalità) ha mostrato il consolidarsi nel corso del tempo di un principio cardine del governo giuridico del mercato del lavoro degli stranieri, ovvero il principio di «non interferenza» tra *status* e contratto di lavoro degli stranieri: governato dalle regole generali sul contratto di lavoro come ovvio corollario del principio di parità di trattamento di matrice internazionale cui l'ordinamento italiano si è conformato nel 1981, nel contesto attuale di criminalizzazione della posizione del datore di lavoro e dello straniero irregolare pare modificare il suo concreto funzionamento e la stessa tenuta sistematica della separazione tra *status* e contratto di lavoro. In particolare, di fronte a un datore di lavoro che sosteneva la legittimità di un termine del contratto di lavoro stipulato con lo straniero correlato alla durata del permesso di soggiorno (4), il giudice scinde le vicende del contratto di lavoro dalla durata del permesso di soggiorno affermando che l'art. 5-*bis* del T.U. imm. non contiene «un'espressa disposizione derogatoria rispetto alla disciplina generale del contratto di lavoro a termine, limitandosi alla regolazione di alcuni aspetti di carattere formale e procedimentale che, peraltro, non esonerano il datore di lavoro dagli oneri formali e sostanziali previsti dalla normativa applicabile in materia». La conclusione raggiunta dal giudice di merito è che non esiste

sunto dal 2008 carattere di delitto (mentre in precedenza si trattava di una contravvenzione: Cass. penale, Sez. I, 30 novembre 2010, n. 9882, in *Riv. pen.*, 2011, p. 669). «Risponde del reato non solo colui che proceda all'assunzione, ma colui che se ne avvalga tenendoli alle sue dipendenze»: Cass. penale, Sez. I, 18 maggio 2011, n. 25615, in *Mass. Ced.*; in senso conforme, sempre della stessa Sezione, le sentenze n. 11048/2010, n. 29494/2008; n. 34229/2005. Sempre in relazione al reato, strettamente collegato ai tempi del procedimento, la Cassazione penale, Sez. I, 10 maggio 2011, n. 27077 (in *Diritto & giustizia*, 2011, con nota di A. Ievolella), riconosce la responsabilità del datore di lavoro anche quando «sia stata chiesta la regolarizzazione» e non possono invocarsi ai fini dell'esclusione della consapevolezza dell'illecito «de lungaggini burocratiche» delle procedure stesse.

(2) Si consenta un rinvio a L. Calafà, *Migrazione economia e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, 2012, in particolare cap. 2 e 3.

(3) Il d.lgs. n. 109/2012 ha introdotto i commi 12-*bis*, *ter*, *quater* e *quinquies*: il primo prevede l'aumento da un terzo alla metà delle pene contenute nel precedente se i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre, se i lavoratori occupati sono minori in età non lavorativa e se i lavoratori sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al comma 3 dell'art. 603-*bis* cod. pen. Sulla distinzione tra reato di mera occupazione illegale (art. 22, comma 12, T.U.) e favoreggiamento della permanenza illegale a scopo di ingiusto profitto), e in particolare sulla revoca del nulla osta al lavoro, si rinvia alla circolare del ministero dell'Interno del 31 luglio 2012, n. 5090.

(4) Tribunale di Tivoli del 7 maggio 2008, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, pp. 161 ss.

nell'ordinamento un termine legittimo «acausale» per il contratto di lavoro stipulabile con lo straniero necessariamente in possesso di un permesso di soggiorno a termine, il titolo che consente un soggiorno regolare in Italia: il contratto si ritiene a tempo indeterminato se non rispetta le regole contenute nel d.lgs. n. 368/2001 e non può considerarsi per sua «natura» a termine solo perché allo straniero è richiesto un permesso di soggiorno che ha una durata predefinita dall'ordinamento.

L'argomentazione utilizzata giova di essere ricordata perché è di fondamentale interesse per l'elaborazione del principio di «indifferenza» poco sopra indicato: il Tribunale scrive che ogni conclusione contraria all'esistenza di una simile deroga al funzionamento del d.lgs. n. 368/2001, che si applica anche a chi ha stipulato un contratto di soggiorno per lavoro subordinato a tempo indeterminato, «sarebbe in contrasto con il principio di parità di trattamento già stabilito in materia dall'art. 1 della legge n. 943/1986, oltre che con la necessità di conferire un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina regolante il lavoro dei cittadini extracomunitari; d'altra parte, tale interpretazione conferirebbe una connotazione precaria al rapporto di lavoro di tali soggetti, che si trova in contrasto con la possibilità, comunque stabilita, del rinnovo dei relativi permessi di soggiorno».

L'analisi giurisprudenziale estesa dal giudice di merito al giudice di legittimità conferma che il sistema di regole in vigore è orientato all'affermazione di un principio di non interferenza tra *status* e contratto di lavoro degli stranieri, anche a tempo indeterminato, argomentando da Cass. n. 9407/01 che utilizza la figura giuridica della sospensione delle reciproche obbligazioni di lavoro in caso di mancato rinnovo del permesso di soggiorno (5). Il giudice, in particolare, esclude in termini generali la legittimità della risoluzione del contratto di matrice civilistica attraverso l'uso della categoria dell'impossibilità di svolgimento della prestazione; una conclusione confermata nel tempo che pare smentita proprio dalla più recente pronuncia che si commenta.

La sentenza del 2013, in effetti, si richiama idealmente al precedente, discostandosene per l'affermazione finale della legittimità della risoluzione (*rectius*: del recesso). A partire dalla rilevanza penale attribuita alla violazione delle regole sull'assunzione regolare del datore di lavoro nell'art. 22, comma 5, alla posizione di irregolarità sopravvenuta del lavoratore (strettamente condizionata dalle regole della complessa procedura in vigore in Italia, come si evince dal caso concreto, che rinvia a un significativo problema di burocratizzazione delle procedure di rinnovo del permesso di soggiorno) (6), la Cass. fa seguire la pronuncia di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo nell'ordinamento italiano.

(5) Cassazione 11 luglio 2001, n. 9407, in *Riv. dir. lav.*, 2002, I, p. 762, con nota di L. Venditti, nella quale la Suprema Corte riconosce l'applicazione della disciplina sul lavoro a termine anche ai lavoratori stranieri, sancendo che non può derogarsi al requisito dell'atto scritto mediante «surroga degli atti dell'autorità amministrativa relativi al rilascio del permesso di soggiorno»; in senso conforme a Cass. 9 ottobre 2007, n. 21067, in *Mass. giust. civ.*, con riguardo al rapporto di lavoro a tempo determinato degli artisti stranieri; Cass. 30 marzo 1998, n. 3345, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 557, con nota di E. Manganiello.

(6) Si segnala che la stessa pronuncia risulta massimata in *De Jure* solo con riguardo agli aspetti procedurali trattati della Corte che rinviano alla nota allegata dal ricorrente nel quale

Argomentando dalla locuzione «nei termini di legge», Cass. n. 18627/13 riconosce la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore straniero che, avendo il permesso di soggiorno scaduto, non lo abbia rinnovato nei tempi dovuti. L'introduzione di tale variabile incide sull'assetto sistematico del diritto del lavoro degli stranieri. Il processo argomentativo seguito dai giudici di legittimità risulta strettamente condizionato dall'esistenza della sanzione penale che sostiene la qualificazione del licenziamento come legittimo, mettendo in dubbio la tenuta del principio di indifferenza tra *status* e contratto di lavoro dello straniero consolidato nel tempo proprio dalla giurisprudenza in omaggio all'applicazione del più generale principio di parità di trattamento tra lavoratore cittadino Ue e il lavoratore (non più) regolarmente soggiornante. A seguito della pubblicazione di tale pronuncia, è legittimo presumere che il principio di non interferenza, in particolare, veda ridotto il proprio ambito di rilevanza al rapporto tra norme generali in materia di contratto di lavoro e regole speciali che riguardano il soggiorno dello straniero, ma sia escluso in un giudizio di bilanciamento che includa specifiche disposizioni di matrice penale, che criminalizzano la posizione del datore di lavoro di fronte all'irregolarità sopravvenuta del lavoratore straniero in Italia.

2. — *Note conclusive sul contratto dell'irregolare in Italia* — Dopo la trasposizione nazionale della Direttiva n. 2009/52 con il d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109, conviene segnalare il quadro completo ricordando che è diverso dal caso dell'irregolarità sopravvenuta: è la questione giuridica del contratto *ab initio* irregolare di lavoro. Seppur con molti limiti, la Direttiva n. 2009/52 consente di misurare l'influenza del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale anche per la parte civilistica del contratto di lavoro stipulato da un cittadino *extra* Ue privo di permesso di soggiorno. Il d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109, pur essendo composto di soli 5 articoli, dedica i primi due alla revisione del sistema sanzionatorio già esistente (salvo l'inserimento dell'art. 12-*quater* nel corpo dell'art. 22 del T.U. dedicato a un permesso speciale per le vittime di grave sfruttamento lavorativo). L'art. 3, in particolare, è rubricato «Presunzione della durata del rapporto di lavoro» e si correla alla parte garantista della Direttiva (art. 6), mentre l'art. 4 è dedicato all'attività ispettiva di controllo; decisamente più lunga e articolata la disposizione finale, l'art. 5, intitolata pudicamente «Disposizione transitoria», che introduce la settima procedura di emersione del lavoro sommerso entrata in vigore dal 1986 a oggi in Italia.

segnala le difficoltà procedurali e burocratiche incontrate nel rinnovo del permesso di soggiorno. La massima è la seguente: nelle «controversie soggette al rito del lavoro, l'appellante in via principale non ha un diritto soggettivo al deposito di note scritte al fine di controbattere alle difese dell'appellato, e ciò neppure nel caso in cui sia proposto appello incidentale, potendo contare soltanto sulle proprie difese orali in sede di udienza di discussione della causa; al processo di appello si applica in ogni caso – in forza del rinvio operato dall'art. 437, comma 4, cod. proc. civ. – l'art. 429, comma 2, cod. proc. civ., che attribuisce al giudice il potere discrezionale di autorizzare le parti al deposito di note scritte per la decisione della causa».

In caso di accordo per lo svolgimento di lavoro irregolare, un contratto comunque esiste per l'ordinamento lavoristico seppur di difficile qualificazione per il diritto nazionale ed è certo che, per il periodo in cui ha avuto esecuzione, produce effetti di carattere retributivo e contributivo, sempre che l'irregolarità non dipenda dall'oggetto o dalla causa argomentando dall'art. 2126 cod. civ. (7). Con riguardo all'art. 6, il datore di lavoro è responsabile del pagamento della «retribuzione arretrata ai cittadini di paesi terzi assunti illegalmente», di importo pari «a tutte le imposte e i contributi previdenziali che il datore di lavoro avrebbe pagato in caso di assunzione legale», compresi gli eventuali «costi derivanti dal trasferimento delle retribuzioni arretrate» al paese di origine (art. 6, comma 1, lett. *a, b, c*), e gli Stati membri sono tenuti a mettere in atto meccanismi volti a garantire la giustiziabilità dei relativi diritti (art. 6, comma 2). L'esistenza di un rapporto di lavoro è presunta di almeno 3 mesi, «salvo prova contraria fornita, tra l'altro, dal datore di lavoro o dal lavoratore» (art. 6, comma 3). Rispetto all'effettività dei diritti di natura retributiva del lavoratore, certo la dottrina segnala che non vi sono garanzie precise di pagamento dell'importo dovuto (mediante *astreintes*, ad esempio); nemmeno è chiamato lo Stato a garantire per il datore di lavoro insolvente. Lascia comunque alquanto perplessi, con riguardo specifico al d.lgs. n. 109/12, la scelta effettuata di rinviare nel tempo la traduzione dell'obbligo d'informazione previsto dall'art. 6 della Direttiva n. 2009/52, delegando a un decreto di natura non regolamentare dei ministri dell'Interno e del Lavoro e delle Politiche sociali, di concerto con il ministero dell'Economia e delle Finanze, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto (a oggi non risulta pubblicato tale decreto) «le modalità e i termini per garantire ai cittadini stranieri interessati le informazioni di cui all'art. 6, paragrafo 2, della Direttiva». Tale modalità di attuazione differita dell'art. 6 espone il legislatore a pesanti critiche e a possibili violazioni dello stesso diritto dell'Unione europea dato che l'obbligo di informazione (ritardato nel tempo) non risolve il tema della garanzia dei diritti sanciti dal disposto che lo Stato membro è tenuto a rispettare: gli Stati membri garantiscono che il datore di lavoro sia responsabile del pagamento di ogni retribuzione arretrata [...] di un importo pari a tutte le imposte e i contributi previdenziali che il datore avrebbe pagato in caso di assunzione legale del cittadino di un paese terzo [...] i costi derivanti dal trasferimento delle retribuzioni arretrate al paese in cui il cittadino di un paese terzo assunto illegalmente ha fatto ritorno o è stato rimpatriato (art. 6, par. 1, lett. *a, b, c*).

Il contratto di lavoro siglato dall'irregolare (che non può essere un contratto di soggiorno, considerata l'irregolarità di *status*), per il diritto nazionale è sicuramente

(7) Si legga Cass. 26 marzo 2010, n. 7380, in q. *Riv.*, 2010, II, p. 549, con nota di M. Mc Britton, *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, in virtù della quale il contratto di lavoro stipulato con lo straniero extracomunitario privo del permesso di soggiorno è illegittimo per violazione dell'art. 22, comma 12, T.U. imm.; tuttavia, in virtù del disposto dell'art. 2126 cod. civ., comma 1, e soprattutto comma 2, da tale contratto deriva l'obbligo datoriale di corrispondere la retribuzione e, di conseguenza, di versare i relativi contributi.

illegittimo, considerato prevalentemente un contratto nullo, anche se qualche precisazione merita di essere effettuata. La giurisprudenza ha utilizzato sempre più spesso l'art. 2126 cod. civ., a fronte dell'affermazione formulata, e quasi generalmente condivisa, che il contratto di lavoro stipulato dal cittadino extracomunitario privo del permesso di soggiorno, in negativo, «non è nullo per illiceità della causa e dell'oggetto» (8). Riconoscendo che il contratto è illegittimo per violazione di norme imperative (art. 22 T.U.), sempre che la prestazione lavorativa sia lecita, s'impone al datore di lavoro l'assolvimento dell'obbligazione retributiva e contributiva in coerenza con la razionalità complessiva del sistema che vedrebbe altrimenti alterate le regole del mercato e della concorrenza ove si consentisse a chi viola la legge sull'immigrazione di fruire di condizioni più vantaggiose rispetto a quelle cui è soggetto il datore di lavoro che rispetti la disciplina in tema di immigrazione (9). Il d.lgs. n. 109/2012 non interviene direttamente rafforzando i diritti retributivi e contributivi già previsti per riconoscimento giurisprudenziale in base all'art. 2126 cod. civ., ma non può considerarsi indifferente l'impatto sull'ordinamento italiano della scelta effettuata nel 2012 in termini di eshaustività del funzionamento nullità/prestazione di fatto e regole a tutela del lavoratore straniero: un elenco molto articolato e preciso come quello contenuto nell'art. 6 della Direttiva del Consiglio 18 giugno 2009, n. 09/52/Ue, avrebbe potuto diventare una strumento importante di tutela dei diritti degli stranieri, seppur irregolari.

Laura Calafà

Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Verona

(8) Il Tribunale di Padova che ha qualificato il vizio come di inefficacia. Si leggano, in particolare, le recenti Cass. 5 novembre 2010, n. 22559, e Cassazione 26 marzo 2010, n. 7380 (rispettivamente in *Guida dir.*, 2010, pp. 47 ss., con nota di M. Tatarelli, e in *q. Riv.*, 2010, II, p. 549, con nota di M. McBritton, *op. ult. cit.*, vedi *supra*, nota 7), che consolidano il legame tra prestazione di fatto e contratto non nullo per illiceità della causa e dell'oggetto degli stranieri irregolari nell'ordinamento nazionale.

(9) Per la giurisprudenza nazionale, quando viene meno il permesso di soggiorno, non si determina l'automatica estinzione del rapporto di lavoro, ma solo la sospensione delle reciproche obbligazioni: Cass. 11 luglio 2001, n. 9407, richiamata da S. Balestro, A. Guariso, *Nuove tutele del lavoratore extracomunitario irregolare, l'applicazione dei benefici assistenziali e la nuova Direttiva Ce n. 2009/52*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, pp. 536 ss., che segnalano, commentando la sentenza Tribunale di Monza 9 aprile 2009, che la «problematica della conformità dell'art. 2126 cod. civ. alle norme internazionali è [...] ormai superata dal fatto che la previsione civilistica ha ormai una “copertura comunitaria” molto precisa», nell'art. 6 della Direttiva n. 2009/52/Ce.

I

CASSAZIONE, 17 maggio 2013, n. 12089, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Balestrieri, P.M. Matera (conf.) – P.G. (avv.ti Rossi, Lauretti) c. La Milano Assicurazioni (avv. Spinelli).
Conf. Corte d'Appello Roma, 13 giugno 2008.

Sicurezza sul lavoro – Tutela da aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi – Non configurabilità di una responsabilità oggettiva del datore di lavoro per il verificarsi di eventi criminali – Non risarcibilità di ogni ipotesi di danno ex art. 2087 cod. civ.

In riferimento alla tutela dell'integrità fisiopsichica dei lavoratori dalle aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi, l'ambito di responsabilità del datore di lavoro di cui all'art. 2087 cod. civ. non può essere dilatato fino a comprendere ogni ipotesi di danno, sull'assunto che comunque il rischio non si sarebbe verificato in presenza di ulteriori accorgimenti di valido contrasto. Infatti, in tal modo, si perverrebbe all'abnorme applicazione di un principio di responsabilità oggettiva, ancorata al presupposto teorico secondo cui il verificarsi dell'evento costituisce circostanza che assurge in ogni caso a inequivoca riprova del mancato uso dei mezzi tecnici più evoluti del momento, atteso il superamento criminoso di quelli in concreto apprestati dal datore di lavoro. (1)

II

CASSAZIONE, 8 aprile 2013, n. 8486, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Arienzo, P.M. Fucci (conf.) – Poste Italiane Spa (avv. Fiorillo) c. P.F.E.A. (avv. Fatigato).
Conf. Corte d'Appello Bari, 16 marzo 2009.

Sicurezza sul lavoro – Obbligo di prevenzione dai rischi da rapine – Onere del datore di lavoro – Valutazione a priori di rischi extralavorativi – Insufficienza di adeguate misure di tutela – Responsabilità del datore di lavoro – Sussistenza.

L'art. 2087 cod. civ. pone in capo al datore di lavoro l'onere di valutare se l'attività svolta dalla propria azienda comporti o meno rischi extralavorativi. Conseguentemente, in caso di aggressione criminosa di terzi, l'obbligo prevenzionistico avrà un contenuto non teorizzabile a priori, ma ben individuabile nella realtà alla luce

delle tecniche di sicurezza comunemente adottate; onere quindi che presuppone una concreta indagine sull'attività svolta nella propria azienda. (2)

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

(1-2) LA RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO PER GLI INFORTUNI
DERIVANTI DA ATTIVITÀ CRIMINOSE

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sul sistema di norme prevenzionistiche a tutela del lavoratore. In particolare, l'art. 2087 cod. civ. — 2. Precedenti giurisprudenziali in materia di responsabilità *ex art.* 2087 cod. civ. per aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi. Brevi cenni. — 3. Il caso di specie. La sentenza n. 8486 dell'8 aprile 2013: il nesso di causalità tra condotta criminosa del terzo e l'evento lesivo occorso al lavoratore. La valutazione *ex ante* del rischio da evitare. — 4. Orientamenti giurisprudenziali sull'insussistenza di una responsabilità oggettiva del datore per gli eventi criminosi dei terzi. In particolare, la sentenza del 17 maggio 2013, n. 12089.

1. — *Considerazioni preliminari sul sistema di norme prevenzionistiche a tutela del lavoratore. In particolare, l'art. 2087 cod. civ.* — Entrambe le sentenze che si annotano offrono interessanti spunti per un nuovo approfondimento sul sistema normativo posto dall'ordinamento a difesa dell'integrità psico-fisica del lavoratore; un sistema costituito da norme costituzionali, speciali e ordinarie che trova nell'art. 2087 del codice civile la norma-cardine del sistema prevenzionistico italiano.

Tale disposizione, nello stabilire l'obbligo posto in capo al datore di lavoro di tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore attraverso l'adozione di misure idonee in base alla particolarità del lavoro, all'esperienza e alla tecnica, rappresenta una cd. «norma in bianco»: una norma di raccordo tra le diverse disposizioni presenti nell'ordinamento nazionale.

Per una migliore comprensione delle vicende oggetto di nota è necessario tracciare un sintetico quadro del sistema di leggi che afferiscono alla protezione del lavoro. A tal proposito occorre quindi partire – in primo luogo – da quelle norme che, nella gerarchia delle fonti, sono poste a fondamento dell'intero sistema normativo: gli articoli 32, 35 e 41 della Costituzione (1).

(1) Secondo la dottrina la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro, in virtù della lettura combinata degli artt. 32 e 41 della Costituzione, costituiscono beni cardine di rango costituzionale, unitariamente rappresentativi della centralità della persona umana, volti alla sua concreta realizzazione e affermazione giuridica, rispetto ai quali ogni altro valore e interesse deve cedere il passo: C. Smuraglia, *La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, I, p. 415, e ancora A. Culotta, M. Di Lecce, *Attività e strumenti di prevenzione. Prevenzione e repressione nella sicurezza e igiene del lavoro*, in *Quaderni del Csm*, Roma, 1988, 22. Sul primato del diritto alla salute sulla libertà di impresa che «non lascia (o non dovrebbe lasciare) varchi scoperti né aree immuni, compor-

Il primo – l'art. 32 Cost. –, nel garantire la salute come diritto fondamentale dell'individuo, pone un limite invalicabile nella difesa di tale bene supremo in ogni ambito in cui si svolga la vita del cittadino; tale articolo, letto in combinato disposto con il successivo art. 35 Cost. – che tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni –, fa sì che la difesa della salute venga estesa anche nell'esecuzione dell'attività lavorativa.

Il suesposto principio viene, poi, con ancor più forza rimarcato nel successivo articolo 41 della Costituzione, con il quale la Carta suprema pone «precisi limiti alla libertà di iniziativa economica privata stabilendo – fra l'altro – che la stessa non può svolgersi in modo da arrecare danno alla dignità umana» (2).

Gli articoli costituzionali sopra richiamati trovano perfetta aderenza nell'enunciato dell'art. 2087 cod. civ. Tale norma, infatti, s'innesta perfettamente nel tessuto normativo disegnato dalla Costituzione facendo sorgere, in capo all'imprenditore, un'obbligazione di origine contrattuale che lo vincola ad adottare – ai fini della tutela delle condizioni di lavoro e, quindi, della salute dei lavoratori – non solo particolari misure tassativamente imposte dalla legge in relazione allo specifico tipo di attività esercitata, ma anche quelle dettate dalle comuni regole della prudenza e tutte quelle che, in concreto, si rendano necessarie per la tutela delle condizioni di lavoro.

Il contenuto dell'obbligo previsto dall'art. 2087 cod. civ. non può ritenersi, quindi, limitato al rispetto della legislazione in materia di prevenzione degli infortuni, ma comporta, per il datore di lavoro, il divieto di porre in essere, nell'ambito aziendale, qualsivoglia comportamento lesivo del diritto all'integrità psico-fisica del lavoratore.

In effetti, però, la formulazione astratta dell'art. 2087 cod. civ. crea non pochi dubbi interpretativi riguardo all'ambito di applicazione: se da un lato, infatti, la genericità della previsione viene interpretata nel senso di un'adattabilità automatica del principio normativo ai mutamenti della realtà fattuale, dall'altro, viene anche utilizzata, in maniera strumentale, per giustificare le eventuali carenze delle misure di tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro adottate dal datore di lavoro, sulla base della circostanza che la norma non le individua specificamente.

La giurisprudenza, per ovviare a tale uso distorto dello strumento normativo, è

tando che sia l'organizzazione dei mezzi produttivi a dover essere calibrata e costruita a misura d'uomo, e non viceversa» si veda L. Montuschi, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro tra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *q. Riv.*, n. 4, 2001, p. 503.

(2) Così Cassazione 2 maggio 2000, n. 5491, nella quale la S.C. stabilisce che l'integrità psico-fisica e morale dell'individuo trova riconoscimento giuridico non solo quale interesse tutelato da leggi ordinarie (si pensi agli artt. 581, 582, 590 e 185 cod. pen. o all'art. 5 cod. civ.) e da leggi speciali (come l'art. 9 dello Stat. lav.), ma addirittura da norme di rango costituzionale, quali quelle contenute nell'art. 32 Cost. che garantisce la salute «come fondamentale diritto dell'individuo», nell'art. 41 che pone precisi limiti all'esercizio dell'iniziativa economica privata stabilendo, fra l'altro, che la stessa non può svolgersi «in modo da arrecare danno [...] alla dignità umana» e nell'art. 2 che tutela i diritti inviolabili dell'uomo anche «nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità» e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà sociale.

più volte intervenuta per valorizzare le potenzialità dell'art. 2087 cod. civ. affermando che la violazione degli obblighi di sicurezza previsti da tale articolo comporta necessariamente una responsabilità di tipo contrattuale (3).

Secondo un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, trattandosi di responsabilità contrattuale, la ripartizione dell'onere della prova deve essere interpretata nel modo seguente: da una parte, vi è la necessità per il lavoratore di dimostrare il nesso di causalità tra il danno e l'omissione datoriale; dall'altra, l'obbligo per l'imprenditore di provare di aver fatto tutto quanto in proprio potere per evitare il verificarsi dell'evento dannoso (4).

Nel tempo, peraltro, si è sempre più consolidato l'orientamento giurisprudenziale della «massima sicurezza tecnologicamente fattibile» (5), secondo cui il datore di lavoro è onerato *ex art.* 2087 cod. civ. di un'attività continua di aggiornamento e di adeguamento delle misure di protezione del lavoratore, volta a impedire il verificarsi del danno (6).

Sul punto, infatti, osserva la Corte di Cassazione che il «datore di lavoro ha l'obbligo di tenere conto delle tecnologie adottate e adottabili nello stesso settore, di tenere conto delle indicazioni della scienza e della tecnica per quel settore di attività al fine di prevenire le malattie professionali o al fine di ridurre-abbattere finché è tecnicamente possibile i rischi di malattie professionali» (7).

(3) Si veda per una puntuale disamina di tale principio, tra le tante, Cass. 7 agosto 1998, n. 7792, con nota di M. Marazza, in *Giur. it.*, 1999, II, p. 1167, secondo cui «il carattere contrattuale dell'illecito e l'operatività della presunzione di colpa stabilita dall'articolo 1218 cod. civ. non escludono che la responsabilità ai sensi dell'art. 2087 cod. civ. (che non configura un caso di responsabilità oggettiva) in tanto possa essere affermata in quanto sussista una lesione del bene tutelato che derivi causalmente dalla violazione di determinati obblighi di comportamento imposti dalla legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali e tecniche».

(4) In tal senso, si vedano, *ex multis*, Cass., n. 6169 del 1998; Cass., n. 3510 del 1996; Cass., n. 11351 del 1993; Cass., n. 3115 del 1991.

(5) R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Il danno alla persona del lavoratore, Atti del convegno nazionale Aidlass, Napoli 2006*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 43, il quale afferma che «la vera questione non è la responsabilità, ma l'obbligo: è la latitudine sostanziale a esso assegnata da dottrina e giurisprudenza in chiave di massima sicurezza tecnologicamente fattibile»; in giurisprudenza, *ex multis*: Cass. n. 12863/2004; Cass. n. 12467/2003; Cass. n. 12763/1998.

(6) Si vedan sul punto, Cass. 9 marzo 1992, n. 835, in *Mass. giur. civ.*, 1992, in cui si afferma che «gli obblighi che l'art. 2087 cod. civ. impone all'imprenditore in tema di tutela delle condizioni di lavoro non si riferiscono soltanto alle attrezzature ma anche ai macchinari e ai servizi che il datore di lavoro fornisce o deve fornire, ma si estendono, nella fase dinamica dell'espletamento del lavoro, ai comportamenti necessari per prevenire, specie in condizioni di particolari difficoltà di esecuzione di fasi lavorative, possibili incidenti». Altresì, Cass. 8 settembre 1995, n. 9401, in *Mass. giur. civ.*, 1995, afferma che, «in relazione alle cautele e misure che l'imprenditore deve adottare nell'ambiente di lavoro, si devono prevenire sia i rischi insiti in quell'ambiente, sia i rischi derivanti dalla azione di fattori a esso esterni e inerenti al luogo in cui tale ambiente si trova».

(7) Cass. 20 marzo 2000, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, 2000, 6, p. 327, in cui si afferma inoltre che «il datore di lavoro deve ispirare la sua condotta alle acquisizioni della migliore scienza ed esperienza per fare in modo che il lavoratore sia posto nelle condizioni di opera-

I recenti orientamenti giurisprudenziali che si commentano, non fanno altro che rimarcare il principio più volte espresso dalla Suprema Corte secondo cui la responsabilità del datore di lavoro può ritenersi esclusa solo quando questi sia in grado di provare di aver apprestato tutte le misure per evitare il danno occorso al lavoratore.

Le due sentenze di Cassazione che si annotano stabiliscono, seppur in maniera opposta rispetto alle conclusioni a cui giungono, un principio di *favor* assoluto della tutela della salute del lavoratore.

2. — *Precedenti giurisprudenziali in materia di responsabilità ex art. 2087 cod. civ. per aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi. Brevi cenni* — Per completezza di trattazione, appare utile comprendere se e in che modo la giurisprudenza abbia affrontato la fattispecie della tutela della salute del lavoratore negli eventi criminosi.

Vi sono vari orientamenti giurisprudenziali antecedenti alle sentenze che si commentano i quali trattano, principalmente, tematiche riguardanti rapine compiute nei confronti di uffici postali, di istituti di credito, di caselli autostradali. Per ovvie esigenze di brevità di esposizione, non è possibile esaminare compiutamente nella presente nota tutti i precedenti giurisprudenziali formati nel tempo su tale fattispecie (8).

Tuttavia, risulta opportuno qui richiamare i principi espressi dalla sentenza di Cassazione n. 5048 del 1988 che, in maniera analitica, ha approfondito la tematica della sicurezza sul lavoro correlata a situazioni di ordine pubblico e criminalità (9).

re in assoluta sicurezza», massima citata da R. Guariniello in «Al lavoro sicuri. Obblighi e responsabilità delle imprese nella giurisprudenza penale», in *q. Riv.*, 4, p. 531, il quale, tra le tante, richiama in senso conforme: Cass. 30 ottobre 1999, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, 2000, 2, p. 92, Cass. 3 novembre 1998, *ivi*, 1999, 2, p. 94.

(8) La questione della tutela della salute del lavoratore negli eventi criminosi è stata affrontata da numerose sentenze della Corte di Cassazione, tra le quali, *ex multis*: Cass. 17 luglio 1992, n. 8724, in *q. Riv.*, 1992, p. 988, con nota di F. Petracci, *Rapina negli Istituti di credito e tutela della salute*, Cass. 3 settembre 1997, n. 8422, *Giust. civ.*, 1998, II, p. 79, con nota di V. Marino, *La colpa quale presupposto della dichiarazione di responsabilità ex art. 2087*. In particolare, risultano determinanti i principi espressi dalla sentenza di Cassazione del 20 aprile 1998, n. 4012, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 326, con nota di G. Mautone, *Sul contenuto specifico dell'obbligo di prevenzione delle rapine a carico dell'istituto di credito e sulle conseguenze del suo inadempimento*, che, richiamando nel suo ragionamento decisorio la precedente Cassazione n. 5048 del 1988, ha affermato che «a norma dell'art. 2087 cod. civ. che è norma di chiusura del sistema antinfortunistico estensibile a situazioni e ipotesi non espressamente considerate e valutate dal legislatore al momento della sua formulazione, l'obbligo dell'imprenditore di tutelare l'integrità fisiopsichica dei dipendenti impone l'adozione non solo di tipo igienico-sanitario o antinfortunistico, ma anche di misure atte, secondo le comuni tecniche di sicurezza, a preservare i lavoratori dalla lesione di detta integrità anche in relazione al rischio di aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi, tenuto conto della frequenza assunta da tale fenomeno rispetto a determinate imprese e alla probabilità del verificarsi di tale rischio, non essendo detti eventi protetti dalla tutela antinfortunistica di cui al d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, e giustificandosi l'interpretazione estensiva della predetta norma alla stregua sia del rilievo costituzionale del diritto alla salute (art. 32 della Cost.) sia dei principi di correttezza e buona fede (art. 1175 e 1375 cod. civ.) cui deve ispirarsi anche lo svolgimento del rapporto».

(9) Cass. n. 5048 del 1988 in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 2868, con nota di V. Marino, *Sul confine tra inadempimento della obbligazione di sicurezza e oggettivazione della responsabilità per danno ai dipendenti*.

Tale decisione risulta importante per l'interpretazione adottata rispetto alla fattispecie della tutela della integrità psico-fisica del lavoratore da attività criminose di terzi, non espressamente salvaguardata dal legislatore (10).

Il tema centrale preso in considerazione da tale sentenza del 1988, che specularmente interessa il ragionamento decisorio delle decisioni che si annotano, riguarda infatti l'individuazione delle misure che il datore di lavoro debba o meno adottare per prevenire il danno derivante dall'evento criminoso sul luogo di lavoro. Sul punto, i giudici di legittimità hanno stabilito che sia necessariamente correlato al rischio di impresa un dovere di protezione dell'integrità psico-fisica del prestatore di lavoro *ex art.* 2087 cod. civ. quando l'attività aziendale comporti rischi extralavorativi.

Secondo la Corte di Cassazione, tale obbligo avrà un contenuto non teorizzabile *a priori*, ma ben individuabile nella realtà lavorativa alla stregua delle tecniche di sicurezza generalmente adottate rispetto alla comune esperienza, dovendosi valutare *ex ante*, con riferimento alla singola unità produttiva, il tipo di attività esercitata e i rischi che a essa sono naturalmente collegati.

3. — *Il caso di specie. La sentenza n. 8486 dell'8 aprile 2013: il nesso di causalità tra condotta criminosa del terzo e l'evento lesivo occorso al lavoratore. La valutazione ex ante del rischio da evitare* — La prima sentenza che si annota riguarda la vicenda di un dipendente di Poste Italiane che, a seguito di una rapina a mano armata avvenuta nel 1999 presso l'ufficio postale ove presta servizio, ha riportato un'invaldità accertata dal Ctu nella misura del 15%. La Corte d'Appello di Bari, in riforma della sentenza emanata dal Tribunale di primo grado, ha ritenuto sussistente il nesso di causalità tra il danno subito dal lavoratore e la violazione, da parte del datore di lavoro, dell'adozione di idonee norme di sicurezza imposte dall'art. 2087 cod. civ.

La società, infatti, durante il giudizio non ha dimostrato di aver mantenuto in efficienza il sistema di sicurezza e protezione in uso presso l'ufficio postale nel quale si è verificata la rapina, né ha provato di aver adottato ogni ulteriore misura di sicurezza in modo da scongiurare eventi criminosi già verificatisi in precedenza

(10) La sentenza della Corte di Cassazione n. 5048 del 1988 risulta fondamentale per il ragionamento espresso al fine della salvaguardia della salute e sicurezza del lavoratore nelle situazioni in cui il legislatore non ha previsto una specifica disciplina normativa. Affermano i giudici di legittimità che è necessario tutelare «quegli interessi emergenti che non sono stati ancora considerati e valutati dal legislatore alla cui inevitabile lentezza l'ordinamento stesso è in grado di sopperire con la predisposizione di clausole generali, nella cui volutamente lata e indeterminata formulazione l'interprete, in sede dottrinarica come in sede giurisprudenziale, può appunto cogliere già nel loro nascere nuove esigenze meritevoli di tutela e attribuire loro (ove appaia consentito alla stregua dell'ordinamento, dal suo insieme e in primo luogo sulla base dei principi costituzionali) veste e dignità di posizioni soggettive tutelate». È significativo il fatto che i nuovi interessi trovino frequentemente un loro referente normativo nella Carta costituzionale, nei cui enunciati spesso è dato rinvenire posizioni soggettive *in nuce*, o non ancora compiutamente disciplinate dal legislatore ordinario, che peraltro consentono un flessibile adeguamento dell'ordinamento alla realtà sociale.

presso i medesimi locali. In più, durante il giudizio di appello, è emerso che le carenze dell'impianto di sicurezza erano note al datore di lavoro avendo, i lavoratori, più volte denunciato i vizi del sistema di allarme.

Poste Italiane ha impugnato tale decisione dinanzi la Suprema Corte sostenendo che i motivi esposti in sentenza dalla Corte d'Appello erano fondati su presupposti probabilistici piuttosto che su dati oggettivi; secondo la tesi difensiva della società ricorrente, infatti, non è possibile conoscere *a priori* le modalità di svolgimento di un fatto criminoso, né il danno che da esso può scaturire. A parere della società Poste Italiane, quindi, l'impostazione ermeneutica della Corte d'Appello di Bari porterebbe alla paradossale conseguenza per cui ogni misura di sicurezza adottata dal datore di lavoro risulterebbe inadeguata se valutata successivamente all'accadimento dell'evento criminoso; in altre parole, sempre in base ai motivi di doglianza prospettati dalla società, se si aderisse *tout court* alla tesi prospettata dai giudici di primo grado, qualora si verificasse un danno alla salute del lavoratore a causa di un evento criminoso, la causa di tale danno sarebbe riconducibile – sempre e unicamente – alla mancata adozione, da parte del datore di lavoro, di idonee misure di sicurezza.

La Suprema Corte nella sentenza n. 8486 dell'8 aprile 2013 rifiuta fermamente tale impostazione difensiva, respingendo il ricorso di Poste Italiane. I giudici di legittimità, a sostegno di tale decisione, affermano che la norma contenuta nell'art. 2087 cod. civ. non rappresenta fonte di responsabilità oggettiva del datore di lavoro; non può affermarsi che ogni ipotesi di danno verificatasi a discapito del lavoratore sia sempre e comunque riferibile a una negligenza del datore di lavoro.

Tuttavia, secondo il ragionamento decisorio affrontato dalla Suprema Corte, gli obblighi prevenzionistici che l'art. 2087 cod. civ. impone al datore di lavoro non si riferiscono solo alle cosiddette misure nominate, ossia le attrezzature, i macchinari o ai servizi che espletano, ma, soprattutto, si «estendono, nella fase dinamica dell'espletamento del lavoro, anche all'ambiente di lavoro, in relazione al quale le misure e le cautele da adottarsi dall'imprenditore devono prevenire sia i rischi insiti in quell'ambiente, sia i rischi derivanti dall'azione di fattori a esso esterni e inerti il luogo di lavoro in cui tale ambiente si trova».

A parere dei giudici di legittimità, la responsabilità prevista dall'art. 2087 cod. civ. va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di fonte legale ovvero suggerita dalle conoscenze sperimentali e tecniche del momento (11).

(11) Sul punto, si veda Cass. 20 aprile 1998, n. 4012, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 236, secondo cui: «Ai sensi dell'art. 2087 cod. civ., che è norma di chiusura del sistema antinfortunistico estensibile a situazioni e ipotesi non ancora espressamente considerate e valutate dal legislatore al momento della sua formulazione, l'obbligo dell'imprenditore di tutelare l'integrità fisiopsichica dei dipendenti impone l'adozione – e il mantenimento – non solo di misure di tipo igienico-sanitario o antinfortunistico, ma anche di misure atte, secondo le comuni tecniche di sicurezza, a preservare i lavoratori dalla lesione di detta integrità nell'ambiente o in costanza di lavoro in relazione ad attività pur se allo stesso non collegate direttamente come le aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi, in relazione alla

Affrontando poi nel merito le eccezioni della società ricorrente e, in particolare, l'assunto per cui sarebbe impossibile per l'imprenditore prevenire «le modalità concrete con cui ogni rapina può realizzarsi», osserva che l'art. 2087 cod. civ. pone in capo al datore di lavoro l'onere di valutare se l'attività svolta dalla propria azienda comporti o meno rischi extralavorativi.

Conseguentemente, secondo la decisione che si commenta, l'obbligo prevenzionistico «avrà un contenuto non teorizzabile *a priori*, ma ben individuabile nella realtà alla luce delle tecniche di sicurezza comunemente adottate»; onere quindi che presuppone una concreta indagine sull'attività svolta nella propria azienda.

Per rafforzare maggiormente tale impostazione ermeneutica, la sentenza qui in esame afferma che la salvaguardia della tutela della salute e sicurezza del lavoratore è, comunque, funzionalmente collegata al rispetto dei principi di correttezza e buona fede che caratterizzano tutti i rapporti tra le parti e, in particolar modo, quello di lavoro ove tali doveri assumono il valore di una vera e propria «obbligazione *ex lege*, accessoria e collaterale rispetto a quelle principali proprie del rapporto di lavoro, involgente quindi la diligenza nell'adempimento *ex art.* 1176 cod. civ. (Cass. n. 7786/95) eventualmente correlata alla natura dell'attività esercitata, e comunque improntata nella sua esecuzione a quei criteri di comportamento delle parti di ogni rapporto di lavoro costituiti, *ex artt.* 1175 e 1375 cod. civ., dalla correttezza e buona fede, ormai ampiamente valorizzati dalla giurisprudenza (Cass. n. 5048/88; n. 7768/95, n. 5696/99, cit.)».

Alla luce delle considerazioni sopra individuate, la Suprema Corte ritiene corretta l'impostazione della Corte d'Appello di Bari stabilendo che Poste Italiane, con riferimento all'esercizio dell'attività creditizia svolta presso i propri uffici postali oggetto di causa, avrebbe dovuto verificare l'efficienza del sistema di allarme che, invece, è stato più volte segnalato dai lavoratori come non funzionante: circostanza ammessa anche dalla stessa società nel giudizio di merito.

Sul punto, i giudici di legittimità osservano, altresì, che il ragionamento della Corte d'Appello di Bari è incensurabile, in quanto correttamente motivato, essendo stato accertato nel merito che non erano state adottate idonee misure di protezione dell'ufficio postale, come, ad esempio, la predisposizione di «vetrate antisfondamento e antiproiettile, doppie porte con apertura alternata e comando di

frequenza assunta da tale fenomeno rispetto a determinate imprese (in particolare, banche) e alla probabilità del verificarsi del relativo rischio, non essendo detti eventi coperti dalla tutela antinfortunistica di cui al d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, e giustificandosi l'interpretazione estensiva della predetta norma alla stregua sia del rilievo costituzionale del diritto alla salute (art. 32 Cost.) sia dei principi di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.) cui deve ispirarsi anche lo svolgimento del rapporto di lavoro (nella specie, l'impugnata sentenza – confermata, sul punto, dalla S.C. – aveva affermato la risarcibilità dei danni subiti da un impiegato di banca, rimasto coinvolto in tre rapine, a seguito delle quali aveva riportato un grave stato di malattia nervosa, avendo rilevato come il datore di lavoro, pur mettendo in opera le misure di sicurezza minime previste da un accordo aziendale in materia, non aveva provveduto a garantire il piantonamento dell'agenzia alla quale era adetto il lavoratore né ad attivare un sistema d'allarme collegato con istituti di vigilanza o con le forze dell'ordine)».

blocco automatico, con impianti di videoregistrazione, di vigilanza a mezzo guardie giurate, nella adeguata protezione del cortile condominiale, da cui avveniva l'accesso dei dipendenti e del pubblico».

A conclusione delle proprie argomentazioni decisorie, la sentenza stabilisce che le summenzionate misure di sicurezza «lungi dall'essere inesigibili dal datore di lavoro», rientrano nell'ambito di adeguati criteri di prevedibilità dell'evento richiesti dal sistema normativo nella sua interezza e, in particolare, dall'art. 2087 cod. civ. e, in ogni caso, ricollegabili alla particolarità del lavoro caratterizzata proprio dall'offerta al pubblico di servizi creditizi con movimentazione di denaro liquido.

Il datore di lavoro quindi, secondo la tesi della Suprema Corte che qui si commenta, non potrà invocare la mancanza di responsabilità rispetto all'evento criminoso allorché non dimostri di aver adottato quelle misure idonee e che erano prevedibili *ex ante*, proprio in base al criterio dell'ordinaria diligenza.

4. — *Orientamenti giurisprudenziali sull'insussistenza di una responsabilità oggettiva del datore per gli eventi criminali dei terzi. In particolare, la sentenza del 17 maggio 2013, n. 12089* — Con la seconda pronuncia oggetto della presente nota, ossia la decisione n. 12089 del 17 maggio 2013, i giudici di legittimità tornano a ribadire il principio della non configurabilità di una responsabilità oggettiva del datore di lavoro per i danni subiti dai propri dipendenti a causa di eventi criminali.

In particolare, la Corte di Cassazione, benché adotti una motivazione *a contrario* rispetto a quella contenuta nella sentenza n. 8486 del 2013 (respingendo, infatti, la domanda del lavoratore), tuttavia, ne conferma il medesimo principio di diritto in ordine alla configurabilità di una responsabilità datoriale *ex art. 2087 cod. civ.* ove sussista una condotta colposa dell'imprenditore nel caso di un evento dannoso conseguente a un'azione delittuosa di terzi. Affermano, infatti, sul punto i giudici della Suprema Corte che il datore di lavoro deve essere ritenuto responsabile dell'evento criminoso quando, a fronte di ripetuti e denunciati episodi criminali, non si sia adoperato per adottare idonee misure per evitare il danno.

Occorre però sin da subito evidenziare che la decisione della Corte di Cassazione in commento risulta «condizionata» da rilevanti carenze probatorie; e infatti, i giudici di legittimità hanno respinto la domanda del lavoratore proprio sul presupposto che la descrizione degli eventi offerta in giudizio dal prestatore era risultata non circostanziata, non essendo state specificatamente indicate né le misure di prevenzione *ex art. 2087 cod. civ.* violate, né in che cosa fosse consistita la colpa del datore di lavoro.

Entrando poi nel merito dei fatti di causa, si evidenzia che la vicenda riguarda una richiesta di risarcimento danni patiti da una guardia giurata aggredita e malmenata da alcuni giovani durante l'espletamento del servizio notturno di vigilanza e pattugliamento in una zona ove era in corso una festa politica.

Il lavoratore ha chiesto al Tribunale di Latina l'accertamento della responsabilità del proprio datore di lavoro in ordine al danno subito a seguito delle percosse ricevute; la guardia giurata ha invocato la responsabilità dell'imprenditore per non avere quest'ultimo adottato tutte le cautele necessarie al fine di evitare l'evento

dannoso, impostando la propria tesi difensiva sul mancato invio di altre guardie giurate sul luogo ove era avvenuta l'aggressione. Tuttavia, è emerso, a seguito dell'istruttoria, che la guardia giurata era in possesso dell'arma di servizio e che la sua auto era dotata di apparecchio radio, con cui egli stesso ha chiesto e ottenuto l'intervento dei Carabinieri. Nessuna delle testimonianze raccolte però ha confermato la circostanza secondo cui il lavoratore ha chiamato la centrale operativa dell'Istituto di vigilanza.

La Suprema Corte, proprio in base a tale rilevante insufficienza probatoria sulla dimostrazione della responsabilità colposa del datore di lavoro negli eventi oggetto di causa, stabilisce che «in riferimento alla tutela dell'integrità fisiopsichica dei lavoratori dalle aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi, l'ambito di responsabilità datoriale di cui all'art. 2087 cod. civ. non può essere dilatato fino a comprendervi ogni ipotesi di danno, sull'assunto che comunque il rischio non si sarebbe verificato in presenza di ulteriori accorgimenti di valido contrasto, perché, in tal modo, si perverrebbe all'abnorme applicazione di un principio di responsabilità oggettiva, ancorata al presupposto teorico secondo cui il verificarsi dell'evento costituisce circostanza che assurge in ogni caso a inequivoca riprova del mancato uso dei mezzi tecnici più evoluti del momento, atteso il superamento criminoso di quelli in concreto apprestati dal datore di lavoro».

I giudici di legittimità concludono così il proprio ragionamento decisivo stabilendo che il danno è derivato da fatto penalmente illecito e imprevedibile di terzi e che non è configurabile alcuna responsabilità del datore di lavoro, non avendo il lavoratore dedotto e dimostrato specifici profili di colpa dell'imprenditore.

Per completezza di trattazione, pare opportuno segnalare un altro precedente giurisprudenziale di poco antecedente all'ultima sentenza in commento, ossia la pronuncia di Cassazione n. 8855 dell'11 aprile 2013 (12) che, sempre in materia di

(12) Su tale sentenza si veda anche la nota di M. Scofferi, *La banca non risponde del danno che una rapina cagiona al proprio dipendente*, in *Diritto & giustizia*, 2013, p. 512, in cui l'Autore sottolinea come «nel nostro ordinamento non esiste la responsabilità oggettiva. Anche dal punto di vista del merito la Corte, [...], avalla integralmente la pronuncia di appello». Costituisce oggi principio granitico quello per cui «da parte che subisce l'inadempimento, pur non dovendo dimostrare la colpa dell'altra parte [...] è tuttavia soggetta all'onere di allegare e dimostrare l'esistenza del fatto materiale e anche le regole di condotta che assume essere state violate, provando che l'asserito debitore ha posto in essere un comportamento contrario o alle clause contrattuali che disciplinano il rapporto o alle misure che debbono essere adottate per tutelare l'integrità fisica dei lavoratori». Allegazioni che, nel caso di specie, erano mancate. L'art. 2087 cod. civ. non sanziona ogni ipotesi di danno ai dipendenti. La Cassazione esclude quindi la responsabilità del datore di lavoro che abbia correttamente ed esaurientemente adempiuto ai propri obblighi, in modo tale che non sia ravvisabile a suo carico alcun margine di colpa. E infatti, la responsabilità ex art. 2087 cod. civ. «non può essere dilatata fino a comprendere ogni ipotesi di danno ai dipendenti, pur se in conseguenza di eventi incolpevoli, sostenendosi che, comunque, il rischio non si sarebbe verificato in presenza di ulteriori accorgimenti di valido contrasto che, in tal modo opinando, si perverrebbe alla abnorme applicazione di un principio di responsabilità oggettiva ancorata al presupposto teorico che qualsiasi rischio possa essere evitato, pur se esorbitante da ogni umana prevedibilità».

responsabilità del datore di lavoro per attività criminose, enuncia il medesimo principio di diritto affermato nella citata sentenza del 17 maggio 2013.

Protagonista della vicenda oggetto di valutazione da parte della Suprema Corte è un lavoratore di un istituto di credito, vittima, durante i primi anni della propria esperienza lavorativa in qualità di addetto allo sportello bancario, di numerose rapine; a seguito di tali rapine, il lavoratore è stato trasferito ad attività impiegate – non di sportello – presso altra agenzia. Dopo oltre 15 anni, l'impiegato è stato nuovamente trasferito ad attività di sportello ed è rimasto nuovamente vittima di ben due rapine. Ebbene, in primo grado la domanda è stata respinta, così pure in fase di appello per genericità dei motivi. La Corte di Cassazione, sulla scia delle sentenze di merito, respinge per infondatezza il ricorso osservando che «la responsabilità datoriale ai sensi della norma citata [art. 2087 cod. civ., *n.d.r.*] non è suscettibile di essere ampliata fino al punto da comprendere ogni ipotesi di lesione dell'integrità psico-fisica dei dipendenti, atteso che nel nostro ordinamento non ha cittadinanza il principio della responsabilità oggettiva, che, ove applicabile, solleciterebbe l'aberrante conseguenza dell'ascrivibilità al datore di lavoro di qualunque evento lesivo, pur se imprevedibile e inevitabile».

In conclusione, si può affermare che in virtù dei recenti orientamenti giurisprudenziali qui esaminati la responsabilità del datore di lavoro *ex art.* 2087 cod. civ. per i danni subiti dal lavoratore a causa di attività criminose di terzi non può in alcun modo considerarsi oggettiva, ma sussiste nel momento in cui venga provato dal prestatore di lavoro che la mancata adozione delle misure di prevenzione sia dovuta a una condotta colposa dell'imprenditore il quale, in ogni caso, ha l'onere di valutare *a priori* se l'attività svolta nella propria azienda comporti o meno rischi extralavorativi.

Michelangelo Salvagni

Avvocato in Roma

CASSAZIONE, 11 aprile 2013, n. 8863, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Mancino, P.M. Corasaniti (diff.) – I.S. Spa (avv. De Luca Tamajo) c. T.R. (avv. Borrelli), G.V. Snc.

Cassa Corte d'Appello Napoli, 15 luglio 2008.

Appalto – Interposizione di manodopera – Dipendenti dell'appaltatore – Svolgimento di mansioni diverse dal contratto di appalto – Tolleranza dell'appaltatore – Art. 1, comma 5, legge n. 1369/60 – Inapplicabilità – Art. 2126 cod. civ. – Applicabilità – Obbligo di sola remunerazione in capo all'appaltante.

In tema d'intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro, nei casi in cui l'attività svolta, di fatto, dal dipendente dell'appaltatore sia diversa da quella prevista nel contratto d'appalto, non trova applicazione il comma 5 dell'art. 1 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, applicabile ratione temporis, che sancisce il principio per il quale i prestatori di lavoro, occupati in violazione del divieto, sono considerati, a tutti gli effetti, dipendenti dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni; pertanto, nel caso in cui l'impresa appaltatrice di certe prestazioni – nella specie, di pulizia dei locali – tolleri che suoi dipendenti eseguano prestazioni d'altro genere – nella specie, archivisti – a vantaggio dell'impresa appaltante, senza manifestazioni di volontà degli organi competenti di quest'ultima, l'impresa appaltante sarà tenuta alla remunerazione solo ai sensi dell'art. 2126 cod. civ. (1)

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

(1) GLI «INCERTI» CONFINI DELLA LEGITTIMITÀ DELL'APPALTO
DI SERVIZI

1. — Nel caso di specie, T.R., dipendente subordinato della G.V. Snc – che all'epoca dei fatti aveva in corso un contratto di appalto di pulizie con l'attuale I.S. Spa – in qualità di operaio addetto alle pulizie, deduceva di avere svolto, dal 1989 al 2002, presso una filiale di quest'ultima della provincia di Napoli e presso varie altre agenzie alla stessa aggregate, mansioni di archivista, addetto alla catalogazione e ricerca dei documenti, osservando un orario giornaliero di otto ore, dal lunedì al venerdì, e di essere stato licenziato dalla G.V. Snc per cessazione dell'appalto nel novembre 2001.

Ciò nonostante, anche dopo il licenziamento, la I.S. Spa continuava ad avvalersi delle prestazioni di archivista di T.R., fino al mese di febbraio 2002, allorché lo licenziava oralmente.

T.R. adiva, quindi, il Tribunale, impugnando il recesso e chiedendo che fosse accertata, ai sensi dell'art. 1, comma 5, legge n. 1369/60, vigente all'epoca dei fatti, l'illecita interposizione di manodopera tra la G.V. Snc e la I.S. Spa, con conseguente riconoscimento della sussistenza di un unico rapporto di lavoro subordinato direttamente con l'effettiva beneficiaria delle prestazioni e con conseguente condanna delle parti convenute in solido tra loro al pagamento delle differenze retributive maturate, invocando comunque gli effetti dell'art. 18, legge n. 300/70.

La Corte d'Appello confermava la pronuncia del Tribunale, che aveva dichiarato la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra T.R. e la I.S. Spa a decorrere dal 1989, sul presupposto che risultava provata la circostanza che dal 1989 T.R. non aveva svolto attività di pulizia e facchinaggio per conto della G.V., come avrebbe invece dovuto, ma era stato utilizzato direttamente dalla committente per lo svolgimento di prestazioni di archivista, esulanti l'oggetto dell'appalto, ricevendo ordini e direttive dai responsabili della I.S. Spa.

2. — Come noto, l'art. 1, comma 1, legge, 23 ottobre 1960, n. 1369, prima che fosse abrogato per effetto dall'art. 85, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 276/03, vietava all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto «o in qualsiasi altra forma» l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante l'impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore di lavoro o dall'intermediario, a prescindere dalla natura dalle opere e del servizio cui le prestazioni si riferivano [Sui vari contributi sul tema, senza pretesa di completezza, si veda: O. Mazzotta, *Rapporti interpositivi e contratto di lavoro*, Milano, 1979; G. Nicolini, *Interposizioni in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Milano, 1980; M. Dell'Olio, voce *Lavoro (Intermediazione e interposizione nel)* in *Digesto sez. comm.*, VIII, Torino, 1992, pp. 169 ss.; S. Mantovani, *L'interposizione illecita nel rapporto di lavoro*, Padova, 1993; G. Mannacio, *Il divieto di intermediazione e il lavoro interinale*, Padova, 1997].

In merito, si è osservato che il legislatore si sarebbe mostrato sostanzialmente indifferente verso lo strumento utilizzato per realizzare l'oggetto del divieto, cioè l'intermediazione e/o interposizione, come si evinceva dall'espressione «in qualsiasi altra forma».

In questo modo si finiva, infatti, per togliere ogni rilevanza alle indicazioni formali di appalto e subappalto, valorizzandosi, invece, l'attività di chi si limitava, nella sostanza, a fornire all'imprenditore – che era il soggetto presupposto dall'art. 1, legge cit. – manodopera, così da esaurire l'oggetto dell'appalto nella mera fornitura della stessa (Vd. G. Mannacio, *op. cit.*, p. 7).

Dunque, secondo l'impostazione del legislatore del 1960, la fattispecie vietata ricorreva ogniqualevolta l'oggetto dell'appalto non fosse la realizzazione dell'opera o del servizio dedotta nel contratto ma solo la fornitura di prestazioni lavorative di soggetti dipendenti, assunti dall'appaltatore (Vd., sul punto, anche O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001, p. 34).

Quest'ultimo non assumeva alcun rischio d'impresa ma si limitava a mettere a disposizione la propria forza lavoro in favore del committente, sotto la di lui direzione tecnica e organizzativa, con inserimento funzionale nella sua impresa [Vd.,

tra le più recenti: Cass. 13 marzo 2013, n. 6343, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Lavoro (rapporto)* (3890), n. 73; Cass. 28 marzo 2013, n. 7820, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Lavoro (rapporto)* (3890), n. 756]; realizzando, in questo modo, una scissione tra la titolarità del rapporto di lavoro, facente capo all'appaltatore, e il beneficiario della prestazione, identificato con il committente.

Inoltre, secondo quanto era previsto dal comma 3, dell'art. 1, legge n. 1369/60, si era osservato che una delle possibili tipologie di appalto di mere prestazioni di lavoro poteva essere rappresentata anche da quella situazione sostanziale in cui l'appaltatore era anche un imprenditore apparente, cioè a dire un mero interposto, che impiegava «capitali, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante», senza per ciò solo identificarsi, risolvendola completamente, con la fattispecie vietata di cui al comma 1.

Questa, infatti, ben poteva realizzarsi anche quando l'interposto era un vero e proprio imprenditore, formalmente legittimato alla titolarità di veri rapporti di lavoro ma che nella sostanza aveva rinunciato a gestirli come propri, limitandosi a fornire all'appaltante mere prestazioni di lavoro [In questo senso anche la giurisprudenza più risalente: Cass. 23 giugno 1987, n. 5494, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2492; Cass. 7 settembre 1993, n. 9398, in *Lav. giur.*, 1993, 89; tra le più recenti: Cass. 28 marzo 2011, n. 7034, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Lavoro (rapporto)* (3890), n. 809; Cass. 23 agosto 2000, n. 11040, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)* (3890), n. 696].

La giurisprudenza si era orientata privilegiando l'indagine della ricorrenza degli elementi di cui al comma 3, dell'art. 1, cit., pur senza mai escludere il diretto accertamento dell'esistenza dell'oggettiva situazione della mera fornitura di manodopera, così come vietata espressamente dal comma 1 (Sulla natura oggettiva del divieto, tra le più recenti vedi anche: Corte d'App. Ancona 30 maggio 2012, in *Dir. e lav. Marche*, 2012, I, p. 89).

Il comma 5 dell'art. 1, legge n. 1369/60, prevedeva, infine, che i prestatori di lavoro, impiegati in violazione del divieto d'interposizione e/o intermediazione, fossero considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente ne aveva utilizzato le prestazioni; realizzandosi una sostituzione automatica, soggettiva e oggettiva, del contratto, vigente tra l'imprenditore e suoi dipendenti, a quello intercorrente con l'intermediario (Vd. Cass. 19 maggio 1990, n. 4551, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 320; Cass. 5 giugno 1991, n. 6385, in *q. Riv.*, 1991, II, p. 456).

Quanto, poi, alla decorrenza del rapporto, era pacifico che iniziasse dal momento in cui il committente aveva cominciato a utilizzare le prestazioni del dipendente dell'appaltatore (Vd. G. Mannacio, *Il divieto di intermediazione e il lavoro interinale*, cit., pp. 45 ss.), anche sulla scorta della formulazione dell'art. 2, legge citata, ove la sanzione penale era commisurata alle giornate di occupazione, effettivamente totalizzate in violazione del divieto (Vd. G. Mannacio, *ibidem*, p. 46).

Come altrettanto pacifica era la circostanza che il licenziamento posto in essere dall'interposto fosse inefficace, dovendo essere intimato dal datore effettivo (Vd. Cass. 23 novembre 2010, n. 23684, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, p. 958).

3. — Il predetto quadro normativo, in cui s'inscrive la pronuncia in commento, stante, come detto, l'applicazione al caso esaminato dell'art. 1, legge n. 1369/60, *ratione temporis*, è stato, però, superato, dall'abrogazione dell'intera legge n. 1369/60, operata attraverso l'art. 85, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 276/03.

La nuova disciplina sull'appalto di servizi è ora regolata dall'art. 29, d.lgs. n. 276/03 che, al comma 1, detta una nozione non diversa da quella contenuta nell'art. 1655 cod. civ., cui viene aggiunta l'indicazione di quegli stessi criteri che, nella vigenza della legge n. 1369/60, erano stati elaborati per accertare la ricorrenza della fattispecie interpositoria vietata [Tra i molti contributi, v. O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2011, p. 268; R. Del Punta, *Art. 1, comma 2, lett. m, n, o. Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Torino, 2003; I. Alvino, *La tutela del lavoro nell'appalto*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro*, 2007, p. 1240].

L'elemento di novità del comma 1, dell'art. 29, d.lgs. citato, è rappresentato dalla definizione del requisito dell'organizzazione dei mezzi, ove stabilisce che può risultare, in base alle esigenze dell'opera o del servizio dedotto in contratto, anche dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto; superandosi così definitivamente la presunzione d'illiceità di cui al comma 3, dell'art. 1, legge n. 1369/60.

In sostanza, è stato codificato il principio secondo il quale si è in presenza di un'impresa genuina, ogni qualvolta vi sia una reale organizzazione del lavoro altrui, senza, cioè, il necessario apporto di particolari mezzi organizzativi, come negli appalti cd. *labour intensive*, aventi a oggetto prestazioni ad alta intensità di manodopera, quali le attività di pulizie e di facchinaggio, ove, per l'appunto, si riscontra uno scarso e/o marginale impiego di mezzi [Vd. Cass. 25 giugno 2001, n. 8643, in *Foro it.*, 2001, I, 3109; Cass. 5 maggio 1999, n. 4502, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Posta* (5080), n. 53].

In ogni caso, già durante la vigenza della legge n. 1369/60, si era precisato che l'organizzazione non poteva consistere nella mera gestione logistico-amministrativa dei rapporti di lavoro, come il pagamento delle retribuzioni e/o la gestione delle ferie, essendo necessari, invero, l'effettiva direzione e il controllo sui lavoratori impiegati da parte dell'appaltatore (In questa direzione, vedi anche Cass. 28 agosto 2003, n. 12663, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 58).

Le conseguenze sanzionatorie nel caso di appalto non genuino sono rappresentate, tuttora, dalla costituzione *ex tunc* di un rapporto di lavoro direttamente con chi abbia effettivamente utilizzato la prestazione lavorativa, secondo quanto previsto dal comma 3-*bis*, dell'art. 29 d.lgs. n. 276/03.

4. — Nella sentenza in commento, la Suprema Corte, al quesito postole – se la fattispecie vietata di cui al comma 1, art. 1, legge n. 1369/60, debba ritenersi realizzata, allorché stipulato un contratto di appalto per un determinato servizio, nella specie di pulizie, il committente utilizzi alcuni dipendenti per lo svolgimento di mansioni diverse, in questo caso di archivista, non previste nell'oggetto dell'ap-

palto – ha risposto negativamente, cassando la pronuncia della Corte d'Appello con rinvio, sul presupposto che non sarebbe stato dimostrato che gli organi della committente, che era una società p.a., avessero i necessari poteri negoziali a impegnarla verso l'esterno, rendendo a essa imputabile le attività da loro compiute.

Ne conseguirebbe, pertanto, l'inapplicabilità dell'art. 1, legge n. 1369/60, dal quale esula, secondo il Supremo Collegio, proprio il caso in esame, dovendo il giudice del rinvio accertare l'utilità effettiva delle prestazioni rese, di fatto, dal lavoratore in favore della società committente, condannandola alla remunerazione delle stesse, ai sensi dell'art. 2126 cod. civ., secondo il principio dell'inefficacia dell'invalidità del contratto di lavoro subordinato.

La soluzione, cui perviene la Cassazione, appare discutibile e foriera di sicure ripercussioni anche in ordine all'applicazione dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/03, che, come visto, tra i tratti distintivi dell'appalto genuino, pone l'esercizio del potere organizzativo e direttivo dell'appaltatore nei confronti dei propri dipendenti impiegati nell'appalto.

In primo luogo, non convince l'impostazione estremamente formalistica adottata dalla Suprema Corte ove – nel considerare il contratto di lavoro, ancorché concluso in forma orale e/o per fatti concludenti come nella specie, quale unica fonte costitutiva del rapporto (Sull'ampio dibattito che negli anni passati aveva visto opporsi i fautori della teoria cd. contrattuale e quelli della teoria cd. a-contrattuale, si veda, senza pretesa di completezza: M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, p. 43; M. Dell'Olio, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, 1970, p. 169; S. Hernandez, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Padova, 1968, p. 51) – ha ritenuto che elemento essenziale e dirimente per risolvere la questione fosse l'indagine sulla sussistenza o meno del potere di rappresentanza, cioè di impegnare la società verso i terzi, di coloro che avevano assunto, e/o comunque utilizzato, le prestazioni lavorative di un soggetto terzo, dirigendolo.

In questo senso, vi sarebbe, infatti, da obiettare che, a prescindere dalla forma giuridica dell'ente, ai sensi dell'art. 1399 cod. civ., il contratto concluso da chi non aveva i necessari poteri di rappresentanza può essere ratificato dall'interessato nelle stesse forme prescritte per la conclusione di esso.

Di tal che, posto che per il contratto di lavoro non è prevista alcuna forma particolare, se non per i casi ove la legge lo dispone espressamente, va da sé che la ratifica, nel caso in esame, ben poteva ritenersi avvenuta per fatti concludenti, in considerazione del lungo lasso temporale trascorso da quando il lavoratore era stato adibito a mansioni diverse dall'oggetto dell'appalto e anche dopo la cessazione di questo [Vd. Cass. 1° dicembre 2008, n. 28514, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Lavoro (rapporto)* (3890), n. 1451].

Inoltre, poiché, a norma dell'art. 1392 cod. civ., la procura deve rivestire la stessa forma del contratto che si deve concludere, secondo il principio in commento, ove non esista un contratto scritto di lavoro, che consenta di risalire con certezza all'identità di chi lo abbia sottoscritto per conto del datore di lavoro, per il prestatore vi sarebbe il difficile, se non impossibile, onere di dimostrare che i

soggetti, con i quali aveva avuto a che fare, disponevano di fatto del potere di rappresentanza, non dovendo per l'appunto essere conferito per atto scritto.

Di conseguenza, in tutte le ipotesi di lavoro irregolare e/o cd. in nero, diverrebbe praticamente impossibile costituire di fatto un rapporto di lavoro, con conseguente regolarizzazione delle posizioni previdenziali-assicurative.

Tanto vero, infatti, che nel caso di specie, il lavoratore, addetto all'appalto, che aveva continuato a prestare la propria attività formalmente senza alcun contratto dal novembre 2001, allorché era stato licenziato dall'appaltatore per cessazione della commessa, fino al febbraio 2002, quando era stato, invece, licenziato oralmente, questa volta, dall'*ex* committente, si è visto riconoscere soltanto le tutele di cui all'art. 2126 cod. civ.

La soluzione in commento, perciò, oltre a condurre a delle conseguenze aberranti in termini di tutela della parte debole del rapporto, non convince perché non tiene conto né della responsabilità del cd. *falsus procurator*, che ai sensi dell'art. 1398 cod. civ. deve risarcire il danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato nella validità del contratto, né della responsabilità dei preposti, che, se prevista dall'art. 2049 cod. civ. per l'illecito aquiliano, a maggior ragione lo deve essere contrattualmente all'interno di una struttura imprenditoriale, sia pure societaria, ove, peraltro, ai sensi dell'art. 2086 cod. civ. l'imprenditore è il capo dell'impresa, da cui gerarchicamente dipendono i suoi collaboratori, anche ai sensi dell'art. 2094 cod. civ., tanto da risultarne responsabile anche in virtù dell'art. 2088 cod. civ.

In definitiva, ai sensi dell'art. 1398 cod. civ., al lavoratore sarebbe dovuto essere riconosciuto, per lo meno, un danno patrimoniale commisurato al valore economico del tipo di rapporto che aveva confidato di costituire con la committente; ivi comprese le tutele previste nelle ipotesi di licenziamento illegittimo.

Inoltre, poiché in una società p.a. o, comunque, in un'impresa articolata piramidale, si deve presumere una precisa responsabilità, anche solo per *culpa in vigilando*, dei singoli preposti, in base alla quale non può essere ammesso che i sottoposti compiano atti contrari alla legge, come impiegare di fatto un soggetto senza regolarizzarlo, e pretendere che tale condotta non possa costituire un comportamento concludente – comunque riconducibile alla volontà dell'imprenditore e/o di chi lo rappresenta nella struttura organizzativa – volto alla costituzione di un valido rapporto di lavoro.

Diversamente, infatti, seguendo il ragionamento della Suprema Corte, ogniqualvolta ci si trovi di fronte a un rapporto di lavoro subordinato senza contratto scritto, si avrebbe, praticamente, sempre l'applicazione della sola tutela di cui all'art. 2126 cod. civ., perché sarebbe fin troppo facile addurre una presunta assenza di poteri di rappresentanza in capo agli eventuali soggetti, spesso non ben identificabili, che abbiano in ipotesi assunto e/o impartito direttive nei confronti del terzo.

Inoltre, la decisione in commento appare anche incongrua, rispetto allo scopo perseguito dall'art. 1, legge n. 1369/60, che, se, come visto, era quello di evitare la scissione tra datore reale e apparente, a prescindere dallo strumento con il quale

lo si realizzava, operando il divieto su un piano oggettivo (Vd. anche Cass. 3 novembre 2009, n. 23213, in *Riv. crit. dir. lan.*, 2009, p. 951), certamente non può giustificare l'indagine sulla portata dei poteri di rappresentanza di chi abbia impartito gli ordini e le direttive ai dipendenti dell'appaltatore; addirittura facendo loro svolgere per anni, come nella specie, un'attività, quella di archivistica, completamente diversa dall'oggetto dell'appalto, posto che tale circostanza metteva in evidenza, esattamente, proprio quella scissione vietata dall'art. 1, legge n. 1369/60.

Quanto, poi, alle ripercussioni della pronuncia in commento sull'attuale disciplina dell'appalto genuino, di cui all'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/03, non vi è dubbio che, se l'esercizio del potere organizzativo e direttivo verso i dipendenti dell'appaltatore fosse realizzato, per il committente, da chi non abbia i poteri di impegnarlo verso l'esterno, non potrà avere alcun rilievo ai fini della valutazione sulla genuinità dell'appalto medesimo; finendosi, così, per depotenziare fortemente la portata definitiva e antifraudolenta della norma, soprattutto nei casi di servizi di alta intensità di lavoro, come quelli di facchinaggio e pulizie, per l'appunto oggetto della pronuncia in commento.

È auspicabile dunque un ripensamento da parte della giurisprudenza di legittimità o comunque una correzione di rotta, che, in qualche modo, attenui e/o annulli le conseguenze applicative del principio in commento, destinato a creare ancor più incertezza in una materia che, al contrario, anche in considerazione della sempre maggiore diffusione degli strumenti di esternalizzazione, necessita, invece, di saldi principi regolatori.

Enrico Maria Terenzio
*Avvocato in Roma e docente di Diritto del lavoro SSPL
presso la «Sapienza» Università di Roma*

I

CASSAZIONE, 13 marzo 2013, n. 6337, Sez. lav. – Pres. Lamorgese, Est. Balestrieri, P.M. Servello (conf.) – Trenitalia Spa (avv. Tosi) c. D.N.M. (avv.ti Vacirca, Califano).
Conf. Corte d'Appello Genova, 11 aprile 2007.

Licenziamento individuale – Procedimento disciplinare – Pluralità degli addebiti – Obbligo per il datore di lavoro di offrire in consultazione al lavoratore la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati – Diritto di difesa – Configurabilità.

Nel procedimento disciplinare, sebbene l'art. 7, legge 20 maggio 1970, n. 300, non preveda un obbligo per il datore di lavoro di mettere spontaneamente a disposizione del lavoratore, nei cui confronti sia stata elevata una contestazione, la documentazione su cui essa si basa, egli è però tenuto, in base ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, a offrire in consultazione i documenti aziendali all'incolpato che ne faccia richiesta, laddove l'esame degli stessi sia necessario per predisporre un'adeguata difesa. (1)

II

CASSAZIONE, 8 febbraio 2013, n. 3058, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Stile, P.M. Corasaniti (conf.) – D.P.E.P. (avv.ti Norscia, De Benedictis) c. Intesa Sanpaolo Spa (avv.ti Palladino, Daverio).
Conf. Corte d'Appello L'Aquila, 23 agosto 2007.

Licenziamento individuale – Procedimento disciplinare – Immediatezza della contestazione – Indagini preliminari – Sospensione cautelare – Audizione a difesa – Impedimento colloquio orale per malattia – Diritto al differimento reiterato dell'audizione – Non sussiste.

In tema di sanzioni disciplinari, la valutazione del principio di immediatezza va effettuata in base al criterio della relatività, nel senso che deve essere considerata la situazione concreta e i motivi oggettivi che possano aver giustificato il prolungamento delle indagini accertative da parte del datore di lavoro. Il lavoratore ha diritto di difendersi nella più completa libertà di forma, e, se richiede un confronto verbale, il datore ha l'obbligo di garantire l'audizione. Qualora si verifichi uno stato di malattia che non consenta al lavoratore di esercitare la prescelta difesa orale, il diritto al

differimento dell'audizione non sussiste se la tipologia dello stato morboso non impedisce fisicamente al prestatore di effettuare il colloquio né di ragguagliare il rappresentante sindacale sui fatti contestati. (2)

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

(1-2) IMMEDIATEZZA DELLA CONTESTAZIONE E DIRITTO DI DIFESA

1. — Nelle pronunce in epigrafe la Suprema Corte di Cassazione, analizzando due diverse fattispecie di licenziamento disciplinare, si sofferma sull'interpretazione del principio di immediatezza della contestazione oltre ad approfondire il contenuto del diritto di difesa del lavoratore. Nello specifico, la Corte, in merito alle modalità di esercizio dello *ius defensionis*, verifica i margini di differimento dell'audizione del dipendente e la concreta sussistenza di un obbligo per il datore di porre a disposizione del prestatore i documenti aziendali posti a supporto della contestazione disciplinare.

La sentenza dell'8 febbraio 2013, n. 3058, attiene al caso di un responsabile di filiale di una banca accusato di una serie di gravi irregolarità contabili, sospeso in via cautelare e licenziato per giusta causa all'esito di una indagine ispettiva interna.

La Corte d'Appello di L'Aquila – in riforma della pronuncia di primo grado – ritiene che il provvedimento di espulsione sia irrogato nel rispetto delle garanzie sancite dall'art. 7 della legge n. 300/70 sia sotto il profilo dell'immediatezza della contestazione sia sotto quello della tutela del diritto di difesa.

A nulla rileva nel caso *de quo* l'assenza di un effettivo contraddittorio orale poiché il datore aderisce per ben quattro volte alla richiesta di differimento della data di audizione del dipendente il quale, di converso, reitera l'istanza di rinvio adducendo motivi di salute documentati con certificazione medica.

Il lavoratore licenziato dunque, affidandosi a due motivi di ricorso, adisce la Corte di Cassazione la quale, dopo aver escluso la tardività del procedimento disciplinare, sottrae alla censura di parte anche il secondo motivo di doglianza relativo alla mancata audizione del dipendente.

A diverse conclusioni perviene il Supremo Collegio nella pronuncia del 13 marzo 2013, n. 6337, riconoscendo le ragioni del dipendente estromesso per motivi disciplinari: la mancata previsione nell'art. 7 Stat. lav. di un obbligo per il datore di lavoro di porre a disposizione del lavoratore la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati non lo esonera dall'offrire in consultazione all'incolpato i documenti necessari per approntare una adeguata difesa.

La fattispecie riguarda un dipendente di un'azienda di trasporti cui la società datrice imputa una molteplicità di addebiti disciplinari che il lavoratore contesta *in toto* chiedendo di prendere visione della relativa documentazione aziendale. L'azienda non accoglie l'istanza e risolve unilateralmente il rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 2119 cod. civ.

Ne scaturisce una controversia giudiziaria in cui la Corte d'Appello di Genova conferma la declaratoria di illegittimità del licenziamento pronunciata dal Tribunale in primo grado nonché la reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro ex art. 18 legge n. 300/70 (*ante* riforma Fornero, *ratione temporis*).

La società ricorre dunque per Cassazione adducendo nei quattro motivi di ricorso vizi di motivazione e violazione di legge. A detta dell'azienda il giudice d'Appello avrebbe ritenuto illegittimo il licenziamento irrogato rinvenendo nei canoni di correttezza e buona fede un implicito diritto di accesso ai documenti e ai luoghi di lavoro non presente nella disciplina legale o contrattuale.

La Suprema Corte rigetta il ricorso e convalida la sentenza d'Appello.

2. — La regola procedurale della immediatezza della contestazione disciplinare rappresenta il terreno comune su cui si confrontano, pur con esiti difformi, entrambe le sentenze annotate [In dottrina, v., per tutti, S. Mainardi (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, 2012, pp. 142 ss.].

Il Supremo Collegio torna a pronunciarsi sull'argomento onde verificare se sussistano, nei casi di specie, quei presupposti idonei a giustificare la dilazione temporale intercorrente tra la cognizione dei fatti oggetto dell'accertamento e l'effettiva contestazione dell'addebito (*Ex plurimis*, v. Cass. 14 settembre 2011, n. 18772, in q. *Riv.*, 2012, I, pp. 151 ss.).

Univoca giurisprudenza di legittimità concorda con dottrina prevalente sull'accezione relativa in cui deve essere inteso il cennato carattere [V., sul tema, M. Del Conte, *Il procedimento disciplinare*, in M. Martone (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 2012, pp. 870 ss.; in giurisprudenza, fra le tante, v. Cass. 5 marzo 2013, n. 5408, in *Diritto & giustizia*, 2013, p. 248], anche se l'opzione ermeneutico-applicativa non deve sminuire la portata del principio stesso sino a svuotarlo di efficacia (Cosi, Cass. 8 giugno 2009, n. 13167, in *Guida dir.*, 2009, 31, p. 70) né ingenerare nel lavoratore quel giusto affidamento che una tardiva accusa potrebbe originare (Cfr. Cass. 24 gennaio 2013, n. 1693, in *Diritto & giustizia*, 2013, p. 154).

Con maggior precisione la Corte di Cassazione nella sentenza dell'8 febbraio 2013, n. 3058, dopo aver ribadito che la valutazione relativa alla tempestività della contestazione costituisce un accertamento di merito non sindacabile in sede di legittimità se supportato da idonea motivazione, ripercorre l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte territoriale nella pronuncia impugnata.

Quest'ultima – a giudizio della Cassazione – ha valutato in modo logico e corretto una serie di circostanze oggettive quali la complessità dell'organizzazione aziendale (In senso conforme, cfr. Cass. 27 settembre 2012, n. 16471, in *Diritto & giustizia*, 2012, p. 884); l'avvenuto accertamento dei fatti in un luogo diverso da quello interessato al licenziamento; l'elevato numero di violazioni acclamate (Vd. anche, Cass. 13 dicembre 2010, n. 25136, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 79 ss.); l'adozione di un provvedimento di sospensione cautelare nei confronti del dipendente accusato (Negli stessi termini, v. Cass. 2 febbraio 2009, n. 2580, in *Arg. dir. lav.*, 2009, II, pp. 1161 ss.): tutti elementi che, complessivamente considerati, as-

solgono il datore da eventuali accuse di intemperività nell'intimazione del licenziamento disciplinare (Conforme, Cass. 6 dicembre 2005, n. 26670, in *Arg. dir. lav.*, 2006, II, p. 1365; Cass. 5 novembre 1997, n. 10855, in q. *Riv.*, 1998, II, p. 257).

In special modo l'adozione di una misura cautelare esprime senza riserve la chiara intenzione del datore di esercitare il proprio potere disciplinare finanche solutorio, «cristallizza la situazione, impedisce ogni acquiescenza ed esclude ogni tardività» (Così, Cass. 8 febbraio 2013, n. 3058, in commento).

La Corte di legittimità, uniformandosi a quanto statuito dal giudice d'Appello, ritiene che il datore non abbia interrotto quella imprescindibile «continuità cronologica tra la conoscenza della mancanza del lavoratore e la contestazione dell'addebito», giustificando la tardiva contestazione con il lasso temporale occorrente allo svolgimento di indagini preliminari (Vd. Cass. 26 marzo 2010, n. 7409, in *Riv. giur. sarda*, 2011, 1, pp. 174 ss., che ha dichiarato illegittimo un licenziamento irrogato a diciassette mesi di distanza dal completamento degli accertamenti ispettivi; *contra*, v. Cass. 22 settembre 2009, n. 20404, in *Lav. prev. oggi*, 2010, 3, pp. 297).

La ponderata valutazione effettuata dal datore viene quindi intesa non come violazione del principio di immediatezza né tantomeno quale rinuncia all'esercizio del potere disciplinare, una sorta di «decadenza dal potere» indicata nel sistema tedesco con il termine di «*Vervirkung*» (Così Cass. 10 novembre 1997, n. 11095, in *Mass. giust. civ.*, 1997, p. 2127, richiamata sovente da successive pronunce), bensì in funzione di tutela del lavoratore onde evitare che quest'ultimo venga esposto a censure in maniera affrettata e superficiale (In tal senso, v. Cass. 4 ottobre 2012, n. 16860, in *Diritto & giustizia*, 2012, p. 883; v. altresì, Cass. 17 dicembre 2008, n. 29480, in q. *Riv.*, 2009, I, pp. 356 ss.).

Diversamente nella sentenza del 13 marzo 2013, n. 6337, i giudici di legittimità confermando la interpretazione restrittiva della Corte d'Appello considerano tardiva una contestazione elevata oltre il termine di trenta giorni disposto dal Ccnl applicato (Sul tema, in giurisprudenza di merito, v. Trib. Milano 13 agosto 2001, in *Lav. giur.*, 2002, p. 488; *contra*, Trib. Padova 7 ottobre 2003, in *www.dejure.it*).

Non persuadono il Collegio le censure avanzate dalla società ricorrente inerenti il carattere ordinatorio del predetto termine (Vd. Ccnl delle attività ferroviarie, art. 61, punto 2, in *www.fastferrovie.it*, secondo cui la contestazione deve essere elevata «di norma entro il termine di 30 gg. ...»; in dottrina, v. M.T. Pezzoni, *Sui vincoli contrattuali al potere disciplinare*, nota a Cass. 8 aprile 1998, n. 3608, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 364), né le ragioni oggettive legate alla necessità aziendale di effettuare indagini ispettive a fronte di numerosi illeciti: la mancata integrale produzione del Ccnl (Vd. Cass. 26 marzo 2012, n. 4810, in *www.dejure.it*; Cass., Ss.Uu., 3 novembre 2011, n. 22726, in *Giust. civ.*, 2013, 1, I, p. 158, sull'onere di deposito dei contratti e degli accordi collettivi) e la irrituale richiesta di riesame di circostanze di fatto inducono la Suprema Corte a pronunciare una declaratoria di inammissibilità.

3. — In un procedimento disciplinare il rispetto del principio del contraddittorio garantisce al lavoratore il concreto esercizio del diritto alla difesa.

È pacifica in giurisprudenza – in assenza di una modalità attuativa predefinita dal legislatore *ex art. 7, comma 2* – la facoltà del lavoratore di discoltarsi nella forma che ritenga più opportuna, oralmente o per iscritto, con l'assistenza o meno di un rappresentante sindacale, o anche di non avvalersi affatto di tale garanzia (Tra le altre, v. Cass. 25 gennaio 2008, n. 1661, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 1, p. 91) senza perciò ravvisare in capo al datore un autonomo dovere di convocazione (*Contra*, isolatamente nel merito, Trib. Milano 21 novembre 1990, in *Orient. giur. lav.*, 1991, p. 168; in dottrina propugna un dovere di impulso datoriale, S. Centofanti, *Procedimento disciplinare e obbligo di audizione del lavoratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, pp. 123 ss.), «ma solo un obbligo correlato alla manifestazione tempestiva del lavoratore di essere sentito di persona» (Vd., tra le altre, Cass. 18 ottobre 2011, n. 21485, in *Diritto & giustizia*, 2011), mentre più incerte sorti hanno segnato l'ammissibilità del cumulo tra difese scritte e orali (Vd. Cass. 9 ottobre 2007, n. 21066, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 447; Cass. 13 gennaio 2005, n. 488, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 134, secondo cui il datore sarebbe esentato da tale obbligo in presenza di richieste dilatorie o pretestuose a fronte di esaustive giustificazioni scritte; in senso più garantistico, Cass. 22 marzo 2010, n. 6845, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, pp. 19 ss.).

Nella vicenda oggetto della prima pronuncia in commento il lavoratore, in ossequio alla menzionata libertà di scelta, non produce scritti difensivi bensì opta per il colloquio orale da rendersi con l'assistenza di un rappresentante sindacale (Vd. Cass. 17 marzo 2008, n. 7153, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 3, p. 426, che esclude la facoltà per il dipendente dal farsi assistere da un legale, stante l'ontologica diversità che sussiste fra il procedimento disciplinare e quello giurisdizionale).

Non va peraltro trascurata la dizione letterale del comma 2 dell'art. 7 Stat. lav. («senza averlo sentito a sua difesa») che sembra evidenziare il *favor* dell'ordinamento per la garanzia di fonte legale svolgentesi di fronte quella stessa «*una pars*» che dovrà decidere in ordine alla possibile irrogazione della sanzione (Vd. Cass. 27 ottobre 2000, n. 14225, in *Lav. giur.*, 2001, p. 139).

Va ricordato tuttavia che dall'indiscusso obbligo incumbente sul datore di ascoltare il dipendente che ne abbia fatto espressa richiesta non scaturiscono sempre e comunque in capo al titolare del potere disciplinare ulteriori ineluttabili oneri (Vd. Cass. 16 luglio 1992, n. 8602, in q. *Riv.*, 1992, II, pp. 980 ss.).

Nel caso annotato, invero, il datore di lavoro dopo aver aderito più volte alla reiterata istanza di differimento avanzata dal prestatore a causa di uno stato di malattia documentato, lo licenzia per motivi disciplinari senza che sia stato in concreto possibile ascoltare le ragioni giustificatrici del dipendente (Vd. Cass. 9 maggio 2012, n. 7096, in *Mass. giust. civ.*, 2012, 5, p. 579, che ha escluso il rinvio *sine die* dell'esercizio del potere disciplinare a fronte di un dedotto stato di malattia; Cass. 30 maggio 2001, n. 7374, in *Mass. giust. civ.*, 2001, p. 1092, che afferma gravare sul lavoratore l'onere della prova di essersi trovato in stato di incapacità naturale).

La Corte territoriale adita – alle cui valutazioni aderisce la Suprema Corte – non vede in tale comportamento della società una violazione del diritto alla difesa; anzi, da un lato lo reputa ineccepibile, dall'altro muove un implicito biasimo al di-

pendente per la sua condotta dilatoria (Cfr., di recente, Cass. 26 settembre 2012, n. 16374, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 2, p. 825, secondo cui il datore, una volta fissata l'audizione, non è tenuto ad accedere a un'ulteriore richiesta di rinvio che risulti *prima facie* generica e/o dilatoria; così anche, Cass. 9 ottobre 2007, n. 21066, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 447; *contra*, Cass. 4 aprile 2006, n. 7848, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 3, p. 932, secondo cui se l'audizione sia di fatto impedita – e quindi rinviata – per lo stato di malattia del dipendente, il datore non può omettere il confronto orale).

A fronte di un evento sospensivo impeditivo (quale è lo stato di malattia), l'irriducibilità del diritto di difesa cede qui il posto all'interesse rilevante per il datore – come anche per l'ordinamento – a una celere definizione del procedimento disciplinare (In dottrina, v. P. Sordi, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 172, sul significato da attribuire alla brevità del termine di cui al comma 5, art. 7, Stat. lav.; conforme in giurisprudenza, Cass. 27 novembre 2012, n. 21026, in *Foro. it.*, 2013, 2, p. 509).

Non mancano tuttavia pronunce di merito di segno contrario, in cui viene privilegiato il diritto del lavoratore alla sospensione del procedimento disciplinare per malattia, onde consentire il richiesto colloquio orale al termine del periodo di indisponibilità (Vd., nel merito, Trib. Milano 6 maggio 2008, in *Orient. giur. lav.*, 2008, 3, pp. 736 ss.; Trib. Roma 6 novembre 2006, in *Arg. dir. lav.*, 2007, II, pp. 764 ss., con nota di E. Pasqualetto, *Malattia del lavoratore e diritto alla difesa orale nel procedimento disciplinare*, secondo cui l'impossibilità a difendersi legata a uno stato di malattia del lavoratore, difficilmente potrà superare i limiti di durata del periodo di comperto).

È evidente in questa fase di merito il ruolo fondamentale ricoperto dall'organo giudicante, il quale si trova a dover valutare il negativo apprezzamento del datore al quadro contestuale (In tal senso, v. M. Caroppoli, *La difesa scritta non esclude l'audizione*, in *Diritto & giustizia*, 2005, p. 26; in giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano 9 dicembre 2011, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 558,).

Nell'ipotesi esaminata viene privilegiata la posizione aziendale: il crinale da cui muove il giudice d'Appello è individuato nella tipologia di malattia denunciata dal lavoratore (stato depressivo), ritenuta non ostativa ai fini della invocata audizione.

Secondo l'interpretazione della Corte d'Appello avallata dalla Cassazione, lo stato depressivo non impedisce al lavoratore di realizzare il colloquio né di ragguagliare il rappresentante sindacale sulle giustificazioni da fornire (In modo analogo, v. Pret. Gaeta 29 novembre 1993, in *Orient. giur. lav.*, 1994, 2, pp. 739 ss.; Pret. Nola 16 gennaio 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, p. 761).

Suscita qualche perplessità l'opzione argomentativa utilizzata dalla Corte di merito, che rinviene nella patologia lamentata una indubbia conferma alla correttezza del proprio *iter* motivazionale (*Contra*, Cass. 26 settembre 2012, n. 16374, cit., secondo cui la documentata diagnosi di «stato di agitazione psicomotoria, quadro di stress psichico...» è incompatibile con l'espletamento dell'audizione orale).

Invero la natura psicologica anziché fisica della malattia potrebbe determinare *a contrario* una uguale (se non maggiore) difficoltà per il dipendente nel giustificare

dinanzi al titolare del potere sanzionatorio l'inadempimento contestato (Vd., tra le scarse pronunce in materia, Pret. Roma 27 ottobre 1992, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 169, che sottolinea come «l'impostazione difensiva esiga nel lavoratore uno stato di adeguata consapevolezza e lucidità mentale, che – di regola – può ritenersi diminuito quando uno stato morboso è in atto»).

4. — Nella seconda pronuncia in commento, il diritto di difesa del lavoratore viene esaminato sotto un diverso profilo, ovvero quello della possibilità di desumere dall'art. 7 Stat. lav. uno specifico diritto di accesso alla documentazione aziendale relativa agli addebiti contestati.

La società ricorrente si duole della pronuncia del giudice di appello che ha dichiarato illegittimo il licenziamento disciplinare irrogato nei confronti di un suo dipendente, per non aver essa ottemperato alla richiesta di accesso ai documenti e ai luoghi di lavoro espressamente formulata dal prestatore in sede di giustificazioni (Sul Ponere del lavoratore di indicare in modo specifico i documenti aziendali, v. Cass. 18 novembre 2010, n. 23304, in *Mass. giust. civ.*, 2010, 11, p. 1468; Cass. 13 ottobre 1998, n. 10121, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, pp. 794-795, con nota di L. Calafà).

La Suprema Corte, dopo aver precisato le carenze istruttorie in cui incorre l'azienda (Vd. Cass. 3 novembre 2011, n. 22726, Cass. 19 maggio 1997, n. 4445, Cass. 20 novembre 2002, n. 16345, Cass., Ss.Uu., 15 maggio 2006, n. 11097, tutte esplicitamente menzionate in sentenza), spiega le ragioni di infondatezza dei motivi di doglianza oltre a dichiarare l'inammissibilità di una inopportuna richiesta di riesame nel merito (Vd. Cass. 7 febbraio 2012, n. 1716, citata in pronuncia).

In linea con sua recente giurisprudenza, il Collegio ribadisce come l'art. 7 Stat. lav. non imponga al datore di porre a disposizione del dipendente incolpato la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati (Vd. Cass. 11 settembre 2012, n. 15169, e Cass. 18 novembre 2010, n. 23304, in sentenza, sulla possibilità per il lavoratore di ottenere, nel corso del giudizio ordinario di impugnazione del licenziamento, l'ordine di esibizione della documentazione stessa) anche se «il datore è tenuto a offrire in consultazione all'incolpato i documenti aziendali laddove l'esame degli stessi sia necessario al fine di permettere alla controparte un'adeguata difesa» (Così, Cass. 13 marzo 2013, n. 6337, in commento; in senso analogo, v. Cass. 30 agosto 2007, n. 18288, in *Mass. giust. civ.*, 2007, 7-8).

Il criterio su cui si fonda l'opportunità di tale «doverosa offerta» viene rinvenuto nei generali canoni di correttezza e buona fede (Per tutti, si rinvia a A. Perulli, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in q. *Riv.*, 2002, I, pp. 3 ss.) utilizzati nella precedente pronuncia per verificare l'ineccepibile comportamento datoriale e, in questa sede, per valutare la condotta ostruzionistica dell'azienda rea di aver sottovalutato «la particolare complessità della contestazione» che – a parere della Corte di legittimità – risulta «pacificata».

Secondo il Collegio le ragioni che giustificano *a fortiori ratione* la soluzione adottata vanno individuate nella molteplicità dei complessi inadempimenti che, per il loro carattere articolato e plurimo, legittimano una richiesta di accesso ai luoghi e ai documenti aziendali.

La questione lambisce i confini di altro ben noto principio in tema di sanzioni disciplinari: quello della necessaria specificità della contestazione, ricavato in via giurisprudenziale dal combinato disposto dei commi 2 e 5 dell'art. 7 Stat. lav. (Vd. S. Borrelli, *Specificità della contestazione e obbligo di documentazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, pp. 538 ss.; in giurisprudenza, v. Cass. 30 gennaio 1984, n. 721, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 182, secondo cui non sussiste obbligo a carico del datore di rendere note al dipendente le prove dell'addebito disciplinare).

Tale principio, diretto a definire i caratteri precisi e puntuali di una corretta contestazione – acciocché il lavoratore possa comprendere l'accusa e adeguatamente controdedurre –, non deve tradursi tuttavia in un «diritto del lavoratore di conoscere tutto ciò che sia idoneo alla sua migliore difesa stragiudiziale» (In tal senso, v. C. Pisani, *Processo disciplinare e accesso alla documentazione aziendale*, in *Dir. lav.*, 2002, 4, pp. 313 ss.; in giurisprudenza, v. di recente, Cass. 14 giugno 2013, n. 15006, in *Diritto & giustizia*, 2013).

È d'accordo la dottrina prevalente nel non ricavare, dal principio di specificità, un onere procedurale aggiuntivo a carico del datore il quale non è tenuto ad accertare la veridicità dell'addebito disciplinare, ma deve contestare in modo puntuale e identificabile la violazione al dipendente (Vd. S. Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2002, p. 422-423, che dal «requisito di specificità arricchito» esclude possa derivare per il lavoratore, già nella fase istruttoria del procedimento disciplinare, una «materiale disponibilità della prova»; C. Pisani, *op. ult. cit.*, che rimarca la differenziazione del procedimento disciplinare privatistico dal procedimento giurisdizionale).

Non chiarisce la Corte di Cassazione se, nella vicenda al suo vaglio, la articolata lettera di contestazione non soddisfi appieno quel requisito di specificità richiesta dalla *ratio* sottesa all'art. 7 Stat. lav. o se la necessità di una documentazione suppletiva travalichi in ogni caso l'onere di specificazione.

Quel che emerge senza dubbio è l'atteggiamento oltremodo garantista della presente pronuncia, non rinvenibile con eguale intensità nel primo *decisum* considerato, laddove a un lavoratore impossibilitato a difendersi per uno stato documentato di malattia non viene concesso nemmeno il beneficio del dubbio sulla genuinità dell'impedimento ostativo.

Forse, in entrambe i casi esaminati, sarebbe più opportuno ricondurre nel giusto alveo il diritto di difesa regolato dall'art. 7 Stat. lav., a metà strada tra «una riduzione sbiadita del vigoroso diritto consacrato dall'art. 24, comma 2, Cost.» (Così L. Montuschi, voce *Sanzioni disciplinari*, in *Digesto sez. comm.*, VI, 1996, p. 156) e un'enfatica opportunità difensiva per il lavoratore le cui sorti sono il più delle volte già determinate dalla *voluntas solvendi* del datore (Vd., in tal senso, A. Vallebbona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Padova, 2011, p. 511).

Silvia Magnifico

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

CORTE D'APPELLO VENEZIA, 24 gennaio 2013, Sez. lav. – Pres. D'Amico, Est. Parise – M.R. (avv.ti Bacci, Gaiotti) c. Ebara Pumps Europe Spa (avv.ti Boccardi, Forza).
Diff. Tribunale Vicenza n. 114/11.

Lavoro subordinato – Lettera di intenti – Qualificazione giuridica della fattispecie – Recesso – Principio di buona fede – Violazione – Responsabilità precontrattuale – Sussistenza.

In presenza di una lettera di intenti non può considerarsi automaticamente costituito un rapporto di lavoro. È, invece, necessario effettuare un'indagine sulla volontà espressa dalle parti nella lettera, al fine di ricostruire la reale intenzione dei contraenti, i quali dovranno comportarsi, nel corso delle trattative, secondo buona fede. La violazione del principio di buona fede comporta la sussistenza di una responsabilità precontrattuale. (1)

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

(1) SULLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLA LETTERA DI INTENTI

SOMMARIO: 1. Premessa. Qualificazione giuridica della lettera di intenti. — 2. Principio di buona fede. — 3. La sentenza della Corte d'Appello di Venezia. — 4. Conclusioni.

1. — *Premessa. Qualificazione giuridica della lettera di intenti* — La sentenza si segnala per essere una delle poche pronunzie intervenute sul tema della qualificazione giuridica della lettera di intenti finalizzata all'instaurarsi di un rapporto di lavoro.

L'utilizzo delle *lettere di intenti* (1) (o dichiarazioni di intenti) ha origine nelle prassi del commercio internazionale ove era, ed è, necessario avere a disposizione uno strumento rapido, snello e informale che consenta di fissare i punti salienti

(1) Si può definire lettera di intenti: «quel documento nel quale si suole fissare per iscritto il contenuto sui punti essenziali, sui quali l'intesa delle parti è già intervenuta»; F. Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 175. Vedi, però, anche Cass. 14 maggio 1998, n. 4853, in *Contratti*, 1998, pp. 547 ss., con nota di A. Venchiarutti: le parti che, con riferimento a una scrittura privata, abbiano per essa usata la formula «lettera di intenti» adottando un'espressione con cui, nel linguaggio commerciale, si esprimono i propositi dei futuri contraenti nella fase delle trattative precontrattuali che precede la stipulazione di un negozio soltanto eventuale mostrano l'esclusivo intento di predisporre le clausole da recepire nel futuro contratto nell'eventualità della positiva conclusione delle trattative stesse.

delle trattative, spesso lunghe e complesse, senza però che tale atto risulti già vincolante per le parti.

La conclusione di un contratto, soprattutto se particolarmente articolato e complesso ovvero di lunga durata o con obblighi diversi in periodi differenti, può comportare la necessità di una fase prodromica, più o meno strutturata, nella quale si fissano per iscritto i progressi fino a quel momento raggiunti e le singole clausole su cui si è raggiunta un'intesa.

In queste «minute» (2) si possono trovare indicate la regolamentazione delle trattative e anche dei veri e propri obblighi di comportamento (3) (ad esempio, la ripartizione delle spese o, frequentemente, le informazioni che si desidera restino coperte da segreto).

Queste punteggiature di contratto potranno, peraltro, avere una grande utilità nel caso di successivi problemi interpretativi del contratto o di alcune singole clausole, posto che un'analisi dettagliata delle precedenti annotazioni ben potrebbe essere di aiuto all'interpretazione della reale volontà dei contraenti.

Le lettere di intenti non necessitano, peraltro, di particolari forme, salvo quella della scrittura, e, di solito, è apposta in calce la firma dei contraenti, nonostante la sottoscrizione non costituisca un obbligo per la validità o l'efficacia.

La lettera di intenti non è ritenuta, da giurisprudenza e dottrina, avere carattere vincolante nei confronti di coloro che l'hanno sottoscritta (4); questo per la semplice ragione che le parti con questo atto non si obbligano ad alcunché, ma si limitano a predisporre «un modello concreto che potrà costituire il contenuto del futuro contratto» (5).

Differente il caso in cui si sia in presenza di una «puntuazione completa di clausole».

Questa definizione, resa dalla Suprema Corte in un'importante sentenza (6), e-

(2) Il termine lettere di intenti ha anche altri sinonimi quali: minuta o puntuazione di contratto. Circa la sostanziale identità tra puntuazione o minuta e lettera di intenti cfr. E. Caruso, *Le dichiarazioni di intenti*, in Realmonte (a cura di), *I rapporti giuridici preparatori*, Milano, 1996.

(3) L. Ricca, *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, in *Giust. civ.*, 1961, I, pp. 1668 ss.

(4) In giurisprudenza cfr. tra molte Cass. 17 ottobre 1992, n. 11429, in *Arch. civ.*, 1993, p. 301: «la cosiddetta puntuazione o minuta di contratto non ha in via di massima carattere vincolativo ma solo una funzione essenzialmente storica e probatoria della fase delle trattative contrattuali in quanto con essa le parti di solito intendono solo documentare l'intesa raggiunta su alcuni punti, rinviando la conclusione del contratto al momento successivo nel quale avranno raggiunto l'accordo anche sugli altri. Ciò peraltro non esclude che in concreto la minuta possa avere valore probatorio di un contratto già perfezionato, quando contenga l'indicazione dei suoi elementi essenziali e risulti anche in base al comportamento successivo delle parti inteso a dare esecuzione all'accordo risultante da detta minuta, semprché tale comportamento sia univoco e non consenta una diversa interpretazione che le parti medesime abbiano inteso vincolarsi definitivamente».

(5) A. Trabucchi, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, pp. 8 ss.

(6) Cass. 30 marzo 1994, n. 3158, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2719.

videnza che nel caso si raggiunga con la pattuizione un livello molto avanzato negli accordi, tale da considerare che le parti abbiano predisposto una regolamentazione completa nelle clausole essenziali e accessorie e che, quindi, vi sia una volontà negoziale attuale, allora vi sarà una previsione invertita rispetto a quanto sopra esposto nel senso, cioè, di ritenere il documento un vero e proprio contratto perfetto; spetterà alle parti dimostrare il contrario (7).

Più semplicemente e, come enunciato in varie massime giurisprudenziali, per poter affermare che il contratto è stato concluso è necessario che le parti «abbiano dimostrato di non voler subordinare la perfezione del contratto al successivo accordo su un determinato elemento complementare e sussidiario, nel qual caso, data la comune intenzione delle parti, basta, per la perfezione del contratto, che il consenso sia stato raggiunto sugli elementi essenziali del contratto stesso» (8).

Analogamente, però, può capitare, come ha altresì pensato la Suprema Corte, che il raggiungimento dell'accordo su tutti gli elementi essenziali non sia sufficiente per ritenere concluso il contratto «se le parti pongono sullo stesso piano elementi essenziali e secondari e intendono proseguire, anche dopo aver documentato per iscritto le tappe dell'accordo sui punti essenziali delle trattative, senza sentirsi obbligate; la funzione dispositiva sarà assunta soltanto dall'intero negozio, quando saranno esaurite positivamente tutte le trattative e le parti abbiano dimostrato inequivocabilmente di non voler subordinare il perfezionamento del contratto al successivo accordo sugli elementi secondari» (9).

Vi è, quindi, accordo sia in giurisprudenza (10), sia in dottrina (11), sul fatto che le minute non possano avere di per sé forza di legge tra le parti.

Per avere un contratto perfezionato, infatti, è necessario un accordo totale su ogni punto del medesimo non soltanto sugli elementi essenziali, ma, sicuramente, tali scritti hanno un valore storico e probatorio della fase delle trattative e agevolatrici nella individuazione della volontà delle parti.

Nonostante il diffuso utilizzo di questo strumento, a oggi, non sembra, pertanto, che siano state individuate dalla giurisprudenza delle risposte univoche o, comunque, del tutto soddisfacenti per l'interpretazione del valore giuridico delle lettere di intenti e neppure nel caso in cui, dopo la fase delle trattative, non si addivenga alla sottoscrizione del contratto.

(7) «Nel caso di mere punteggiature resta incerto non solo l'an ma anche il *quomodo* del contratto; nel caso, invece, delle punteggiature complete di clausole il contenuto del contratto è già delineato nei suoi dettagli difettando semplicemente la volontà di concluderlo e di trasformarlo nella fonte di un rapporto giuridico»: A. Cillepi, *Valore giuridico della minuta di contratto*, in *Giust. civ.*, 2010, 2, p. 2940.

(8) Così Cass. 29 marzo 1995, n. 3705, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, n. 269; cfr. altresì Cass. 14 luglio 2006, n. 16118, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, nn. 22 ss.; Cass. 15 dicembre 1999, n. 14109, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1303.

(9) Così Cass. 7 gennaio 1993, n. 77, in *Corr. giur.*, 1993, pp. 574 ss.

(10) Cass. 17 ottobre 1992, n. 11429, in *Arch. civ.*, 1993, p. 301.

(11) V. Ricciuto *La formazione progressiva del contratto*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, I, Torino, 2006, pp. 177 ss.

A questo punto risulta di tutta evidenza che affidarsi al *nomen iuris* attribuito alle parti nel documento in questione non è di alcun aiuto (12).

Sarà necessario che l'interprete (quindi il giudice di merito) verifichi le circostanze del caso concreto cercando, con un accertamento di fatto, la reale volontà delle parti.

I criteri interpretativi sono dettati dall'articolo 1362 del codice civile; essi mirano a consentire la ricostruzione della volontà delle parti: operazione che non assume carattere diverso quando sia questione, invece che di stabilirne il contenuto, di verificare anzitutto se le parti abbiano inteso esprimere un assetto di interessi giuridicamente vincolante (13).

Sarà d'obbligo, pertanto, analizzare non solo il testo del documento, ma anche il comportamento complessivo dei contraenti.

Per stabilire, quindi, se «un determinato contratto si sia o meno perfezionato occorre che l'intesa sia intervenuta sugli elementi essenziali dell'accordo con la precisazione che l'essenzialità di un elemento va valutata non già in astratto, bensì in concreto, avuto riguardo alla reale interpretazione delle parti» (14).

2. — *Principio di buona fede* — Preso atto, quindi, che, nel caso in cui una lettera di intenti non sia una reale puntuazione, ma possa essere considerata un contratto vero e proprio, gli effetti giuridici tra le parti saranno quelli di un contratto con conseguente responsabilità contrattuale in caso di violazione degli obblighi, in tutti gli altri casi una lettera di intenti è fonte di obbligazioni precontrattuali regolamentate dal principio generale espresso dall'articolo 1337 cod. civ.

L'articolo in questione impone – come noto – alle parti di comportarsi secondo buona fede (15) nella fase di formazione del contratto.

La buona fede nell'interpretazione della responsabilità precontrattuale può considerarsi al pari di un faro per il navigante: indica la strada da percorrere per potersi considerare in sicurezza.

(12) Sul punto, si veda in particolare Cass. 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Giur. it.*, 2010, I, p. 830, per cui «nell'interpretazione del contratto l'elemento letterale assume funzione fondamentale, ma la valutazione del complessivo comportamento delle parti non costituisce un canone sussidiario bensì un parametro necessario e indefettibile in quanto le singole espressioni letterali devono essere inquadrate nella clausola, questa deve essere raccordata alle altre clausole e al complesso dell'atto e l'atto deve essere esaminato valutando il complessivo comportamento delle parti. In questa progressiva dilatazione degli elementi dell'interpretazione può assumere rilievo anche il comportamento delle parti posteriore alla conclusione del contratto, ma deve trattarsi di un comportamento convergente (e tale può essere anche un comportamento unilaterale che sia accettato dall'altra parte contrattuale, eventualmente anche tacitamente) in quanto come è “comune” l'intenzione delle parti quale fondamentale parametro di interpretazione, “comune” deve essere il comportamento quale parametro strumentale di valutazione della suddetta intenzione».

(13) Cfr. Cass. 4 febbraio 2009, n. 2720, cit.

(14) A. Cillepi, *Valore giuridico della minuta di contratto*, in *Giust. civ.*, 2010, 2, p. 2940.

(15) Secondo una nota espressione la buona fede impone «l'obbligo di comportarsi lealmente e attivarsi per salvaguardare l'utilità dell'altro nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio». C. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1997, p. 87.

Ovviamente è a questo punto necessario capire in che modo questo principio debba essere percepito.

Concordano giurisprudenza e dottrina su di un primo punto: la buona fede deve essere considerata dal punto di vista oggettivo (16) e, peraltro, deve essere considerata una clausola generale vera e propria e non un pleonastico compendio di obblighi già previsti da altre norme (17).

Ha evidenziato illustre dottrina, infatti, che dove il legislatore ha inteso fare riferimento alla buona fede come uno stato psicologico ha utilizzato differenti espressioni quali «in buona fede» ovvero «di buona fede» assolutamente diversi da quella «secondo buona fede» più correttamente adoperata per imporre una regola di comportamento (18).

Anche secondo la giurisprudenza la buona fede deve intendersi in senso oggettivo e in particolare la stessa si snoda attraverso i corollari del dovere di informazione, di chiarezza, di adoperarsi per garantire la validità e l'efficacia del negozio da stipulare (19).

Il dovere di informazione deve essere inteso come il dovere di ogni parte di comunicare all'altra tutti gli elementi necessari ad avere una visione chiara ed esaustiva del contratto che si andrà a sottoscrivere. Evidenziando anche i relativi rischi e i reciproci vantaggi con l'esclusione degli aspetti meramente riferibili alla convenienza economica, posto che tale convenienza ogni contraente ha l'onere di valutarla personalmente.

Importante dottrina (20) ha precisato, inoltre, che il dovere di informazione non impone solamente di comunicare circostanze note, ma altresì quelle conoscibili con l'ordinaria diligenza se idonee a influenzare la stipulazione o il contenuto del contratto.

Strettamente collegato al dovere di informazione è quello di chiarezza, che va

(16) Vi sono due possibili significati per la locuzione buona fede: quello soggettivo per indicare lo stato in cui versa il soggetto al fine di conseguire determinati effetti giuridici favorevoli (artt. 128 e 1147 cod. civ.); quello oggettivo inteso come limite dell'autonomia negoziale delle parti, accezione quest'ultima che ricorre sovente in tema di obbligazioni e contratti (artt. 1147, 1358, 1336, 1375, 1460 cod. civ.) imponendo alle parti nella fase precontrattuale il rispetto dei principi di correttezza, solidarietà e serietà. Il concetto di buona fede di cui all'art. 1337 cod. civ. va ricompreso in questa seconda accezione e indica il dovere di correttezza fra le parti nello svolgimento delle trattative. A.M. Musy, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Digesto sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 402.

(17) L. Panza, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in Aa.Vv., *Condizioni generali di contratto*, 1974, p. 378.

(18) A. De Mauro, F. Fortinguerra, S. Tommasi, *La responsabilità precontrattuale*, 2007, Padova, p. 96.

(19) Tra molte Cass. 26 aprile 2012, n. 6526, in *Foro it.*, 2012, 12, I, p. 3420: la violazione della buona fede, infatti, sussiste, non solo nel caso di recesso ingiustificato dalle trattative, ma anche in caso di mancata osservanza dell'obbligo di completezza informativa circa la reale intenzione di una parte di addivenire a una conclusione del contratto, senza che alcun mutamento delle circostanze possa risultare idoneo a giustificare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti nel corso della prosecuzione delle trattative.

(20) G. Grisi *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, pp. 79 ss.

inteso come obbligo per le parti di esprimersi e comunicare con un linguaggio comprensibile alla controparte (21).

Ulteriori doveri individuati dagli interpreti dell'articolo 1337 cod. civ. sono quelli di non ostacolare la formazione del contratto e di non recedere senza giusta causa dalle trattative.

Ci rammenta la Corte che l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, che deve presiedere il comportamento delle parti nel corso delle trattative, si sostanzia soprattutto nel dovere di cooperazione e informazione al convergente fine della stipulazione del contratto.

Dovere che va individuato e apprezzato in relazione alla concreta fattispecie, con la conseguenza che, nel caso di recesso di una delle parti dalle trattative, al fine della configurabilità di una sua responsabilità, è necessario valutare la posizione e il comportamento di entrambe le parti.

Ciò al fine di determinare se il recesso si configuri come illecito abuso del recedente per averlo esercitato a causa di condizioni ostative alla stipula del contratto già a lui note o dallo stesso conoscibili con l'ordinaria diligenza, ovvero sia stato o meno determinato da comportamento della controparte derivandone, in siffatta evenienza, l'insussistenza della responsabilità precontrattuale del recedente (22).

In relazione a quest'ultima ipotesi, cioè al recesso ingiustificato dalle trattative, posta la totale assenza di riferimenti normativi, l'unica possibilità è quella di affidarsi alla copiosa giurisprudenza sul punto.

Se, come noto, le parti hanno la possibilità costante di valutare l'opportunità e la convenienza di concludere un contratto, e ciò anche in assenza di un giustificato motivo, tuttavia, recedere, senza alcuna giustificazione valida, da trattative giunte a uno stadio tale da indurre la controparte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto, secondo consolidata dottrina e giurisprudenza, lede il principio di buona fede ai sensi dell'art. 1337 cod. civ. (23).

È, infatti, considerato assodato che la responsabilità precontrattuale (per violazione del principio di buona fede ex art. 1337 cod. civ.) presuppone che le trattative siano state condotte fino al punto tale da giustificare oggettivamente l'affidamento nelle conclusioni del contratto.

L'interruzione delle trattative è sanzionata, pertanto, se elude le ragionevoli aspettative di controparte sempre che il comportamento di controparte sia stato determinato, quanto meno da colpa.

Considerare il requisito della buona fede dal punto di vista oggettivo comporta, infatti, come inevitabile conseguenza, la non necessità che sussista un partico-

(21) Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2013, n. 4809, in *Diritto & giustizia*, 2013, 21 ottobre (s.m.).

(22) Cass. 29 novembre 1985, n. 5920, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Contratto in genere*, n. 135.

(23) R. Sacco *La preparazione del contratto*, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 2004, pp. 236 ss.; M.C. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 200, pp. 167 ss.; tra le molte pronunce giurisprudenziali Cass. 9 maggio 1983, n. 3152, in *Rass. avv. Stato*, 1983, I, pp. 863 ss., Cass. 25 febbraio 1992, n. 2335, in *Foro it.*, 1992, I, 1766, con nota di F. Caringella; Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Danno e resp.*, 2000, pp. 982 ss., con nota di P. Maninetti.

lare comportamento soggettivo di malafede. La giurisprudenza, infatti, ritiene sufficiente, perché sorga una responsabilità precontrattuale, anche un comportamento meramente colposo (24).

Nel caso, quindi, di recesso dalle trattative, perché sussista una responsabilità *ex* articolo 1337 cod. civ. devono concorrere tre elementi: l'affidamento incolpevole della controparte nella stipulazione del contratto; l'assenza di una giusta causa di recesso; il danno risarcibile (nei limiti dell'interesse negativo) (25).

L'aspetto maggiormente problematico attiene, come ovvio, alla valutazione del primo aspetto: cioè quando possa ritenersi sussistente un ragionevole affidamento.

La giurisprudenza evidenzia la necessità di una valutazione caso per caso, ma, nel corso del tempo, ha fornito alcuni criteri di massima applicabili, tenendo conto che l'affidamento si deve fondare su elementi obiettivi e inequivocabili.

Non è considerato di rilievo il fatto che vi siano stati numerosi incontri ovvero che le trattative si siano protratte per un tempo considerevole (26).

È elemento, invece, significativo il fatto che le parti abbiano preso in considerazione tutti i punti essenziali del contratto raggiungendo, quindi, una intesa di massima restando da definire solamente aspetti secondari. Si sottolinea come questo aspetto, come visto poc'anzi, necessiti di un'analisi quanto mai approfondita, perché secondo altre pronunce se gli elementi essenziali sono stati tutti definiti ben si potrebbe considerare concluso il contratto.

Ulteriore elemento necessario, affinché l'affidamento sia legittimo, è che sia incolpevole: la parte deve aver agito secondo l'ordinaria diligenza nel valutare le circostanze concrete.

E, infine, vi deve essere un comportamento doloso o colposo della parte che abbia indotto l'altra a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che si possa considerare sussistente il dolo tutte le volte in cui la trattativa sia stata condotta con la volontà e la consapevolezza di non concludere il contratto, mentre si è in presenza di un comportamento colposo, ad esempio, quando la parte abbia condotto le trattative senza appurare le proprie capacità o possibilità di concludere il negozio (27).

L'assenza di una giusta causa che sorregga alla rottura delle trattative comporta, quindi, la responsabilità precontrattuale, ma cosa si considera giusta causa?

(24) Cass. 17 novembre 1997, n. 11394, in *Mass. giust. civ.*, 1997, p. 2194.

(25) A. Finessi, *Le trattative*, in P. Monateri e altri (a cura di), *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007, pp. 50 ss.; per un'applicazione pratica si veda Cass. 7 maggio 2004, n. 8723, in *Mass. giust. civ.*, 2004, p. 5.

(26) Cass. 12 novembre 1986, n. 6629, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Contratti in genere*, n. 215.

(27) Cfr. Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632, cit., per cui «se lo svolgimento delle trattative è per serietà e conclusione tale da determinare un affidamento nella stipulazione del contratto, la parte che ne receda senza giusta causa, violando volontariamente l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, è tenuta al risarcimento dei danni nei limiti dell'interesse negativo». Per un'analisi dei casi in cui la giurisprudenza individua un legittimo affidamento vd. P. Monateri *La responsabilità civile*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, p. 649.

La giurisprudenza ha precisato che il giusto motivo deve essere ancorato a elementi di carattere soggettivo il cui apprezzamento è rimesso al giudice di merito (28).

In linea di massima si può, però, considerare rientrante nell'alveo del giusto motivo qualsiasi circostanza che non sia «esterna» alla sfera del recedente e che sia sopravvenuta nel corso delle trattative o, se preesistente, debba essere dalla parte ignorata senza colpa (29).

3. — *La sentenza della Corte d'Appello di Venezia* — Premesso quanto fin qui esposto, nel caso sottoposto alla Corte d'Appello di Venezia vi è la sottoscrizione di una lettera di intenti finalizzata all'assunzione del M.R. presso la società Ebara; assunzione che, poi, non si verificava, per cause indipendenti dalla volontà del lavoratore.

L'esito del primo grado di giudizio non risulta particolarmente chiaro come, peraltro, evidenziato dalla medesima Corte d'Appello: in sostanza il giudice di prime cure ha ritenuto di essere in presenza di una fattispecie (la lettera di intenti) che produce effetti giuridici «rafforzati» rispetto alla responsabilità contrattuale, ma di non essere in presenza di un vero e proprio contratto di assunzione a tempo determinato sussistendo, a suo avviso, il patto di prova.

A fronte di questo assunto la Corte d'Appello di Venezia evidenzia in primo luogo la necessità di appurare la reale volontà delle parti in occasione della sottoscrizione della lettera di intenti e, di conseguenza, la qualificazione giuridica di tale documento.

Questa analisi risulta essere prodromica e fondamentale prima di ogni altra valutazione di merito. La Corte ritiene, infatti, che debba essere approfondita la volontà delle parti, preliminarmente mediante analisi della lettera in sé e, successivamente, analizzando il comportamento tenuto nel corso delle trattative e nelle fasi successive da entrambe le parti.

Si legge, infatti, nella parte motiva della sentenza, essere «di tutta evidenza che ove non si ritenga sorto il rapporto di lavoro alla data di manifestazione del consenso con la lettera di intenti del 16 settembre 2008 non si porrà questione circa il patto di prova, se non ai limitati fini di individuazione dei parametri di quantificazione del danno subito».

La Corte, seguendo le linee interpretative maggioritarie sia in giurisprudenza sia in dottrina, analizza la lettera di intenti evidenziando che già la scelta del *nomen iuris* farebbe dedurre una assenza di volontà di costituire con tale documento un rapporto di lavoro.

Ulteriore elemento a sostegno di questa interpretazione è l'assenza di una precisa data di inizio dell'eventuale rapporto di lavoro, riportando la lettera solo l'indicazione «entro e non oltre il 1° settembre 2009».

(28) Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632, cit.

(29) A. Venchiarutti, nota a Cass. 14 maggio 1998, n. 4853, in *Contratti*, 1998, pp. 547 ss.

A tale proposito la Corte evidenzia che differente (30) sarebbe stato il caso in cui il lavoratore si fosse messo a disposizione della società, realizzando così un comportamento concludente; ma nel nostro caso, il lavoratore ha continuato a lavorare, per un determinato periodo, presso la precedente società, non mettendosi, quindi, a disposizione del nuovo datore di lavoro.

Questi due elementi fanno ritenere alla Corte d'Appello di essere in presenza non di un contratto, bensì, appunto, di una mera lettera di intenti, la cui funzione è quella semplicemente preparatoria di un futuro negozio.

La Corte ritiene, quindi, dopo aver utilizzato i canoni interpretativi, così come indicato dall'art. 1362 cod. civ., che «la volontà negoziale con riferimento al comportamento anche successivo delle parti risulta conforme al *nomen iuris* e al tenore letterale del documento contrattuale, mentre è mancato il decisivo elemento dell'inizio di esecuzione del rapporto lavorativo ed è rimasto non definito e quindi incerto il termine di inizio del medesimo».

A fronte di ciò, al momento della sottoscrizione della lettera di intenti (16 settembre 2008), non si può ritenere sorto alcun rapporto di lavoro ostandovi anche il comportamento dell'appellante.

La Corte, tuttavia, ritiene che nel caso in esame sia, però, riscontrabile una violazione del principio di buona fede (articolo 1337 cod. civ.) che, essendo una clausola generale, può derivare non solo dalla rottura ingiustificata delle trattative, ma anche dalla mancata osservanza del dovere di completezza informativa sulla reale intenzione di concludere il contratto (31).

La Corte, infatti, argomenta che se «lo svolgimento delle trattative è, per serietà, da considerarsi tale da determinare un affidamento nella stipulazione del contratto, la parte che ne receda senza giusta causa, così agendo, viola volontariamente l'obbligo di comportarsi secondo buona fede inteso con obbligo di lealtà reciproca».

In forza di tale assunto ne deriva che il lavoratore sia stato vittima di un comportamento scorretto di controparte che ha tenuto condotte reticenti violando il

(30) Il differente caso cui si riferisce la sentenza nella parte motiva è quello di cui alla sentenza n. 2720/2009, cit., che è stata presa ad esempio dall'appellante a sostegno della tesi della sussistenza del rapporto di lavoro. Il caso del 2009 era, però, completamente diverso, poiché in quell'occasione il lavoratore aveva già svolto parte dell'attività a lui richiesta (era un architetto libero professionista) e inoltre, nella lettera di intenti, erano stati fissati anche aspetti secondari oltre agli elementi essenziali del contratto. L'analisi svolta dalla Corte d'Appello che ha valorizzato questi due aspetti (inizio rapporto di lavoro e accordi anche su elementi secondari) per ritenere di essere in presenza di un contratto vero e proprio è stata suffragata anche dalla Corte di Cassazione, che ha ritenuto vi fosse stata «una corretta applicazione del principio per cui la volontà negoziale va valutata con riferimento alla disciplina complessiva dettata dalle parti e le clausole negoziali vanno interpretate le une per mezzo delle altre (art. 1363 cod. civ.) sì che da solo poco rilevava il tenore letterale del titolo della scrittura confrontato con la complessiva disciplina negoziale in essa dettata».

(31) Cass. 26 aprile 2012, n. 6526, cit.

dovere di completezza informativa a nulla rilevando l'eventuale condotta successiva alla rottura delle trattative (32).

La Corte, associandosi all'interpretazione maggioritaria sia della dottrina sia della giurisprudenza, infatti, ritiene che l'obbligo di buona fede debba intendersi in senso oggettivo senza che sia necessario, quindi, un particolare comportamento in malafede.

I giudici ritengono, quindi, sufficiente per integrare la responsabilità precontrattuale della società «il fatto di aver senza giusto motivo (33) interrotto le trattative frustrando così le aspettative della controparte che, confidando nella conclusione del contratto, è stata indotta a dimettersi dal precedente rapporto lavorativo».

A sostegno di questa lettura la Corte si riporta a due sentenze della Cassazione, in realtà differenti tra loro: la n. 6526/2012 e la n. 1051/2012 (34).

La prima sentenza dei giudici di legittimità, come sopra esposto, evidenzia, in effetti, la necessità di considerare l'obbligo di informativa anche comprendente la reale intenzione di giungere alla conclusione dell'accordo, ma la seconda sentenza si incentra, fondamentalmente, sul differente aspetto del giustificato affidamento nella conclusione del contratto derivante dallo stadio avanzato cui le trattative erano giunte.

In quest'ultima pronuncia la Suprema Corte, cassando con rinvio, evidenziava un altro importante aspetto, quanto meno in forma dubitativa, e cioè che nel caso sottoposte le trattative erano giunte a uno stadio talmente avanzato da potersi considerare, anche per fatti concludenti, che il contratto fosse effettivamente concluso.

La Corte d'Appello di Venezia, pur citando questa pronuncia come uno dei precedenti alla base delle sue determinazioni, tuttavia, sceglie, come visto, di non considerare la lettera di intenti come un contratto concluso (appunto, eventualmente, anche per fatti concludenti), ma di limitarsi a riconoscere come giustificato l'affidamento del lavoratore nella conclusione del contratto e far derivare da ciò una responsabilità precontrattuale in capo alla controparte per violazione del principio di buona fede.

Tale affidamento è giustificato, secondo la Corte, dal fatto che la trattativa era stata significativamente articolata e fosse arrivata anche a buon punto considerato che il R. aveva a lungo negoziato il suo ruolo, ottenendo anche la prospettiva di inquadramento superiore dopo un anno.

Infine evidenziava la Corte come potesse considerarsi dimostrato il nesso causale tra l'affidamento che il lavoratore aveva nella conclusione del contratto e le sue successive e conseguenti dimissioni; ciò in ragione della sequenza temporale dei fatti.

(32) La società lamentava di essersi adoperata per trovare una nuova occupazione al lavoratore.

(33) Segnala la Corte d'Appello che in nessuna fase del processo la società ha mai fornito spiegazioni o giustificazioni alla base dell'interruzione delle trattative.

(34) Cass. 25 gennaio 2012 n. 1051, in *Foro it.*, 2012, 4, I, p. 1063.

La sussistenza di una responsabilità precontrattuale comporta, di conseguenza, l'applicazione dell'articolo 1223 cod. civ., pertanto i danni liquidati all'appellante sono stati computati comprendendo la perdita subita e il mancato guadagno, in relazione diretta e immediata con la lesione dell'affidamento e non del contratto.

La Corte d'Appello stabilisce, quindi, di riconoscere al lavoratore una somma calcolata sulla base della precedente retribuzione netta (oltre interessi e rivalutazione) dal momento della messa in mora della società Ebara fino alla nuova occupazione a tempo pieno e indeterminato ottenuta dal lavoratore; da tale somma è stato sottratto l'*aliunde perceptum* in relazione ai lavori temporanei svolti dal lavoratore nelle more delle due occupazioni a tempo indeterminato.

La Corte non ritiene di valorizzare la differenza retributiva tra quanto percepito nella successiva occupazione rispetto a quanto avrebbe dovuto percepire se si fosse concluso il contratto con la società Ebara.

I giudici non ritengono, infine, di prendere in considerazione il risarcimento dei danni per perdita di *chance* per il mancato ottenimento della qualifica di dirigente in capo al lavoratore; ciò, si legge nella parte motiva, in ragione del fatto che «il risarcimento è limitato al cd. interesse negativo e non può essere riconosciuto quanto sarebbe stato dovuto in forza di un contratto non concluso».

4. — *Conclusioni* — La sentenza in esame appare articolata nella motivazione a sostegno, nel caso di specie, di una sola responsabilità precontrattuale in capo alla società Ebara.

Ciò in ragione del fatto che il lavoratore, al momento dell'interruzione delle trattative, era ancora occupato presso il datore di lavoro precedente e altresì che, non essendo stata fissata una data certa di inizio (35) per il successivo impiego, ma avendola, anzi, identificata in un momento sicuramente successivo alla conclusione della precedente occupazione, l'interruzione delle trattative, avvenuta in questo lasso temporale, è appunto da considerarsi generatrice di una mera responsabilità precontrattuale.

Come sopra si è cercato di esporre, sicuramente la scelta interpretativa della Corte d'Appello appare conforme alla maggioranza delle pronunce giurisprudenziali che hanno analizzato sia la fattispecie giuridica della lettera di intenti sia la responsabilità precontrattuale e la violazione del principio di buona fede.

È, inoltre, apprezzabile il fatto che i giudici, in questa sentenza, abbiano enunciato nel dettaglio sia i criteri ermeneutici scelti, sia i precedenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione a favore della tesi sostenuta, sottolineando, implicitamente, la difficoltà di questo tipo di interpretazione.

Autorevole dottrina (36) ha evidenziato, a riprova di questa difficoltà, che «la

(35) È indicato, come sopra esposto, nella lettera di intenti solamente: «entro e non oltre il 1° gennaio 2009». Si consideri che la lettera di intenti è stata sottoscritta il 16 settembre 2008 e il lavoratore risultava assunto ancora presso la precedente azienda quando vi è stata comunicazione formale di interruzione delle trattative il 6 novembre 2008.

(36) A. Venchiarutti, nota a Cass. 14 maggio 1998, n. 4853, in *Contratti*, 1998, pp. 547 ss.

disomogeneità delle varie fattispecie che ricorrono nella pratica, gravata dal fatto che le parti denominano impropriamente lettere di intenti accordi con contenuti che li renderebbero accoglibili a pieno titolo nell'ambito di note e tradizionali figure negoziali, rende ardua l'analisi stessa del fenomeno. La multiformità del fenomeno pone inoltre più di una difficoltà nella formulazione di principi destinati alla determinazione delle conseguenze giuridiche di tali documenti».

A fronte di tutto ciò, ci si limita a osservare se, a questo punto, in considerazione di siffatte difficoltà interpretative necessarie per ricostruire il valore giuridico di una lettera di intenti, questo sia uno strumento giuridico opportuno per procedere a un'assunzione di un lavoratore ovvero non lo si snaturi, essendo stato creato con ben altre finalità.

Si è esposto in precedenza, infatti, che la lettera di intenti era originariamente stata creata per fornire una memoria scritta delle trattative sorte in sede commerciale tra due soggetti, tendenzialmente società, spesso straniera, che dovevano regolamentare accordi molto complessi e variabili nel tempo.

La situazione, quindi, presupponeva la contrapposizione di due parti simili, con forze contrattuali analoghe, che richiedevano di analizzare in modo approfondito e dettagliato singoli aspetti dei futuri contratti.

Uno strumento, quindi, di grande elasticità e fluidità giustificato, appunto, da una concreta necessità commerciale, ma possibile per la sostanziale parità dei soggetti agenti.

Livia Chiara Mazzone

Cultrice di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano-Bicocca

TRIBUNALE ROMA, 30 aprile 2013, n. 5928 – Est. Forziati – L.D. (avv.ti Andreoni, Serreti, Freddino) c. Sogin Spa (avv.ti Salonia, Cozzolino, Scarabotti, Niglio).

Licenziamento individuale – Obbligo di fedeltà – Critica esterna nei confronti del datore di lavoro – Danno alla salute – Danno potenziale – Lesione all’immagine aziendale – Sussistenza.

Il lavoratore che rivolge agli Enti vigilanti le proprie critiche rispetto alle scelte organizzative e gestionali in tema di impianti nucleari, potenzialmente lesivi della salute, viola non soltanto il dovere specifico di fedeltà previsto dall’art. 2105 cod. civ. esponendo parte datoriale al rischio di gravi ripercussioni alla propria immagine e affidabilità, ma esercita altresì una illegittima pressione sul datore attraverso l’uso indebito della denuncia. (1)

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

(1) MEGLIO UN LAVORATORE «FEDELE» CHE UN CITTADINO ZELANTE

1. — Il caso è quello di un lavoratore con qualifica di direttore di alcuni impianti di Plutonio e Celle Calde presso un Centro di ricerca che agiva in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma, al fine di ottenere il riconoscimento dell’illegittimità del licenziamento disciplinare comminatogli, per aver questi denunciato con lettera di diffida (inviata non soltanto al datore di lavoro ma per conoscenza anche ad autorità pubbliche competenti quali il sindaco del Comune del sito, il prefetto, il ministero dell’Economia e delle Finanze, il ministero dello Sviluppo economico, il servizio ispettivo del ministero del Lavoro e delle Politiche sociali e altri) la scarsità del personale addetto a tali impianti, il verificarsi di vari incidenti sui luoghi di lavoro e, in vista del progetto della società di smantellamento e bonifica dei luoghi in cui è custodita la polvere di plutonio e di uranio, il pericolo imminente di una contaminazione nucleare, in ragione della carenza di organico. Esponeva in giudizio, inoltre, di avere più volte e inutilmente segnalato a parte datoriale le suddette criticità organizzative e i connessi rischi di danni alla salute (pubblica oltre che dei lavoratori addetti) e all’ambiente, e che l’inerzia datoriale lo aveva spinto all’invio della lettera di diffida, nel segno di una critica costruttiva.

Alla lettera di diffida seguiva un intervento ispettivo sui luoghi di lavoro dal quale emergevano effettivamente criticità sebbene non per la sicurezza degli impianti, per il personale e per l’organizzazione dell’impianto.

Il Tribunale di Roma confermava la legittimità della giusta causa del licenziamento, per le seguenti ragioni: in primo luogo stante l’eco della lettera di diffida, inviata non soltanto al datore di lavoro, ma anche, a torto di zelo, a enti e organi-

smi pubblici. L'aver esercitato il diritto di critica, pur in astratto riconosciutogli, al di fuori dell'ambiente lavorativo (ivi interpretato in senso assai restrittivo) ha costituito una indubbia lesione dell'immagine aziendale nonché la violazione dell'obbligo di fedeltà *ex art.* 2105 cod. civ. A dire del Tribunale è legittima la reazione datoriale volta a contestare con sanzione disciplinare estrema (quale il licenziamento per giusta causa) la relativa condotta lesiva del decoro dell'impresa. Inoltre è stato valutato come «aggravante» il particolare ruolo ricoperto dal denunciante all'interno dell'organizzazione aziendale che, in qualità di funzionario alla sicurezza degli impianti di uranio e di plutonio per un verso, è soggetto a un vincolo fiduciario più marcato, e per l'altro, parrebbe destinatario di un diritto di critica più calibrato, stante l'astratta attendibilità delle dichiarazioni che gli è riservata. Infine, non sarebbe stato ritenuto rispettato il limite della verità oggettiva. Contenuto della critica era la prospettazione di un pericolo futuro per la sicurezza degli impianti nucleari stante la carenza di personale; l'insussistenza di un pericolo attuale per la sicurezza degli impianti nucleari ha determinato il venir meno del requisito della verità dei fatti criticati. In sostanza, secondo il Tribunale pronunciante, il diritto di critica relativo ai rischi (per la salute e per l'ambiente) di una inidonea organizzazione aziendale è stato esercitato oltre i limiti della verità oggettiva con conseguente violazione del dovere di fedeltà previsto dall'*art.* 2105 cod. civ. *sub specie* di utilizzo di «notizie attinenti all'organizzazione [...] dell'impresa [...] in modo da poter recare a essa pregiudizio».

2. — La sentenza in commento si inserisce in quel consolidato filone giurisprudenziale intrapreso dalla Corte di nomofilachia con la ormai storica pronuncia n. 1173 del 25 febbraio 1986, che, ritenendo applicabili al rapporto di lavoro i limiti già elaborati dalla Suprema Corte di Cassazione sull'esercizio del diritto di manifestazione del pensiero in ambito giornalistico (Cass. 18 ottobre 1984, n. 5254), formulava quello che in dottrina è stato definito il «decalogo del buon lavoratore» (M. Aimò, *Appunti sul diritto di critica del lavoratore*, in *q. Riv.*, 1999, 3, p. 465). Venivano allora individuati, quali confini dell'esercizio legittimo del diritto di critica costituzionalmente garantito, quello della continenza formale (relativo alla correttezza espressiva delle valutazioni critiche, volta a verificare una obiettiva lesione della reputazione della parte datoriale); quello della continenza sostanziale (inerente alla verità dei fatti narrati) e infine, il limite dell'adempimento all'obbligo di fedeltà [La rigida interpretazione del requisito della verità oggettiva, che connota la continenza sostanziale, presuppone un onere gravante sul lavoratore, di preventiva minuziosa verifica della rispondenza al vero dei fatti oggetto di critica, posto che dalla verità dei fatti deriva la liceità della critica stessa (Che altrimenti sarebbe denigratoria, v. Cass. 17 gennaio 2005, n. 775). Parte della giurisprudenza si è discostata da tale rigidità interpretativa, ritenendo sufficiente la mera «veridicità» dei fatti (Vd. Corte d'Appello di Napoli del 2 dicembre 2008, ove si è affermata l'illegittimità del licenziamento del lavoratore che abbia denunciato alle competenti autorità e agli organi di stampa l'insicurezza delle proprie condizioni di lavoro, sul presupposto che l'esposizione dei fatti narrati fosse veritiera. Lo stempe-

ramento del requisito della verità oggettiva dipenderebbe, secondo la Corte, dalla funzione sindacale della denuncia). Tale rigore interpretativo non trova, d'altra parte, fondamento normativo; inoltre, anche nel diritto penale, il requisito della precisione dei dati fattuali è richiesto ai fini dell'esimente *ex art.* 51 cod. pen. con maggiore rigidità per il diritto di cronaca che per quello di critica (Vd. Cass. pen. 5 marzo 2003, n. 19334). La *ratio* giace nel fatto che, a differenza del diritto di critica, l'esercizio del diritto di cronaca necessita dell'impiego dei mezzi di informazione di massa ed è diretto all'opinione pubblica, per cui la verità oggettiva dei fatti è di importanza basilare. Parrebbe illogico, dunque, applicare lo stesso criterio per l'esercizio del diritto di critica del lavoratore, addossandogli un preventivo obbligo di accertamento sulla verità dei fatti narrati. Si veda, sul punto, O. Dessì, *Il diritto di critica del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 395 ss. Sulla differenza tra diritto di critica e diritto di cronaca, A. Pace, *Diritto di cronaca e diritto di critica*, Giuffrè, Milano, 2004].

Orbene, il gioco del bilanciamento degli interessi contrapposti trova, nel diritto penale, esatta applicazione proprio nel combinato disposto degli artt. 51 e 595 cod. pen. ove, il bene tutelato dell'altrui reputazione si sottrae alla rilevanza giuridica dinanzi al contrapposto legittimo esercizio di un diritto (quale per l'appunto, quello di critica o di cronaca). Quando il diritto di critica è esercitato dal lavoratore, a tale schema binario deve aggiungersi la chiave di volta dell'obbligo di fedeltà *ex artt.* 2104, comma 2, e 2105 cod. civ. suscettibile di valutazioni contrastanti. La giurisprudenza di legittimità è costante nell'ampliare la portata dell'obbligo di fedeltà, avvalendosi della rubrica dell'art. 2105 cod. civ. quale utile strumento interpretativo degli obblighi di astensione descritti dalla norma stessa (Cass. 3 novembre 1995, n. 11437; Cass. 14 giugno 2004, n. 11220). La dottrina, invece, vede prevalere un'interpretazione necessariamente restrittiva: fare dell'obbligo di fedeltà una norma eccessivamente elastica equivarrebbe a sottoporre il lavoratore a un vincolo ancora maggiore di quello imposto con l'ordinaria applicazione dei principi di correttezza e buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 cod. civ., che pur pervadono il rapporto lavorativo (G. Trioni, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1982 pp. 230; v. altresì M. Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2003).

La sentenza in commento, in linea con l'interpretazione prevalente, ha ritenuto inadempito l'obbligo di fedeltà, dinanzi all'esercizio del diritto di critica da parte del lavoratore, poiché avvenuto oltre i limiti del rispetto della verità oggettiva e pertanto lesivo del decoro aziendale con dissoluzione del rapporto fiduciario. Ancora una volta l'obbligo di fedeltà è utilizzato quale clausola di divieto di abuso di posizione dominante del lavoratore, conoscitore di «segreti» aziendali.

Tuttavia la pronuncia in esame pur inserendosi nel filone interpretativo prevalente, che vede il lavoratore onerato della prova della verità dei fatti criticati, della continenza formale e del rispetto dell'obbligo di fedeltà, al contempo se ne discosta per una duplice ragione: in primo luogo avvia un'interpretazione austera del rispetto della verità oggettiva, ritenendo legittimo il licenziamento anche in presenza di un fatto fortemente probabile ma non attuale. Nella specie il lavoratore criti-

cava il rischio ambientale e per la salute (probabile) in cui sarebbe incorsa parte datoriale se non avesse adottato alcuni specifici accorgimenti organizzativi.

A dire del Tribunale, per assolvere il lavoratore, non basta che questi abbia denunciato un pericolo futuro o la portata potenzialmente dannosa di una disorganizzazione aziendale; occorre che il pericolo prospettato sia (ipotesi empiricamente assai improbabile) ancora non concretatosi e al contempo attuale (non futuro). Tale interpretazione restrittiva stride con la recente (14 marzo 2013) pronuncia n. 6501 della Corte di Cassazione con cui è stata dichiarata l'insussistenza della giusta causa di licenziamento in presenza di una denuncia all'autorità giudiziaria, da parte del lavoratore, di fatti di potenziale rilevanza penale accaduti presso l'azienda. In sostanza non può rientrare tra i doveri del prestatore di lavoro il tacere anche fatti potenzialmente illeciti (da un punto di vista penale, civile o amministrativo) [La Cass., con la citata pronuncia n. 6501/13, precisa: «il dovere di fedeltà deve essere inteso come divieto di abuso di posizione mediante condotte concorrenziali e/o violazioni di segreti produttivi (non già di segreti *tout court*, non meglio specificati. Cosa diversa è invece una precipua volontà di danneggiare il proprio datore di lavoro mediante false accuse». In dottrina si veda P. Ichino, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro, la disciplina giuridica della circolazione delle informazioni nell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1979].

Nella specie in commento, invece, il Tribunale ha ritenuto che la critica di un pericolo nucleare futuro, sebbene veritiera e non infondata, non possa giustificare la diffusione a soggetti terzi delle informazioni sulla carenza di organico, neanche dinanzi al rischio di danni alla salute e all'ambiente.

Un'interpretazione eccessivamente restrittiva della legittimità del diritto di critica rischia di compromettere l'effettività del diritto stesso (*ex art. 21 Cost.*) la cui trasposizione nel rapporto lavorativo è garantita dall'art. 1, legge n. 300/70, con scivolamento del dovere di fedeltà *ex art. 2105 cod. civ.* in un dovere di omertà.

Eppure, il diritto di critica, nella sua accezione polifunzionale, non equivale sempre a una violazione dell'obbligo di fedeltà, ben potendosi collocare in un'ottica di leale collaborazione, in senso di critica costruttiva. Presupposto per la sussistenza dell'obbligo di fedeltà in capo al lavoratore è la liceità dell'attività datoriale; in assenza, l'attività di critica è ritenuta legittima espressione di fedeltà che, quand'anche travalichi qualsivoglia esigenza di riservatezza o di immagine aziendale, opera nell'interesse del datore di lavoro (Si veda sul punto Cass. 24 maggio 2001, n. 7091; Cass. 22 ottobre 1998, n. 10511; Cass. 16 febbraio 2000, n. 1749).

Nella specie in esame la denuncia di anomalie organizzative degli impianti nucleari e dei rischi per la salute da esse derivanti costituisce un comportamento finalizzato non soltanto all'interesse aziendale, ma anche al più generale interesse collettivo della tutela ambientale e dell'incolumità pubblica. Sarebbe dovuta essere questa la chiave interpretativa per la fattispecie in esame, in sintonia con il fenomeno statunitense del *whistleblower* (Sul punto, si veda R. Lattanzi, *Prime riflessioni sul cd. whistleblowing: un modello da replicare a occhi chiusi?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pp. 335 ss.; G. Golisano, *il whistleblowing nella giurisprudenza Usa: illeciti d'impresa e posizione del lavoratore che li denuncia*, in *Lav. giur.*, 2006, n. 10, pp. 939 ss.).

La sentenza in commento desta perplessità proprio per il silenzio riservato agli interessi costituzionalmente garantiti, quali il diritto all'ambiente, il diritto alla salute e all'incolumità pubblica, la cui tutela era alla base della critica del lavoratore. Il bilanciamento è stato operato tra interessi di rango diverso (l'uno *ex art.* 2105 cod. civ. potestativo; gli altri *ex artt.* 2, 21 e 32 Cost. costituzionalmente garantiti) con prevalenza del primo sui secondi (D'altra parte anche il diritto *ex art.* 41 Cost. deve declinarsi secondo il più generale interesse alla incolumità e alla salute pubblica. A. Avio, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001). Emerge la necessità di un rafforzamento delle tutele del lavoratore contro le ritorsioni datoriali successive all'esercizio del diritto di critica [Significativo è il modello americano del *Sarbanes-Oxley Act (Sax)* promulgato il 30 luglio 2002, che impone l'introduzione nelle aziende, di procedure di trattamento dei reclami e delle denunce dei dipendenti in forma anonima e confidenziale e protezione dalle ritorsioni dei lavoratori che chiedono di vigilare sulle irregolarità. Si veda inoltre il tentativo italiano nella p.a. avvenuto con legge n. 190/2012].

I principi elaborati dalla giurisprudenza con sentenza n. 1173/1986 valgono esclusivamente quando il raffronto è da compiersi tra interessi di pari rango. Non può contrapporsi il diritto pubblico alla salute a quello potestativo del riserbo dell'imprenditore. Dinanzi all'interesse collettivo, vengono meno le linee guida giurisprudenziali del bilanciamento (Vd. Cass. 16 gennaio 2001, n. 519). Nella specie esaminata dal Tribunale di Roma, il lavoratore denunciava pericolose difformità organizzative degli impianti nucleari, e ipotizzava gravi rischi se il compimento di bonifica e smantellamento delle sacche di uranio fosse avvenuto senza preventivi accorgimenti. Agiva, dunque, a tutela del diritto alla salute *ex art.* 32 Cost. Stessa priorità è riservata al diritto all'ambiente, tutelato *ex art.* 2 Cost. Il principio di massima sicurezza degli impianti nucleari, combinato con il principio assolutamente prioritario della tutela della salute, giustifica ampiamente ogni diritto di critica laddove questa sia veritiera e corretta.

La scelta di limitare o postergare un diritto o un interesse costituzionale deve giustificarsi soltanto per la necessità di dare attuazione a un altro diritto di pari rango. Orbene, il Tribunale di Roma, ha avviato a tale principio, con l'aggravante di aver non già ridimensionato il peso specifico di un interesse fondamentale, quanto addirittura di averne annullato il contenuto essenziale.

Letizia Prospero

Praticante avvocato abilitato del Foro di Roma

CASSAZIONE, 10 giugno 2013, n. 14511, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Marotta, P.M. Matera (conf.) – S.N.D. (avv.ti Veraldi, Ioele) c. Iccrea Banca Spa (avv.ti Boccia, Maresca).
Conf. Corte d'Appello Roma, 28 novembre 2007.

Condotta antisindacale – Contratto collettivo – Rinnovo – Partecipazione alle trattative da parte del sindacato – Mancata sottoscrizione – Sostituzione del contratto – Applicazione del nuovo testo ai lavoratori iscritti al sindacato che non ha firmato – Accettazione dei lavoratori – Insussistenza.

Non costituisce condotta antisindacale il comportamento del datore di lavoro che applica il contratto collettivo ai lavoratori iscritti a un sindacato che, pur avendo sottoscritto il precedente accordo e avendo partecipato alle trattative per il nuovo, non ha firmato il rinnovo, se ciò avviene su espressa accettazione dei lavoratori. (1)

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

(1) L'AUTONOMIA DELL'ORDINAMENTO INTERSINDACALE
ALLA PROVA DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

SOMMARIO: 1. Un caso di dissenso fra volontà individuali e autonomia collettiva. — 2. I punti fermi della decisione: successione di contratti collettivi e modifiche *in peius*. — 2.1. *Segue*: insussistenza di un principio di parità di trattamento fra organizzazioni sindacali. — 2.2. *Segue*: sull'intenzionalità della condotta datoriale. — 3. I nodi della pronuncia: la plurivoca rilevanza dell'*agere* dei privati. — 3.1. *Segue*: Portodossia della volontà nel diritto privato. — 3.2. *Segue*: Peterodossia del diritto sindacale.

1. — *Un caso di dissenso fra volontà individuali e autonomia collettiva* — Il fatto sottoposto alla valutazione della Corte di Cassazione è il seguente: all'esito di una trat-

tativa per il rinnovo di un contratto collettivo, il datore di lavoro aderente all'organizzazione datoriale che ha sottoscritto il nuovo accordo – contenente condizioni peggiorative rispetto al precedente – solo con alcune Oo.Ss. che hanno negoziato, a seguito di «accettazione» da parte dei singoli lavoratori iscritti al sindacato dissenziente, si è determinato nella volontà di applicare il nuovo testo contrattuale anche agli stessi, di fatto facendo cessare l'efficacia del precedente contratto collettivo siglato con la Sinadi.

Premesso che la sentenza non consente di rilevare con certezza i termini concreti dell'intervenuto accordo fra il datore di lavoro e i lavoratori (così manifestando implicito dissenso rispetto alla stessa O.S. dissenziente), né tantomeno la consistenza degli stessi (se, cioè, tutti gli iscritti hanno fatto tale scelta ovvero solo una percentuale, senza conoscere quanto rilevante), la questione giuridica s'incentra sulla possibilità di configurare come antisindacale la condotta datoriale che comporti l'effetto dell'aggiramento del dissenso sindacale con l'applicazione del contratto collettivo anche agli iscritti dell'O.S. non firmataria.

Sono molteplici gli interessanti profili emergenti dalla decisione commentata (basti pensare proprio all'evidente contrasto fra la decisione del sindacato e il comportamento dei singoli iscritti, concretatosi, di fatto, nella prevalenza della libertà *dalla* organizzazione rispetto alla libertà *della* organizzazione): alcuni si sostanziano in una riaffermazione di consolidate (ma non sempre condivisibili) posizioni giurisprudenziali; altri risultano meritevoli di maggiore attenzione perché involgenti delicati problemi di coordinamento fra principi del sistema statale e regole dell'ordinamento intersindacale.

Su una possibile differente linea argomentativa da proporre rispetto alla medesima *quaestio iuris* è opportuno soffermarsi, non prima di aver precisato le acquisizioni giurisprudenziali in merito alla corretta applicazione della fattispecie tipizzata all'art. 28 Stat. lav.

2. — *I punti fermi della decisione: successione di contratti collettivi e modifiche* in peius — Dalla pronuncia annotata emerge come nella fattispecie scrutinata vi sia stata una successione di contratti collettivi dello stesso livello nazionale, il secondo dei quali sottoscritto solo da alcune delle Oo.Ss. firmatarie del primo.

Ebbene, in proposito – lasciando per il momento *a latere* il problema della successiva adesione dei singoli lavoratori –, i principi che l'occasione suggerisce di riaffermare sono i seguenti: per un verso, l'ammissibilità di modifiche peggiorative da parte del rinnovo contrattuale (1); per l'altro, l'inopponibilità dell'accordo sin-

(1) In giurisprudenza, cfr. Cass. 16 giugno 2007, n. 13879, in *Guida dir.*, 2007, 32, p. 60; Cass. 14 aprile 2003, n. 5908, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 283; Cass. 17 marzo 1999, n. 2429, in *Not. giur. lav.*, 1999; Cass. 18 dicembre 1998, n. 12716, in *Mass. giur. it.*, 1998; Cass. 5 maggio 1998, n. 4534, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II; Cass. 14 novembre 1995, n. 11805, in *Not. giur. lav.*, 1996, p. 159; Cass. 12 settembre 1995, n. 9646, *ivi*, 26; Cass. 28 novembre 1992, in *Mass. giur. lav.*, 1992, 2-3, p. 145; Cass. 10 gennaio 1989, n. 46, in *Not. giur. lav.*, 1989, p. 109.

dacale stipulato *inter alios* all'O.S. dissenziente, con la conseguente contemporanea vigenza di più contratti collettivi (2).

2.1. — Segue: *insussistenza di un principio di parità di trattamento fra organizzazioni sindacali* — Se il primo dei punti fermi desumibili dalla sentenza della Cassazione risulta seppur implicitamente enucleabile, il secondo, quello relativo all'insussistenza all'interno dell'ordinamento giuridico di un principio di parità di trattamento fra le Oo.Ss., è esplicitamente affermato dalla decisione – come se fosse il punto di snodo della questione controversa – nella parte in cui si legge che non sussiste alcun «obbligo a carico del datore di lavoro di trattare e stipulare contratti collettivi con tutte le Oo.Ss. e rientra nell'autonomia negoziale da riconoscere alla parte datoriale la possibilità di sottoscrivere un contratto collettivo con Oo.Ss. anche diverse da quelle che hanno trattato e sottoscritto il precedente».

Trattasi di un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, finalizzato appunto a configurare la rilevanza di una condotta aziendale *ex art. 28 Stat. lav.* solo «quando risulti un uso distorto da parte del datore medesimo della sua libertà negoziale, produttivo di un'apprezzabile lesione della libertà sindacale dell'organizzazione esclusa» (3).

(2) V. di recente Tribunale Larino 23 aprile 2012, decreto (dott. Aceto), in q. *Riv.*, 2012, II, p. 213; per il commento si rinvia a A. Raffi, *L'interpretazione dell'art. 19 Stat. lav. e il diritto di cittadinanza della Fiom-Cgil*, *ivi*, pp. 431 ss.

(3) *Ad adiuvandum*, la sentenza richiama altre pronunce di medesimo segno: Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 528 («Nel nostro ordinamento non è certo configurabile una parità di trattamento tra le organizzazioni sindacali, che prescindendo dalla loro rappresentatività o che più in generale non tenga conto del generale contesto nel quale si inserisce la condotta datoriale, sicché è stato ritenuto, ad esempio, che non configuri una condotta antisindacale la scelta del datore di lavoro di trattare a livello decentrato solo con i sindacati firmatari di un contratto collettivo, verso i quali si configurava un impegno scaturente da una espressa previsione contrattuale [...] e non risulta illegittima anche la decisione dell'imprenditore di non aprire le trattative sulla base di una determinata piattaforma rivendicativa presentata in quanto gli eventuali effetti sul piano del proselitismo, subiti dal sindacato in conseguenza di tale decisione, risultano connaturati alle regole del conflitto [...] Pur non sussistendo, dunque, nel campo delle relazioni industriali un principio di parità di trattamento, va tuttavia ribadito che configura una condotta antisindacale il comportamento datoriale che si concretizzi in un rifiuto, a danno di alcune organizzazioni sindacali, di forme di consultazione, di esame congiunto o di instaurazione di trattative, espressamente previste da clausole contrattuali o da disposizioni legge, allorché detto rifiuto si traduca – sia per le modalità in cui si esprime sia per il comportamento globale assunto dall'imprenditore nei riguardi di dette organizzazioni – in condotte oggettivamente discriminatorie, capaci di incidere negativamente sulla stessa libertà del sindacato e sulla stessa sua capacità di negoziazione minandone la credibilità e la sua immagine anche sul versante della sua forza aggregativa in termini di acquisizione di nuovi consensi»); Cass. 10 febbraio 1992, n. 1504, in q. *Riv.*, 1992, II, pp. 403 ss. («Il merito della decisione dell'azienda, cioè la scelta di non contrattare su quella piattaforma, appartiene all'area della libertà negoziale dell'imprenditore; come gli eventuali effetti dannosi, sul piano del proselitismo, subiti dal sindacato in conseguenza di quella scelta, risultano connaturali alle regole del conflitto»); Cass. 5 dicembre 1991, n. 13085, *ivi*, pp. 636 ss. («Lo Statuto dei lavoratori accoglie, invero,

2.2. — Segue: *sull'intenzionalità della condotta datoriale* — In un inciso della sentenza – quello relativo alle residuali ipotesi in cui la legittima scelta aziendale di riservare un trattamento differenziato alle Oo.Ss. può sfociare in un'illegitima condotta antisindacale perché caratterizzato da un «uso distorto» dell'autonomia negoziale – si evince che la configurabilità del comportamento vietato dalla disposizione statutaria è subordinata, non solo all'accertamento oggettivo della lesione ai beni protetti dalla norma, ma anche alla verifica della sussistenza dell'elemento psicologico: l'intenzionalità dell'*agere* datoriale.

Ebbene, questa è una posizione minoritaria assunta dalla giurisprudenza, superata da oltre quindici anni dopo la pronuncia a Ss.Uu. di Cass. 12 giugno 1997, n. 5295 (4): non costituisce elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 28, legge n. 300/1970, lo specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro. Siamo, infatti, in presenza di un'azione inibitoria che guarda al futuro, puntando alla cessazione (e rimozione) del fatto antigiusuridico, senza alcuna funzione risarcitoria; l'accertamento oggettivo del fatto è sufficiente perché lo stesso venga rimosso dall'ordinamento, senza necessità di interrogarsi sulla volontarietà del compimento dello stesso (5).

3. — *I nodi della pronuncia: la plurivoca rilevanza dell'agere dei privati* — Così precisati i punti interpretativi di maggiore chiarezza, occorre interrogarsi sulla valutazione giuridica da riservare alla vera questione posta all'attenzione della Corte, costituita dal giudizio sulla condotta del datore di lavoro che applica il contratto collettivo ai lavoratori iscritti a un sindacato che, pur avendo sottoscritto il precedente accordo e avendo partecipato alle trattative per il rinnovo, non ha firmato il nuovo contratto, qualora ciò avvenga su espressa accettazione dei lavoratori. A complicare ulteriormente il quadro d'insieme vi è la circostanza che la decisione del giudice statale prende spunto dal (e determina rilevanti conseguenze sul) conflitto collettivo venutosi a determinare fra l'O.S. e l'azienda nell'ambito di un altro ordinamento: quello intersindacale.

Ci troviamo, anzi, di fronte a un tipico caso in cui possono essere differenti le valutazioni che ciascun sistema normativo può dare a un medesimo fenomeno. E proprio la constatazione della possibile plurivoca valutazione che può farsi del medesimo fatto sta ad attestare l'autonomia (relativa) che deve riconoscersi all'ordinamento intersindacale rispetto a quello dello Stato (6).

il principio di parità di trattamento solo per i lavoratori [...] mentre per i sindacati fa proprio il criterio della maggiore rappresentatività sul piano nazionale [...] quale parametro che indica l'attitudine del sindacato a esprimere in modo adeguato l'interesse del sottostante gruppo di lavoratori [...] La conclusione è che, laddove neghi diritti che non sono invocabili, perché insussistenti, la condotta non può mai considerarsi discriminatoria»).

(4) In *Not. giur. lav.*, 1997, p. 335, su cui v. la nota di M. Meucci, *Irrilevanza dell'intenzionalità della condotta antisindacale*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, pp. 293 ss.

(5) Per tutti, G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2010, p. 120.

(6) È l'insegnamento di S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansone, Firenze, 1951, pp. 129 ss., che proprio in riferimento all'organizzazione produttiva aziendale affermava come

Tale carattere autonomo dell'ordinamento intersindacale sta a significare la sua autosufficienza, completezza ed esaustività, dal momento in cui lo stesso è in grado di attribuire qualificazione giuridica a qualsiasi condotta rilevante all'interno di esso, senza far necessario ricorso a (e ancorché il giudizio espresso su un determinato fatto sia contrastante con la valutazione di) altro ordinamento (7). Ma la stessa autonomia, com'è noto, non sta a significare chiusura intrasistemica, dal momento che ogni ordinamento comunica con gli altri nel momento interpretativo (8). Proprio l'interpretazione (appunto, potenzialmente plurivoca) dell'intricata questione di fatto è stata posta all'esame dei giudici della Cassazione, i quali non hanno ritenuto opportuno approfondire la rilevanza che la condotta datoriale – sostanziata nell'aver trattato direttamente con i singoli lavoratori l'applicazione di un contratto collettivo non voluto dai loro rappresentanti sindacali – possa avere nel sistema di relazioni industriali, limitandosi invece a constatare l'accordo delle parti e, dunque, la legittimità del comportamento aziendale.

Viceversa, l'esame critico di una pronuncia può avere senso se l'attenzione viene soffermata anche sulle questioni non affrontate nella sentenza ma meritevoli di approfondimento, come nel caso di specie, ove la rilevanza giuridica da riconoscere in sede interpretativa alla teoria dell'autonomia dell'ordinamento sindacale viene messa alla (dura) prova della giurisprudenza di legittimità, nel momento in cui pare relegare in un cono d'ombra le possibili conseguenze (inaccettabili) che possono determinarsi nell'ordinamento sindacale di atti leciti e inattaccabili all'interno del diritto privato.

Il comportamento aziendale, invece, merita un doppio esame: il primo condotto sul terreno dell'ordinamento statutale (che porterà – inevitabilmente – a condividere la decisione annotata); il secondo, che pur dal primo prenderà le

«ciò che pel diritto dello Stato è un contratto, per tale ordinamento [quello interno all'azienda, *n.d.r.*] vale come un sistema a sé, più o meno autonomo, di diritto obiettivo, che si fa valere con i mezzi di cui l'organizzazione dispone, all'interno di essa: mezzi che per lo Stato possono essere anche extragiuridici o antiggiuridici, ma che sono viceversa legittimi pel regime speciale cui si riferiscono». Nella nostra materia, basti in questa sede un esempio per tutti: «il contratto collettivo [...] è, per l'ordinamento giuridico dello Stato, un contratto regolato, come gli altri, dal Titolo II del Libro IV del codice civile. Nell'ambito delle relazioni industriali e dell'ordinamento intersindacale è qualcosa di ben più importante: è l'atto fondamentale che regola i rapporti tra imprenditori e sindacati e assolve alla stessa funzione di normazione astratta e generale che la legge svolge nell'ambito nell'ordinamento statale» (G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2007, p. 17).

(7) Cfr. G. Giugni, *Lavoro, legge, contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 214. V. in questa prospettiva le riflessioni di U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 144: «ordinamento intersindacale e ordinamento statutale esprimono punti di vista non necessariamente antagonisti d'una medesima realtà: ciascuno di essi è di per sé inadeguato e imperfetto; posti in correlazione invece si integrano a vicenda e, completandosi, la regolano compiutamente». Su questi aspetti, anche in relazione ad alcuni profili sull'art. 19 Stat. lav. che verranno in rilievo *infra*, v. A. Lassandari, *Il giudice «equilibrato» e il rebus del sistema sindacale italiano: osservazioni sulla controversia tra Fiom e Fiat*, in *q. Riv.*, 2012, pp. 3 ss., a commento di Trib. Torino 15 settembre 2011, *ivi*, pp. 18 ss.

(8) G. Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960.

mosse, intessuto sulla trama dell'ordinamento intersindacale, la cui autonomia ci potrebbe accompagnare ad altre conclusioni teoricamente sostenibili.

3.1. — Segue: *l'ortodossia della volontà nel diritto privato* — Se l'O.S. ricorrente ha chiesto l'accertamento della condotta antisindacale è perché ha ritenuto lese le prerogative sindacali protette dall'art. 28 Stat. lav. dal comportamento aziendale che, incassato il rifiuto di sottoscrivere il rinnovo contrattuale, ha preferito chiedere lo stesso ai lavoratori rappresentati il consenso sull'applicazione del nuovo accordo. Il fatto è che i singoli hanno «accettato» tale proposta, così eliminando l'ostacolo giuridico all'applicazione del contratto. Infatti, a mente degli artt. 1326 ss. cod. civ., l'accettazione della proposta datoriale ha comportato la conclusione dell'accordo circa l'applicazione del contratto collettivo che va a sostituire il precedente.

Il discorso si potrebbe chiudere qui, se è vero che per l'ordinamento statale la comune volontà delle parti si è manifestata in una proposta accettata: chi può scalfire la validità ed efficacia di un tale patto? L'incontro delle volontà individuali consente di superare, altresì, il problema del precedente dissenso (9) manifestato dai rappresentanti dei lavoratori rispetto al nuovo testo sindacale, in quanto la nuova e diversa manifestazione di autonomia negoziale da parte dei singoli, portata a conoscenza del datore di lavoro, comporta la conclusione dell'accordo. Inoltre, come ulteriore corollario, l'intesa fra azienda e dipendenti determina che il dissenso originario fra lavoratori e datore di lavoro si tramuta in un dissenso fra il sindacato rappresentante e quegli iscritti (non più rappresentati). Il che, ovviamente, nella prospettiva del diritto privato, non può avere alcuna importanza giuridicamente valutabile, restando un fatto che non concerne più i rapporti fra datori e prestatori (e, quindi, sfugge a qualsiasi inquadramento sotto l'art. 28, legge n. 300/1970) trattandosi solo di una semplice contesa interna al sindacato.

Occorre, tuttavia, fare un passo indietro e giustificare razionalmente la decisione aziendale di domandare il consenso dei lavoratori per l'applicazione dell'accordo non sottoscritto dai loro rappresentanti. Sul punto, la Cassazione ha più volte giustamente ribadito come i contratti collettivi – proprio in base alle regole desumibili dal codice civile – sono applicabili solo agli iscritti alle Oo.Ss. stipulanti. Se si escludono i meccanismi di estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, l'applicazione dello stesso ai lavoratori iscritti a un sindacato dissenziente può essere fondata solo su quella posizione della giurisprudenza di legittimità che qualifica la fonte contrattuale come «un contratto aperto all'adesione di soggetti non iscritti alle associazioni stipulanti» (10), consentendo l'applicazione dell'accor-

(9) Nel caso di specie, l'assunto in base al quale «quand'anche un contratto avesse un consenso, di per sé non risolve il problema del dissenso (soprattutto se collettivo), quindi il problema della sua efficacia se si resta nell'ambito del diritto privato» (V. Bavaro, *Rappresentanza dei lavoratori e contrattazione collettiva oggi*, disponibile su www.dirittisocialiecittadinanza.org), trova proprio all'interno del sistema privatistico la sua confutazione, anche in base al combinato disposto degli artt. 1387 ss. (in materia di rappresentanza) e 1703 ss. (in materia di mandato) cod. civ.

(10) Cass. 8 agosto 1978, n. 3867, in *Foro it.*, 1978, I, c. 589 (con nota di G. Pera), che prosegue: «tale adesione può essere sia esplicita, sia implicita come quando avvenga per implicita

do in presenza di una comune volontà delle parti individuali. Ma fuori da questa ipotesi, «non può essere applicato un contratto collettivo al dipendente che, quale iscritto al sindacato che ne rifiuta la sottoscrizione, non intende aderirvi», e la condotta datoriale ossequiosa di tale principio – assicura a più riprese la Cassazione – andrà sempre esente da una condanna per antisindacalità (11).

Abbiamo, dunque, a disposizione un altro punto fermo: gli iscritti al sindacato dissenziente non possono pretendere l'applicazione del contratto collettivo a meno che non trovino l'accordo individuale con il datore di lavoro. Ma questo fatto – fonte di vincoli giuridici creati dall'autonomia negoziale all'interno del diritto privato – è privo di conseguenze giuridicamente rilevanti nell'ambito dell'ordinamento intersindacale? L'autonomia dell'ordinamento sindacale non consente di trattare tale fattispecie come un fatto «mero», invitando invece a valutare le eventuali conseguenze giuridiche che dallo stesso possono scaturire.

3.2. — Segue: *l'eterodossia del diritto sindacale* — Poiché, inequivocabilmente, la condotta aziendale ha causalmente determinato un evidente discredito al sindacato ricorrente che, dopo aver manifestato il proprio dissenso al rinnovo del contratto, ha visto i propri rappresentanti prendere una decisione completamente difforme in adesione alla linea datoriale, questo «fatto» merita di essere analizzato nell'ambito della dinamica delle relazioni industriali. Si vuole verificare se gli effetti negativi «sul piano del proselitismo, subiti dal sindacato [...] connaturati alle regole del conflitto» (12), relegati nel giuridicamente irrilevante dall'ordinamento statutale, possano essere interpretati diversamente alla luce delle peculiarità dell'ordinamento intersindacale.

In giurisprudenza il problema non è nuovo: la questione dell'antisindacalità dello «scavalcamento» delle Oo.Ss. da parte del datore che tratta direttamente con i singoli lavoratori è già stato affrontato sia dalle Corti di merito che dalla Cassazione, con soluzioni differenti a cui si affiancano orientamenti non unanimi in dottrina (13). Nel caso di specie sembra essersi verificato proprio questo, con l'aggiunta che il contatto diretto azienda-lavoratori è avvenuto dopo che il datore di lavoro aveva incontrato il dissenso del sindacato degli stessi.

ricezione desumibile da fatti concludenti generalmente ravvisabili nella pratica applicazione delle relative clausole: in particolare costituisce atto di adesione al contratto collettivo, determinandone l'applicabilità al rapporto individuale di lavoro, non solo l'adesione successiva del lavoratore al sindacato stipulante ma anche l'istanza di applicazione del medesimo proposta dal lavoratore non iscritto all'associazione stipulante». Cfr. anche Cass. 28 novembre 1992, cit.

(11) Oltre alla sentenza commentata cfr. ancora Cass. 28 novembre 1992, cit. *Adde* Cass. 10 febbraio 1992, in q. *Riv.*, 1992, II, p. 403. Viceversa, qualora il datore di lavoro decida *motu proprio* di estendere l'efficacia del contratto collettivo anche ai non iscritti rischierebbe la condanna ex art. 28 Stat. lav. (cfr. in dottrina M. Meucci, *Riflessioni sul parassitismo dei non iscritti ai Sindacati*, disponibile all'indirizzo <http://www.diritto.it/materiali/lavoro/meucci2.html>).

(12) Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, e 10 febbraio 1992, n. 1504, entrambe citate.

(13) V. la ricostruzione di F. Lunardon, *La condotta antisindacale*, in C. Zoli (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, vol. I del Commentario *Diritto del lavoro*, diretto da F. Carinci, Torino, 1998, p. 396 (ivi per ulteriori riferimenti).

Non abbiamo, però, a disposizione un dato empirico che possa risultare dirimente: il numero dei lavoratori dissenzienti che hanno abbandonato la linea sindacale per abbracciare la proposta datoriale; emerge, comunque, dalla lettura della sentenza che i lavoratori hanno «accettato» la proposta aziendale e, quindi, pare che l'iniziativa sia stata presa proprio dalla banca. Si può allora provare a individuare un criterio selettivo che possa guidarci all'interno dell'ordinamento intersindacale, così come valorizzato nella sua autonomia (tutta basata sull'effettività dei rapporti di forza) dalla recente sentenza della Corte costituzionale del luglio 2013 sull'art. 19 Stat. lav. (14).

Com'è ormai noto, la Consulta ha definitivamente accantonato l'interpretazione letterale della disposizione sulle Rsa allo scopo di evitare «una alterazione assiologica e funzionale della norma stessa», precisando nuovamente che «la rappresentatività del sindacato non deriva da un riconoscimento del datore di lavoro espresso in forma pattizia», né dalla mera adesione formale a un accordo negoziato con altre Oo.Ss. (15), bensì dalla «capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro come controparte contrattuale» (16).

Nell'eterodossia dell'ordinamento intersindacale, dunque, il termine «firmatari» può anche significare «non firmatari» ma semplici (ancorché qualificati e rappresentativi) «trattanti». Inoltre, la mera «accettazione» di un testo predisposto da altri, senza che i destinatari della proposta abbiano minimamente contribuito a formarne il contenuto, non costituisce indice di rappresentatività di quel gruppo di lavoratori.

Da queste acquisizioni si possono delineare due possibili scenari, finalizzati proprio a far risaltare l'autonoma valutazione che l'ordinamento intersindacale potrebbe riservare alla condotta datoriale scrutinata.

Qualora il numero dei lavoratori dissenzienti rispetto all'operato del loro sindacato fosse considerevole (tendente alla percentuale massima), l'intera vicenda potrebbe essere racchiusa come una manifestazione della libertà sindacale dei lavoratori tutelata dall'art. 39 Cost. che ha comportato un'acutizzazione del conflitto interno all'organizzazione. Si può, infatti, sostenere che i singoli, non ritenendosi più rappresentati dall'O.S. alla quale erano iscritti, hanno inteso costituire una spontanea organizzazione che ha condiviso – come le altre Oo.Ss. – la scelta aziendale. In siffatta ipotesi, l'ordinamento considera prevalente la libera scelta del lavoratore rispetto all'interesse collettivo del sindacato (17) e la condotta del dato-

(14) Corte cost. 3 luglio 2013, n. 231, in q. *Riv.*, 2013, II, pp. 532 ss., con commento di M. Rusciano, *Sindacato «firmatario» o «trattante», purché «rappresentativo»*, *ivi*, pp. 517 ss.

(15) In quest'ottica, la dottrina si era già orientata: M.G. Garofalo, *Rappresentanze aziendali e referendum*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 665.

(16) Corte cost. 27 giugno 1996, n. 244, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 447. Cfr. pure Corte cost. 4 dicembre 1995, n. 492, in *Foro it.*, 1996, I, c. 5, e Corte cost. 26 gennaio 1990, n. 30, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 1337. In giurisprudenza, Cass. 5 agosto 2010, n. 18260, in *Mass. giust. civ.*, 2010, p. 1185.

(17) G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2010, p. 38, che aggiunge: «Dietro tale scelta, però, non deve leggersi una tutela dell'interesse individuale contro quello collettivo, ma

re di lavoro che ha preso atto di questa variazione nei rapporti di forza va esente da rilievi critici.

Se, invece, tutto ciò non si fosse verificato, ma fosse accaduto che il datore di lavoro avesse cercato individualmente di ottenere il consenso alla (accettazione della) applicazione del contratto collettivo non sottoscritto dal sindacato, di fatto pretermettendo l'autonoma valutazione espressa dal sindacato dissenziente, i termini della questione sarebbero altri. In questo caso il dissenso dei singoli lavoratori rispetto all'azione del sindacato non si è tramutata nella posizione di un nuovo interesse collettivo, ma si è esclusivamente manifestata come accettazione di una proposta aziendale su basi meramente individualistiche. Tale condotta non lede – certamente – la libertà sindacale (come peraltro precisa la Cassazione ribadendo l'insussistenza di alcun principio di parità di trattamento fra le Oo.Ss.) ma – palesemente – l'attività sindacale (18) dell'organizzazione dissenziente, nel momento in cui il datore di lavoro pretende di superare (*idem est*: aggirare) l'esito del conflitto collettivo (19) conclusosi con la mancata sottoscrizione del contratto attraverso la raccolta dei consensi individuali, senza peraltro un apprezzabile scopo datoriale, non potendo considerarsi tale l'utilità meramente contabile di applicare a tutti lo stesso contratto.

Al contrario, nell'ordinamento intersindacale un siffatto comportamento non è consentito perché comporta un palese e inaccettabile disconoscimento della controparte, anche agli occhi degli iscritti, consacrando in una «opposizione ai risultati del conflitto» (20) che fa scattare la tutela di cui all'art. 28 Stat. lav.

Lorenzo Scarano

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

piuttosto la posizione di un'elementare garanzia del diritto al dissenso, in un sistema di valori costituzionali fondato su una scelta esplicita nel senso di un sindacalismo volontaristico, garantito in tale sua natura dalla possibilità giuridica del pluralismo organizzativo».

(18) Sulla distinzione fra libertà e attività sindacale è ancora sempre illuminante la sentenza della Corte cost. 6 marzo 1974, n. 54, in *Foro it.*, 1974, I, c. 963, con nota di G. Pera.

(19) Una conseguenza giuridica non secondaria di tale dissenso è la persistente applicazione a quei lavoratori del contratto collettivo siglato con l'O.S. dissenziente.

(20) Ancora, M.G. Garofalo, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli, 1979.

TRIBUNALE ROMA, 17 ottobre 2013, n. 11453, Sez. lav. – Est. Calvosa – Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni - Aran (Fedeli - Avvocatura dello Stato) c. Unione nazionale segretari comunali e provinciali (avv.ti Pallini, Ichino, Basile).

Contratto collettivo – Enti locali – Area dirigenti – Rappresentanza sindacale segretari comunali e provinciali.

In considerazione [di] significativi elementi di fonte normativa e contrattuale, non può [...] dubitarsi che, all'interno del comparto delle Autonomie locali, oltre all'area dei dirigenti, sia individuabile quella dei segretari comunali e provinciali. Ciò posto, è pacifico che, nell'ambito dell'area così individuata, l'Unione nazionale segretari comunali e provinciali ricorrente abbia la consistenza numerica che consente di ritenere integrata la rappresentatività di cui all'art. 43, d.lgs. n. 165/01. (1)

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

(1) CONTRATTAZIONE COLLETTIVA NEL PUBBLICO IMPIEGO E AREE «ASSIMILATE» ALLA DIRIGENZA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La vicenda processuale. — 3. Evoluzione normativa e *status* dei segretari. — 4. La contrattazione collettiva nel settore pubblico e la (ridotta) autonomia delle parti negoziali.

1. — *Introduzione* — Con la sentenza in commento il Tribunale di Roma è intervenuto su una questione che coinvolge la categoria dei segretari comunali e provinciali, riconoscendo a tali funzionari, sulla base della particolare natura del ruolo svolto all'interno degli Enti locali, l'appartenenza a una specifica e autonoma area assimilata a quella della dirigenza della pubblica amministrazione. Da questa sostanziale equiparazione discende la conseguenza di dover provvedere alla verifica dei livelli di rappresentatività delle organizzazioni sindacali, necessari ad accedere alla contrattazione collettiva per il rinnovo dei contratti collettivi, solo nel ridotto ambito dell'area e non in quello, decisamente più ampio, del comparto.

Oltre alla valutazione di alcune caratteristiche di una figura «ibrida» come quella del segretario degli Enti locali, la sentenza permette di trarre una serie di considerazioni sui limiti e le modalità per la definizione degli ambiti di contrattazione nel lavoro pubblico e sulla verifica della rappresentatività delle organizzazioni sindacali, in un contesto caratterizzato dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/09 e dalla prospettiva del ritorno alla negoziazione a seguito dell'attuale «blocco» della contrattazione.

2. — *La vicenda processuale* — La decisione che si intende commentare origina dal ricorso presentato in via cautelare dall'Unione nazionale dei segretari comunali e provinciali, l'associazione sindacale di maggiore rappresentatività in quest'ambito professionale (1), che era stata esclusa dal negoziato per il rinnovo del Ccnl del quadriennio 2006-2009 sulla base della mancanza dei requisiti di rappresentatività *ex art.* 43 del d.lgs. n. 165/01. Tale decisione da parte dell'Aran si era basata sulla qualificazione del contratto collettivo in questione come di un semplice «accordo applicativo» del comparto Regioni e Autonomie locali — al quale appartengono i dipendenti delle amministrazioni pubbliche su base territoriale — derivante dalla necessità di disciplinare in maniera adeguata il rapporto di lavoro dei segretari, caratterizzato da una particolare natura delle sue funzioni e da una pluralità di soggetti datoriali.

Il calcolo delle soglie di rappresentatività nella più ampia area dei «dipendenti di livello» ha avuto come conseguenza l'esclusione di un sindacato categoriale come l'Unscp che, pur raccogliendo la netta maggioranza delle adesioni dei segretari in servizio — e i conseguenti risultati in sede elettorale —, si rivolge a una platea ridotta di lavoratori e non ha la possibilità di competere, sul piano associativo, con le organizzazioni sindacali confederali.

Nonostante l'Aran e le altre organizzazioni sindacali coinvolte nella trattativa avessero sottoscritto un preaccordo, il ricorso *ex art.* 700 cod. proc. civ. veniva inizialmente respinto per difetto di *periculum in mora*; in sede di reclamo il ricorso è stato accolto, ed è stata dichiarata l'illegittimità dell'esclusione dell'Unscp dalle trattative per il rinnovo del Ccnl; la domanda dell'Unione è stata infatti giudicata «*in lineam*» con la specifica previsione dell'art. 43 del d.lgs. n. 165/01 che identifica comparto e aree come gli ambiti eventualmente coesistenti cui correlare la verifica della rappresentatività (2). Il Tribunale ha accertato la presenza di un'area «endocompartimentale» dei segretari, rispetto alla quale era pacifica la rappresentatività dell'Unione; l'ordinanza di secondo grado fa discendere l'inammissibilità dell'assimilazione della categoria a quella del personale non dirigenziale, e la conseguente obbligatorietà della costituzione di un autonomo Ccnl, dalla specificità del ruolo ricoperto dai segretari stessi e dal fatto che sulla base di una prassi consolidata l'accordo venisse negoziato separatamente e «sempre con la presenza dei naturali rappresentanti».

All'esito del suo esame il Collegio ha quindi dichiarato l'illegittimità della condotta dell'Aran e il diritto del sindacato in questione a partecipare alla contratta-

(1) Costituitasi nel 1988, l'Unione nazionale dei segretari comunali e provinciali (anche Unscp o Unione) ha come obiettivo statutario quello di tutelare gli interessi economici, professionali e morali di tutti i segretari comunali e provinciali (Scp), in attività e in quiescenza, anche attraverso la «contrattazione» delle condizioni di lavoro della categoria. Il numero di aderenti è attualmente (sulla base dell'ultima rilevazione Aran) pari a 763; va osservato a tale proposito che il numero di Scp iscritti a sindacati è circa 1.000 (su 3.500 segretari); dato che conferisce all'Unscp la rappresentanza del 70% circa.

(2) Nella versione vigente all'epoca della negoziazione del quadriennio 2006-2009 l'art. 43 del d.lgs. n. 165/01 stabiliva infatti che la verifica della rappresentatività venisse condotta «nel comparto o nell'area» di contrattazione.

zione collettiva correlata alla specifica area dei segretari comunali e provinciali, il che ha portato alla riammissione del sindacato alle trattative e alla sottoscrizione del Ccnl relativo al biennio 2008-2009. L'Aran ha tuttavia deciso di impugnare la succitata ordinanza, promuovendo il giudizio di merito e riproponendo la tesi secondo la quale i segretari costituiscono un'autonoma tipologia professionale che non possiede valenza dirigenziale, né può essere fatta rientrare in un'area autonoma, stante l'elencazione tassativa di queste ultime. Di conseguenza, non è imposta dalla normativa vigente la stipula di un contratto collettivo distinto, né è necessario condurre un'autonoma rilevazione della rappresentatività, che va quindi effettuata nell'ambito del comparto Regioni e Autonomie locali (3).

L'analisi del Tribunale prende le mosse da una dettagliata ricostruzione delle caratteristiche e delle specifiche funzioni e competenze della figura del segretario comunale e provinciale sulla base *in primis* del T.U. degli Enti locali ma anche di fonti più recenti come la legge «anticorruzione» nella p.a. (4).

In primo luogo, le procedure di selezione avvengono tramite concorso pubblico; relativamente poi ai requisiti per l'accesso, l'art. 98 del Testo Unico sugli Enti locali (di seguito: Tuel) pone, come condizione per l'iscrizione nell'apposito albo, l'abilitazione concessa da un'istituzione dedicata in maniera specifica alla formazione dei «dirigenti della pubblica amministrazione» (5).

Con riferimento alle caratteristiche e ai compiti dei segretari comunali e provinciali vengono passate in rassegna le norme contenute negli artt. 97 e 108 del d.lgs. n. 267/00 nonché l'art. 1 della legge n. 190/2012; si evince da questi articoli il ruolo di assistenza e collaborazione a favore degli organi dell'ente locale e di gestione e coordinamento delle funzioni dei dirigenti. Inoltre, nel caso in cui il sindaco e il presidente della Provincia abbiano nominato il direttore generale, a quest'ultimo rispondono (solo) i dirigenti dell'ente, con la visibile eccezione proprio del segretario comunale o provinciale (6), i cui rapporti con il direttore generale sono disciplinati «nel rispetto dei loro distinti e autonomi ruoli».

La legge n. 190/2012 prevede poi che il responsabile per la prevenzione della corruzione venga individuato tra i «dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia» in servizio; negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salvo che l'organo di indirizzo politico cui spetta l'individuazione non fornisca una diversa e motivata determinazione.

Dall'analisi di questi dati normativi emerge, a giudizio del Tribunale, la volontà di equiparare e assimilare la figura professionale dei segretari provinciali e comunali a quella dei dipendenti con inquadramento dirigenziale, pur mantenendo la

(3) Nel quale l'Unscp raggiunge percentuali (0,16%) decisamente inferiori alle soglie previste per legge.

(4) Legge 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

(5) «È subordinata al possesso dell'abilitazione concessa dalla Scuola superiore per la formazione e la specializzazione dei dirigenti della pubblica amministrazione». Vd. gli artt. 97 e 104 del d.lgs. n. 267/00, e *infra*, par. 3.

(6) Vd. art. 108, d.lgs. n. 267/00, e *infra*, par. 3.

distinzione tra i due profili; la figura (e l'area) dei segretari nell'ambito del comparto Regioni e Autonomie locali non possono essere quindi ricondotte a quelle relative ai dipendenti «di livello».

Si considera inoltre come non emerga, dall'impianto della normativa, la previsione di una fonte legale di area. La costituzione di un'area è imposta per alcune categorie di dipendenti (tra cui quella dei dirigenti), ma non sono invece posti limiti dalla legge alla definizione di altre aree, con la conseguenza che la sussistenza di un'area può essere ricavata da «elementi significativi che connotano l'attività negoziale complessiva così come venuta delineandosi nel tempo». All'analisi degli elementi normativi si aggiunge, infatti, nella sentenza la valutazione degli elementi di fonte contrattuale, che nella fase successiva alla «privatizzazione» ha visto i segretari comunali e provinciali come destinatari di uno specifico contratto nazionale, distinto da quello degli altri dipendenti degli Enti locali, fin dal quadriennio 1998-2001 (7); tale circostanza è stata definita e valutata come «significativamente rilevante». Al contrario, non è stato ritenuto rilevante ai fini della decisione il deposito in Parlamento di un disegno di legge che prevedeva la modifica dell'art. 97 del Tuel e l'assegnazione della qualifica dirigenziale ai segretari comunali; da un lato, si trattava di un mero disegno di legge, privo di efficacia giuridica, e più in generale l'operazione ermeneutica condotta ha identificato i segretari come una categoria distinta rispetto ai dirigenti.

Sulla base di questi elementi vengono tratte alcune conclusioni: in primo luogo «non può [...] dubitarsi» che si possa individuare l'area dei segretari comunali e provinciali, e che tali figure professionali non rientrano nell'area dei dirigenti, ma «in altra, autonoma, distinta eppur affine». La verifica della rappresentatività va quindi valutata nell'ambito così individuato, e la sentenza conclude nel senso che appare «pacifica» la consistenza numerica che consente di ritenere integrati i criteri di rappresentatività ex art. 43, d.lgs. n. 165/01. La decisione del Tribunale, confermando l'impianto dell'ordinanza del 18 febbraio 2011, rafforza le conclusioni già raggiunte in sede di giudizio cautelare sulla base di un'ampia serie di «precisi» e «inequivocabili» indici normativi per fornire una dettagliata ricostruzione delle funzioni di questa figura professionale e richiamando elementi di natura contrattuale a sostegno della propria argomentazione.

(7) L'autonomia della negoziazione relativa ai Scp si è declinata attraverso l'esclusione di questi ultimi dall'ambito dei dipendenti «di livello» del comparto Regioni-Autonomie locali e la costituzione di un'autonoma area di contrattazione (e di un'apposita scheda di rilevazione delle deleghe sindacali per l'area dei Scp) il cui campo di applicazione aveva a oggetto esclusivamente i rapporti di lavoro dei Scp (art. 1, Ccnl 16 maggio 2001, e art. 1, Ccnl 7 marzo 2008, che circoscrivono l'applicazione del contratto collettivo «a tutti i segretari comunali e provinciali iscritti all'albo» (art. 98 Tuel) e i cui lavoratori erano «equiparati» al personale con qualifica dirigenziale (cfr. Accordo per i Scp del 18 aprile 1997 e art. 6 del Ccnl per l'area dirigenziale delle amministrazioni dello Stato). L'art. 41, comma 6, Ccnl 16 maggio 2001 prevede inoltre l'«aggancio» del contratto collettivo dei segretari con quello dei dirigenti del medesimo comparto «fino a diversa disciplina del Ccnl dell'area della dirigenza del comparto Regioni-Autonomie locali».

3. — *Evoluzione normativa e status dei segretari* — Piuttosto che uno specifico dato normativo che ne sancisse l'inquadramento, i compiti svolti dai segretari hanno rappresentato l'elemento centrale per verificare l'esistenza di un'area relativa a questa categoria; l'analisi di alcuni aspetti relativi al ruolo ricoperto dai segretari comunali e provinciali e delle caratteristiche specifiche del loro rapporto di lavoro ne conferma la posizione «ibrida» all'interno dell'ordinamento degli Enti locali. Una serie di consistenti processi evolutivi fornisce inoltre indicazioni aggiuntive quanto alle funzioni e allo *status* dirigenziali di questa figura professionale (8).

Il dato normativo di partenza è costituito dal d.lgs. n. 267/00, il cui art. 97 assegna al segretario compiti di «collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo Statuto e ai regolamenti» (9) e prevede che esso sovrintenda allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordini l'attività (10), salvo nei casi di nomina di un direttore generale. L'attuale sistema consente altresì al vertice politico di non procedere alla nomina di un'autonoma figura di direttore generale e di assegnarne al segretario le funzioni e attività (11), che comportano un maggior potere di coordinamento e sovrintendenza dei dirigenti, collegato in particolar modo alla predisposizione e attuazione del piano di gestione e di obiettivi (12). Inoltre, sempre con riferimento alla mancata nomina del direttore generale o al trasferimento delle sue funzioni al segretario, quest'ultimo può assolvere altresì alla funzione di capo della delegazione trattante in nome e per conto dell'amministrazione in sede di contrattazione decentrata con le organizzazioni sindacali rappresentative del personale non dirigenziale del comparto Regioni-Autonomie locali. Al segretario degli Enti locali sono conferiti altresì compiti di natura consultiva in ambito giuridico-amministrativo, partecipando alle riunioni del Consiglio e della Giunta ed esprimendo il parere di regolarità su ogni

(8) In particolare il d.P.R. n. 749/1972 e la legge n. 142/1990, che assegnava a tutti i segretari degli Enti locali le competenze dirigenziali (vd. art. 52, comma 3). La legge n. 127/97 (Bassanini-*bis*) stabiliva che Comune e Provincia avessero «un segretario titolare dirigente o funzionario pubblico» (art. 17, comma 67). Tale formulazione è stata espunta dal Tuel, determinando la «formale» esclusione dei segretari dalla dirigenza, pur qualificandone la funzione e il rapporto di lavoro in maniera distinta dal personale di comparto, e dedicando loro un capo specifico all'interno del Tuel (vd. Titolo IV, Capo II).

(9) Art. 97, comma 2, d.lgs. n. 267/00.

(10) Art. 97, comma 4, d.lgs. n. 267/00. Il rapporto di sovrintendenza che si viene a instaurare tra il segretario e i dirigenti non può essere considerato in senso stretto gerarchico; il segretario non può di norma espletare compiti normalmente rimessi alla struttura burocratica dell'Ente locale (e sostituirsi ai dirigenti nell'espletamento delle loro funzioni), ma è necessario che tali compiti gestionali gli vengano attribuiti in maniera specifica dallo Statuto o dai regolamenti dell'ente, o da specifiche determinazioni degli organi di quest'ultimo (Cfr. Tar Piemonte Torino, Sez. II, 4 novembre 2008, n. 2739). Ai Scp possono in ogni caso essere demandate funzioni dirigenziali nei Comuni che siano privi di queste figure (art. 109 del d.lgs. n. 267/00).

(11) Art. 97, ult. comma, d.lgs. n. 267/00.

(12) Cfr. gli artt. 108, comma 1, e 197, comma 2, lett. a, d.lgs. n. 267/00. Vd. anche *infra*, in questo paragrafo.

proposta di deliberazione sottoposta a questi organi, nel caso in cui l'Ente non abbia responsabili dei servizi.

Dal quadro normativo attuale emerge il ruolo di raccordo del segretario tra l'organo di indirizzo politico e gli organi di gestione dell'Ente locale e, rispetto ad attività più risalenti di verbalizzazione e certificazione (13), è possibile rilevare una prevalenza di aspetti consultivi, referenti e di assistenza fino a giungere alla possibilità che questa figura sia ricompresa nella nozione di «datore di lavoro» pubblico ai sensi dell'articolo 4, comma 2, del d.lgs. n. 165/01, che in particolare ne conferma – se non la natura dirigenziale in senso stretto – l'alterità rispetto al personale «dei livelli» (14).

L'analisi del ruolo del segretario comunale e provinciale viene in ogni caso resa più complessa da due ulteriori fattori: *in primis* è necessario sottolineare come nell'ordinamento attuale esistano varie tipologie di segretario, alle quali corrispondono un distinto inquadramento all'interno dell'albo professionale (15) e la relativa progressione nella retribuzione. In secondo luogo va tenuta in considerazione l'eventuale presenza della figura del direttore generale, prevista dalla legge n. 127/1997 per le province e per i comuni con più di 15.000 abitanti, che ha separato dal segretario la funzione attribuitagli tradizionalmente di dirigente delle autonomie locali. Il rapporto che si viene infatti a creare tra le due figure non è desumibile dall'applicazione di un istituto normativo (16), ma dipende dallo specifico modello organizzativo definito nello statuto dell'Ente locale o nel regolamento di organizzazione (17). In caso di nomina del direttore generale al segretario resi-

(13) Il segretario cura la verbalizzazione delle riunioni del Consiglio e della Giunta e può svolgere le funzioni di notaio dell'Ente. (rogare i contratti nei quali l'Ente è parte, autenticare scritture private e atti unilaterali): ai Scp sono inoltre attribuiti una variegata serie di compiti espressamente previsti dalla legislazione in materia elettorale, di anagrafe e di stato civile.

(14) L'art. 97, comma 4, lett. *d*, stabilisce che il segretario «esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della Provincia». Di conseguenza il ruolo concreto ed effettivo del segretario si articola in un nucleo minimo di attribuzioni, ampliabile (nel rispetto delle norme statutarie e regolamentari) in relazione alle carenze di personale di qualifica dirigenziale o di responsabili di servizi o di specifiche scelte organizzative operate dall'Ente, fino a ricomprendere anche, come accennato, funzioni dirigenziali (art. 109) o direttive e di sovrintendenza (art. 97, ult. comma). Va sottolineato che tanto le funzioni «generali» (*ex* art. 97, commi 2 e 4, lett. *a*, *b* e *c* del Tuel) quanto quelle «aggiuntive» (*ex* art. 97, comma 4, lett. *d*, dello stesso Tuel) vanno fatte rientrare nei compiti istituzionali del segretario comunale e provinciale.

(15) La fascia professionale C consente la nomina in comuni fino a 3000 abitanti; l'ideoneità alla fascia B (subordinata al superamento del corso-concorso Spe.S) consente la nomina in comuni fino a 10.000 abitanti (65.000 dopo due anni di servizio), e quella alla classe A (anche in questo caso vincolata al superamento del corso Se.F.A) permette che il segretario possa essere nominato nei comuni fino a 250.000 abitanti (e dopo due anni in comuni con più di 250.000 abitanti nonché nei capoluoghi di Provincia e nelle Province).

(16) Cfr. A. Ponti, *Il Direttore generale dell'ente locale: riflessioni a 5 anni dall'istituzione; rapporti con il segretario*, in *Nuova rassegna*, 2002, n. 16, p. 1674.

(17) Vd. *amplius*, sul punto, A. Storlazzi, *La gestione manageriale delle amministrazioni comunali. segretario comunale o direttore generale?* in Atti del convegno «Governare e programmare:

duerebbero una serie di funzioni esterne all'ambito gestionale in senso stretto e afferenti al coordinamento e al controllo tra gli organi gestionali; in relazione a quest'ultimo ambito è necessario considerare le ulteriori responsabilità di vigilanza attribuite ai segretari da una serie di recenti interventi legislativi.

Si tratta in particolare della già citata normativa di contrasto alla corruzione nella p.a. (18), il cui art. 1 assegna al segretario, al pari dei dirigenti generali per le amministrazioni dello Stato, il ruolo di responsabile «anticorruzione» all'interno dell'Ente locale (19) con compiti di predisposizione del «Piano anticorruzione» triennale, definizione di procedure per selezionare e formare i dipendenti che operano nei settori più esposti al rischio di corruzione, verifica dell'idoneità e dell'efficace attuazione del piano e pubblicazione di una relazione annuale recante i risultati dell'attività svolta (20). Ulteriori compiti emergono anche dalla nuova legislazione in materia di controlli interni e sulla salvaguardia degli equilibri finanziari e del rispetto del cd. «Patto di stabilità» (21), in particolare della direzione del «controllo strategico» (anche in questo caso in alternativa al direttore generale), e della predisposizione delle relazioni di «inizio» e «fine mandato», che confermano la posizione verticistica del segretario e la sua prossimità alle attività di gestione degli organi dell'amministrazione locale.

Pazienda pubblica tra innovazione e sviluppo al servizio del cittadino», ed. Università degli Studi di Salerno, 2008, pp. 1-11, disponibile online all'indirizzo http://www.direttorigenerali.it/documenti/0/300/310/311/ricerca_storaggi_dg_SGmag08.pdf.

(18) Legge 6 novembre 2012, n. 190, «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione».

(19) Cfr. circolare n. 1 del 25 gennaio 2013 del dipartimento della Funzione Pubblica secondo cui la legge n. 190/12 considera la funzione di responsabile anticorruzione come «naturalmente integrativa» della competenza ex art. 97 Tuel, e che l'affidamento dell'incarico a dirigenti dovrebbe essere limitato a ipotesi eccezionali e adeguatamente motivate. Viene sottolineato dal giudice di merito che la prima parte dell'art. 1, comma 7, della legge n. 190/12 stabilisce che l'organo di indirizzo politico debba individuare il responsabile dell'anticorruzione «di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio».

(20) Analogamente il segretario può essere individuato quale «responsabile della trasparenza» ai sensi del d.lgs. n. 33/13 (*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*), che prevede un rafforzamento dei controlli sulle Autonomie locali anche tramite il controllo esterno della Corte dei conti (vd. in particolare artt. 148 e 148-bis, d.lgs. n. 267/00).

(21) Vd. d.l. n. 174/12, convertito in legge n. 213/12. La legge n. 127/97 ha soppresso il parere di legittimità dei segretari; in Corte conti Regione Lombardia, Sez. giurisd., 9 luglio 2009, n. 473, si evidenzia tuttavia come, nonostante l'eliminazione del parere preventivo di legittimità, tale figura mantenga la «specifica funzione ausiliaria di garante della legalità e correttezza amministrativa dell'azione dell'Ente locale». Le responsabilità dei Scp sono anche confermate da Corte conti, III Sez. giurisdiz. centrale d'appello, n. 40/2013, che evidenzia come l'art. 97 Tuel assorba «lo specifico compito di esprimere un previo parere di legittimità sulle deliberazioni degli organi». Le maggiori responsabilità dei Scp, derivanti dalla rilevata estensione di funzioni «anticorruzione» e per i controlli interni, superano l'abrogazione dell'istituto del previo parere di legittimità, e implicano che la mancata pronuncia del segretario sull'atto controverso non possa valere da esimente ma, al contrario, contribuisca alla maturazione della sua responsabilità, dovendo egli espressamente evidenziare la non conformità a legge del provvedimento.

Oltre a queste responsabilità di controllo, ai segretari sono anche assegnati i compiti di sostituzione delle strutture inadempienti rispetto alla scadenza dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi; infatti, sulla base della legge n. 35/12 di conversione del d.l. n. 5/2012 tali responsabilità, che attengono a una rapida definizione dei procedimenti amministrativi sulla base di domande da parte di cittadini o imprese, si devono intendere affidate al dirigente generale, che coincide negli Enti locali con il direttore generale o, in caso di assenza, con il segretario.

Da un lato queste previsioni confermano la posizione di raccordo del segretario tra l'attività d'indirizzo e di gestione dell'ente; dall'altro ne innovano il ruolo, caratterizzandone la figura a fini di garanzia e controllo interno funzionali all'attuazione del principio costituzionale del «buon andamento e imparzialità» della pubblica amministrazione (22). Perché questi estesi compiti di coordinamento e controllo vengano svolti in maniera efficace, è necessaria non solo un'adeguata qualificazione professionale (23) ma anche la collocazione apicale (24) del segretario all'interno della struttura nella quale esercita le proprie funzioni che consenta a questa figura una visione generale delle attività svolte dall'Ente locale.

Va evidenziato come tali funzionari presentino delle caratteristiche peculiari anche in relazione al rapporto di dipendenza con il vertice politico, che ha natura funzionale e fiduciaria, essendo basato su una nomina e prevedendo la decadenza del segretario insieme al sindaco o presidente che li ha nominati (25). Il rapporto

(22) Cfr. Corte conti Regione Lombardia, Sez. giurisd., 8 maggio 2009, n. 324, che identifica i segretari come «figura professionale alla quale è per legge demandato un ruolo di garanzia, affinché l'attività dell'ente possa dispiegarsi nell'interesse del buon andamento e dell'imparzialità, a nulla rilevando – ma semmai rafforzando in senso spiccatamente istituzionale – la dipendenza di carattere fiduciario» (vd. *infra*).

(23) È proprio nel senso di garantire la professionalità e le competenze che vanno le procedure di selezione dei Scp nonché l'istituzione della Sspal (art. 104 del d.lgs. n. 267/00), che ne cura formazione, aggiornamento professionale e progressione in carriera. L'accesso all'albo avviene, come accennato, tramite un concorso (a numero chiuso basato sul numero complessivo dei Comuni, ridotto del numero delle sedi unificate e maggiorato di una percentuale determinata ogni due anni) e la valutazione dell'idoneità del candidato tramite un esame, che consente l'iscrizione nella fascia professionale C.

(24) La posizione al vertice dell'organizzazione del segretario è altresì confermata da elementi accessori come quello relativo alla disciplina (sostanzialmente identica a quella prevista per la dirigenza) in materia di orario di lavoro, che non prevede alcuna quantificazione complessiva dell'orario di lavoro del segretario, al quale è rimessa l'organizzazione del proprio tempo di lavoro, al fine di assicurare il completo soddisfacimento dei compiti e degli obiettivi assegnati (fatta salva la possibilità di procedere all'accertamento delle presenze e assenze del segretario, anche ai fini della valutazione annuale, dell'erogazione della retribuzione di risultato e per la gestione di istituti connessi al rapporto di lavoro quali ferie e malattia, vedi parere Aran n. 34/2013). Nello stesso senso va considerata la disciplina contrattuale prevista per il caso di mobilità (art. 32 Ccnl relativo ai Scp), che stabilisce l'inquadramento in posizione dirigenziale del segretario trasferito ad altra amministrazione statale e fa derivare la disciplina del suo rapporto di lavoro dal contratto collettivo dirigenziale del comparto di nuova appartenenza.

(25) Art. 99, d.lgs. n. 267/00. Già dal 1997, le norme della legge n. 127 avevano evidenziato come la figura in questione andasse considerata di nomina fiduciaria sulla base del

in questione si configura quindi come di servizio, e non già come rapporto di lavoro dipendente, che invece intercorre con lo Stato: i segretari vengono infatti selezionati da un albo professionale autonomo, che è gestito dal ministero dell'Interno (26). Il recente trasferimento di attribuzioni relative all'albo da un Ente autonomo al ministero dell'Interno riafferma una concezione «centralistica» e statalizzata della figura del segretario (27), che tende a svincolarlo dall'appartenenza al sistema delle autonomie locali e ridurre il vincolo di dipendenza funzionale con il vertice politico, riaffermandone le funzioni collegate non solo alle esigenze degli organi di governo locali ma anche, come si è visto, al rispetto dei principi di imparzialità, autonomia e responsabilità nell'azione dell'ente locale e che sono garantiti a livello costituzionale (28).

Va tuttavia sottolineato che la posizione e le caratteristiche del segretario comunale e provinciale fanno emergere dei problemi di coordinamento proprio in relazione alle responsabilità di controllo recentemente assegnate a quest'ultimo. Il legislatore non è, infatti, intervenuto nella procedura di scelta del segretario, la cui nomina diretta rimane un atto discrezionale del vertice politico; i nuovi compiti di vigilanza assegnati al segretario, che pure richiederebbero terzietà e imparzialità rispetto all'azione amministrativa, non sono inoltre in grado di modificarne in maniera sostanziale la natura fiduciaria (29) del ruolo. L'unica previsione che testimonia un'attenzione maggiore alle nuove funzioni e caratteristiche della figura del segretario è la specifica tutela collegata alle misure in materia di lotta alla corru-

fatto che è il vertice politico a nominarla e che la carica perdura per il durare del mandato di quest'ultimo.

(26) L'art. 17, commi 67-86, della legge n. 127/97 prevedeva la creazione di un albo professionale relativo alla figura del Scp, gestito da un'Agenzia autonoma pubblica appositamente costituita (vd. comma 76); la figura del segretario, pur mantenendo la qualifica di funzionario pubblico, non poteva quindi più essere considerata dipendente del ministero dell'Interno. Tale impostazione è stata di recente modificata in maniera sostanziale dall'art. 7, comma 31-ter, della legge n. 122/10 (che ha convertito il d.l. n. 78/10) che, pur non modificando le funzioni dell'Albo, ne ha ritrasferito la gestione al ministero dell'Interno.

(27) Cfr. art. 52 della legge n. 142/90 che definiva il segretario come «funzionario statale, iscritto in apposito albo nazionale, territorialmente articolato», funzionalmente dipendente dal sindaco e dal presidente della Provincia.

(28) Nonostante le costanti indicazioni dell'autonomia collettiva, che hanno previsto espressamente che la disciplina dei loro rapporti di lavoro venisse regolata «nell'ambito del comparto delle Regioni e delle autonomie locali» (art. 10 del Ccnq del 18 dicembre 2002 e art. 9 del Ccnq dell'11 giugno 2007), è necessario interrogarsi se le «aspirazioni dirigenziali», basate sulle funzioni «storiche» di sovrintendenza e coordinamento dei dirigenti e sulla posizione di vertice nell'organizzazione, si debbano risolvere nel comparto relativo ad autonomie ed enti locali, in particolare quando si consideri la dipendenza di questa figura professionale, che suggerirebbe un inquadramento in apposita sezione all'interno dell'area dirigenziale del comparto dei ministeri (che dovrebbe mantenere la propria autonomia anche a seguito della cd. «riforma Brunetta», vd. *infra*).

(29) Pur fortemente criticata dalla Corte costituzionale quale elemento fondante della costituzione di un rapporto di lavoro tra dirigenze e apparato politico (vedi sentenze n. 103 e n. 104 del 2007).

zione stabilita dall'art. 100, comma 1, del Tuel (30): la revoca del segretario dovrà essere sottoposta a una specifica procedura, che prevede il coinvolgimento dell'Autorità nazionale anticorruzione (31) al fine di accertare che la rimozione «non sia correlata alla attività svolta dal segretario in materia di prevenzione della corruzione».

Su questo variegato contesto normativo interviene la sentenza in commento; la conclusione nel senso della sussistenza di un'autonoma «Area dei segretari comunali e provinciali» si basa in modo esplicito sulle competenze assegnate dal legislatore a tali figure ed è in grado di produrre conseguenze, anche assai rilevanti (32), relativamente all'inquadramento giuridico dei segretari, promuovendone la loro assimilazione ai dirigenti degli Enti locali. Va inoltre ricordato di come, all'atto della stipula del Ccnl relativo al biennio 2008-2009, le parti avessero sottoscritto una dichiarazione congiunta che dava conto della «incoerenza» dell'assimilazione (anche ai fini contrattuali) della figura in questione al personale non dirigente (33); l'impegno a definire la «futura collocazione contrattuale» nell'area della dirigenza, come si è visto dall'analisi della vicenda processuale, non ha impedito la contestazione da parte dell'Aran della situazione accettata in via dichiarativa. La pronuncia del 17 ottobre 2013 sembra conferire – salvo future determinazioni di senso contrario da parte di Corti superiori – rafforzata esigibilità alle determinazioni dell'autonomia collettiva che si erano sostituite alla mancanza di esplicite disposizioni

(30) Come modificato dall'art. 1, comma 82, della legge n. 190/2012.

(31) Individuata nella Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (Civit, istituita dal d.lgs. n. 150/09), in seguito Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche, (Anac).

(32) In particolare l'Aran ha evidenziato la possibilità di pesanti conseguenze finanziarie derivanti dall'inquadramento dei Sep all'interno dell'area dirigenziale della p.a. stabilito dal Tribunale, in particolare derivanti da possibili richieste di adeguamento da parte dei segretari dei piccoli comuni, dove non esistono dirigenti e quindi non si applica il «galleggiamento» (vd. art. 41, comma 5, Ccnl 16 maggio 2001) che equipara la retribuzione del segretario al dirigente di vertice. Sul punto vd. P. Monea, M. Mordenti, *Dirigenza ai segretari senza nuovi costi*, *Il Sole 24 Ore*, 4 novembre 2013, p. 10.

(33) Per esigenze di chiarezza dell'analisi, si riporta qui di seguito il testo completo della dichiarazione congiunta: «Le parti – in considerazione dello specifico ruolo apicale assegnato dall'ordinamento al segretario comunale e provinciale e in particolare delle funzioni di sovrintendenza allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e di coordinamento delle relative attività – si danno reciprocamente atto della incoerenza di una assimilazione della figura del segretario al personale non dirigenziale, conseguentemente di una collocazione contrattuale di tale categoria nell'ambito del comparto di personale non dirigente.

Conseguentemente, le parti, nell'ambito dei distinti ruoli e delle reciproche competenze e responsabilità, assumono i seguenti impegni:

– Le Oo.Ss. si impegnano nelle competenti sedi di contrattazione collettiva quadro al futuro inserimento del Ccnl dei segretari comunali e provinciali in specifica sezione della competente area contrattuale della dirigenza;

– L'Aran si impegna, nell'ambito delle proprie competenze, ad assumere tutte le iniziative di informazione e supporto nei confronti del Comitato di settore e del Governo per la citata futura collocazione contrattuale dei segretari comunali e provinciali».

normative sul punto, facendo assumere agli impegni programmatici del marzo 2011 le caratteristiche di obbligo precettivo a intraprendere le iniziative necessarie alla collocazione dei segretari nell'area della dirigenza.

4. — *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego e la (ridotta) autonomia delle parti negoziali* — L'assimilazione dei segretari all'area dirigenziale operata dal Tribunale va considerata alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2009 (cd. «riforma Brunetta»), con riferimento alla residua autonomia negoziale delle parti sociali rispetto alle significative limitazioni derivanti dalla rinnovata disciplina di legge; ai numerosi elementi di specialità che contraddistinguono il contratto collettivo nel pubblico impiego (34), si sono aggiunti infatti una serie di ulteriori limiti rispetto alle materie (35) e soprattutto alla struttura della contrattazione collettiva (36).

In particolare, la modifica apportata all'art. 43, d.lgs. n. 165/01 (37), prescrive la definizione da parte della contrattazione collettiva di «un massimo» di quattro comparti, cui corrispondono «non più di quattro» aree dirigenziali separate (38).

(34) Tra i quali l'imposizione della forma scritta, la pubblicazione dei contratti in *Gazz. Uff.*, il potere preventivo della Corte dei conti, la cui certificazione è condizione di efficacia della clausole contrattuali, la possibilità di prevedere clausole di proroga o di sospensione dell'esecuzione del contratto in caso di esorbitanza dei limiti di spesa (art. 48, comma 3, Tupi), nonché la disciplina per controversie in materia di interpretazione dei contratti collettivi (art. 64 Tupi).

(35) Nel precedente assetto, la prospettiva vigente era quella di una negoziabilità di tutte le materie e gli istituti connessi (anche in maniera indiretta) al rapporto di lavoro, e di un'esclusione per specifiche materie previste dalle norme del d.lgs. n. 165/01. Le modifiche agli artt. 5 e 9, d.lgs. n. 165/01, escludono, significativamente, le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale, e alle vicende e prerogative dirigenziali e consentono la contrattazione «negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge» in materia di sanzioni disciplinari, valutazione delle prestazioni, mobilità e progressione economica. Vd., *amplius*, A. Topo, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Cedam, Padova, 2008, pp. 131 ss.

(36) La riforma ha sostanzialmente provocato una «ripubblicizzazione» del sistema di contrattazione collettiva e dei suoi limiti, riaffermando la supremazia della legge sulla fonte convenzionale, riducendo gli spazi d'intervento della fonte collettiva e prevedendo la possibilità di una regolazione unilaterale di ulteriori materie. Appare quindi messo in discussione il progressivo avvicinamento della disciplina del lavoro nel settore pubblico a quello del lavoro subordinato nell'impresa privata basatosi proprio sulla valorizzazione dell'autonomia negoziale, nonostante la volontà (esplicitata sia nella legge delega, sia nella relazione ministeriale di accompagnamento al decreto delegato) di far convergere le discipline del lavoro pubblico e del lavoro privato. Con specifico riferimento alla struttura della contrattazione il legislatore è intervenuto oltre che sulla definizione dei comparti anche nella modifica della durata dei contratti, e nella revisione del sistema dei controlli, con specifico riferimento alla contrattazione integrativa. A. Alaimo, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e «blocchi»: dalla «riforma Brunetta» alla «manovra finanziaria» 2010*, in *Lav. pubbl. amm.*, fasc. 2, 2010, pp. 288 ss.

(37) Vd. art. 54, d.lgs. n. 150/09. Il riassetto della struttura della contrattazione collettiva viene completato dalla riduzione dei Comitati di settore, titolari di (rafforzati) poteri di indirizzo nei confronti dell'Aran (art. 41, d.lgs. n. 165/01).

(38) Nel sistema precedente alla riforma le parti negoziali godevano di ampia autonomia

Tale ridefinizione degli ambiti della contrattazione collettiva deriva dalla volontà di definire i processi negoziali in uno spazio dai confini certi (39), al fine di omogeneizzare la disciplina giuridica ed economica di base (40) e di accelerare i tempi di rinnovo. Le caratteristiche delle funzioni della dirigenza, oggetto di un rafforzamento dell'autonomia organizzativa e decisionale da parte della «riforma Brunetta», vengono quindi collegate alla possibilità per queste figure di essere ricomprese nell'unica area contrattuale separata rispetto al resto del comparto, e il divieto di negoziazione di aree ulteriori discenderebbe dalla necessità di evitare una proliferazione di discipline diversificate e non giustificate da esigenze specifiche, non in linea con gli obiettivi di «razionalizzazione» della riforma.

La riforma è in grado di incidere significativamente anche per quel che riguarda i soggetti legittimati alla partecipazione alla procedura contrattuale: se da un lato viene «sottratta» alla contrattazione collettiva la definizione del numero dei comparti e delle aree dirigenziali (41), sono invece confermate le previsioni dell'art. 43, d.lgs. n. 165/01, per definirne in sede negoziale la composizione (42). La competenza delle Oo.Ss. che raccolgano almeno il 5% di rappresentatività in almeno 2 comparti o 2 aree appare inalterata, con la conseguenza da un lato della semplificazione della delegazione sindacale per le trattative nazionali, e dall'altro della tendenziale esclusione di sigle sindacali di natura categoriale – come l'Unscp – che, pur «iperrappresentative» nell'ambito della tipologia professionale al quale si rivolgono, non riescano a raggiungere soglie significative di rappresentatività non essendo possibile la previsione da parte dell'autonomia collettiva di aree di con-

nella configurazione dei comparti, fermi restando i criteri definitori dell'affinità od omogeneità dei settori, che invece non appaiono conservati dall'intervento riformato, determinando un'omogeneizzazione delle contrattazioni per amministrazioni strutturalmente e funzionalmente anche molto diverse tra di loro. Vd. G. Natullo, *Fonti statali e contrattazione collettiva del lavoro pubblico*, *Ist. fed.*, n. 5/6, 2009 pp. 689-690, e U. Carabelli, *La «riforma Brunetta»: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, *W.P. Csdlle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 101/2010, nonché C. Zoli, *La struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, fasc. 6, 2011, p. 861.

(39) A. Viscomi, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, p. 49.

(40) R. Soloperto, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in M. Tiraboschi e F. Verbaro (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, pp. 366 ss.

(41) L'individuazione di tre comitati di settore «prefigura» (sia pur non in termini di effettiva vincolatività giuridica) la composizione di tre comparti. Un'ulteriore prescrizione è fornita dall'art. 17, legge n. 183/10: al personale dirigenziale e non dirigenziale, trasferito e inquadrato nei ruoli della Presidenza del Consiglio dei ministri in attuazione dei d.l. n. 181/06 e n. 262/06, si applicano i contratti collettivi «del comparto della Presidenza del Consiglio dei ministri» che dovrebbe quindi mantenere la propria autonomia. Vd. R. Soloperto, *op. ult. cit.*, p. 109, e Zoli, *op. ult. cit.*

(42) Vd. F. Carinci, *Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico «privatizzato»*, in *W.P. Csdlle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 191/2013, p. 10, che sottolinea la preferenza per la contrattazione di area dirigenziale e di comparto, rispetto a quella interconfederale, vincolata alla previsione di quattro comparti e quattro aree, e quella integrativa, sottoposta a un'intensa attività di controllo con riguardo alla sua compatibilità economico-finanziaria (art. 40-bis).

trattazione ulteriori rispetto a quelle identificate in maniera eteronoma dal d.lgs. n. 150/2009 (43). La «riforma Brunetta» prevede inoltre la presenza di sezioni contrattuali per «specifiche professionalità» (44); relativamente alla prospettiva di un inquadramento del genere, la figura dei Scp appare in possesso del requisito previsto dalla normativa quando si considerino, oltre il ruolo e le funzioni già analizzate, l'accesso tramite concorsi, l'acquisizione delle idoneità per la progressione di carriera e il requisito dell'iscrizione all'albo ai fini della nomina.

L'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/09 non comporta quindi necessariamente il superamento delle specificità della figura dei segretari, ma impone di ricondurre la categoria all'interno di uno degli ambiti espressamente previsti dal legislatore; in tal senso è necessario verificare se l'«assimilazione» in via giudiziaria implichi come unico esito la collocazione nell'area della dirigenza (45) della contrattazione relativa ai segretari, o se una formulazione come quella del Tribunale di Roma non debba essere rimodulata nel senso della sussistenza di un'autonoma sezione contrattuale (46), la cui collocazione sarebbe, per quanto concerne la controversia in oggetto, nell'area dirigenziale e non già nell'ambito del personale del comparto.

(43) Nonché la possibile esclusione di soggetti sindacali in precedenza ammessi per l'aumento della base di calcolo su cui applicare le regole per la misurazione della rappresentatività sindacale nel comparto o area. Vd. R. Soloperto, *op. ult. cit.*, pp. 370 ss., e *infra*.

(44) Prima della riforma, l'art. 40, comma 2, d.lgs. n. 165/01, stabiliva che «i professionisti degli Enti pubblici [...] costituiscono [...] unitamente alla dirigenza, in separata sezione, un'area contrattuale autonoma, nel rispetto della distinzione di ruolo e funzioni», mentre la disciplina attuale impone la costituzione di una sezione contrattuale solo relativamente alla dirigenza del ruolo sanitario del Ssn: la caratterizzazione di sezione «professionale» (basata su caratteristiche oggettive della figura) piuttosto che «contrattuale» (identificata dall'autonomia collettiva) dovrebbe impedire la costituzione di sezioni finalizzate a replicare nel nuovo assetto specifici istituti economici e normativi definiti nei precedenti contratti collettivi. La precedente formulazione dell'art. 40, comma 2, d.lgs. n. 165/01, prevedeva altresì la previsione di sezioni contrattuali di comparto per figure professionali in posizione di elevata responsabilità e con compiti di direzione o di ricerca tecnico-scientifica; in sede di giudizio l'Aran aveva ipotizzato l'inclusione della categoria dei Scp proprio in una di queste sezioni di comparto, sulla base in particolare dell'art. 10 del d.l. n. 4/06, che inseriva all'art. 40 del Tupo un comma 2-*bis* (non confermato in sede di conversione), il quale prevedeva che fosse stabilita una disciplina distinta in sede di comparto per i Scp, e che fossero ammesse alle trattative le organizzazioni rappresentative di comparto ai sensi dell'art. 43 «le organizzazioni sindacali rappresentative dei segretari comunali e provinciali», salvaguardando il diritto alla negoziazione delle associazioni sindacali categoriali e confermando l'autonomia della figura in questione.

(45) Sulla base di elementi quali responsabilità gestionali, funzioni di controllo e, in particolare, sugli eventuali compiti di capo delegazione all'interno dei processi negoziali (vd. *supra*, par. 3). Tale «naturale» ricomprensione sarebbe anche confermata dall'impegno sottoscritto in sede di conclusione del Ccnl per il biennio 2008-2009 (nonché dalle previsioni del disegno di legge – da ultimo ritirato – che prevedeva la modifica dell'art. 97).

(46) Va altresì sottolineato come da un lato la sentenza non entri nel merito delle distinzioni interne all'albo dei segretari, ma d'altro canto i vari livelli di idoneità e trattamento delle varie tipologie di Scp non appaiono sufficienti a integrare una sostanziale differenza di professionalità che renda necessaria la previsione di autonome sezioni contrattuali.

Una tale soluzione, derivante dagli elementi che evidenziano le specifiche professionalità della figura in questione, caratterizzerebbe l'autonomia della categoria «paradirigenziale» in oggetto già sottolineata dal Tribunale (47), lasciando intatta la possibilità per l'autonomia collettiva di prevedere sezioni ulteriori sulla base dal nuovo art. 40, comma 1, d.lgs. n. 165/01.

In mancanza di un intervento sui criteri e modalità di selezione dei soggetti sindacali in ambiti endocompartmentali, la normativa attuale ancora tuttavia la definizione delle sezioni, e la conseguente verifica della rappresentatività, al solo livello di comparto (48). In una prospettiva *de iure condendo* (49), una volta che venga istituita una sezione contrattuale di comparto o di area, appare adeguato verificare e misurare la rappresentatività all'interno della stessa; analogamente, a seguito dell'identificazione in via giudiziaria di un ambito contrattuale assimilato a un'area, o riconducibile a un'autonoma sezione contrattuale – definita quindi sulla base delle specifiche professionalità connesse alla figura oggetto dell'inquadramento –, la verifica e misura della rappresentatività dovrebbero essere condotte nell'ambito così identificato.

Stefano Guadagno

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Milano

(47) Il riferimento in questo caso è alla conclusione nel senso che i Scp non rientrano infatti nell'area dei dirigenti «ma in altra, autonoma, distinta eppur affine».

(48) Anche una nuova rilevazione all'interno dell'area dirigenziale non garantirebbe in ogni caso la partecipazione dei soggetti sindacali di minore consistenza numerica, posto che tale «penalizzazione» deriva da una precisa scelta legislativa che ha collegato la maggiore rappresentatività ai fini della selezione dei soggetti sindacali al possesso obiettivo da parte dell'associazione sindacale di precisi indici quantitativi. *In casu*, appariva pacifico il raggiungimento da parte dell'Unscp delle soglie di rappresentatività ex art. 43, d.lgs. n. 165/01, anche in caso di «assorbimento» dei Scp nell'area dirigenziale degli Enti locali; tuttavia, oltre all'allargamento della base di verifica della rappresentanza a tutto il personale dell'area, emerge dalla riforma l'accorpamento con ulteriori nuclei di dirigenza nell'ambito della significativa riduzione dei comparti, il che può comportare dei significativi effetti relativamente alla selezione dei soggetti abilitati alla negoziazione. Vd. L. Zoppoli, *Legge, contratto collettivo e circuiti della rappresentanza nella riforma «meritocratica» del lavoro pubblico*, in *Ist. fed.*, n. 5/6, 2009, p. 683.

(49) Va sottolineato – nella prospettiva della riapertura delle trattative contrattuali in ambito pubblico, sia pure per la sola parte normativa, introdotta dalla legge di stabilità 2014 (art. 1, comma 453, legge n. 147/2013) – che la modifica della struttura di verifica della rappresentatività non possa essere l'oggetto di aggiustamenti tramite un provvedimento correttivo del d.lgs. n. 150/09 ma solo tramite una norma di legge, non essendo desumibile dai criteri di delega presenti nella legge n. 15/09 alcun principio che permetta di agire sul sistema della rappresentatività; l'opportunità di un riassetto complessivo della struttura prevista dalla riforma esula tuttavia dall'ambito dell'analisi condotta in questa sede.

CONTROVERSIE DI LAVORO

I

TRIBUNALE RAVENNA, 18 marzo 2013, ord. – Est. Riverso – L. (avv. X) c. Marcegaglia (avv. Y).

Controversie di lavoro e previdenza – Licenziamento individuale – Nuovo rito – Procedimento cautelare ex art. 700 cod. proc. civ. – Compatibilità.

Licenziamento individuale – Tutela reale – Insussistenza del fatto – Discriminatorietà e illiceità – Proporzionalità della sanzione.

Il nuovo rito in materia di licenziamenti introdotto dall'art. 1, commi 47 ss., della legge 28 giugno 2012, n. 92, non esclude la compatibilità del procedimento cautelare ex art. 700 cod. proc. civ. ove sussista un periculum qualificato. (1)

L'insussistenza del fatto contestato o la sussistenza di un fatto che non abbia rilevanza come giusta causa (inteso, dunque, come nudo fatto materiale o semplicemente come «pezzi di fatto giuridico») e che non sia tipizzato come ipotesi di illecito nei contratti collettivi determina l'illegittimità del recesso e l'applicazione della tutela reale. Parimenti, la tutela reintegratoria è da riconoscersi ove il licenziamento sia comminato per fini di discriminazione sindacale o risulti illecito poiché animato dall'unico scopo di nuocere al lavoratore. (2)

II

TRIBUNALE ROMA, 4 marzo 2013, Sez. lav., ord. – Est. Armone – T.Q. (avv. X) c. Angel Service Centro Società Cooperativa (avv. Y).

Licenziamento individuale – Proporzionalità – Giusta causa – Condotte di modesta gravità – Sanzioni conservative.

Il licenziamento disciplinare è illegittimo e deve essere applicata la tutela reintegratoria di cui all'art. 18, comma 4, legge 20 maggio 1970, n. 300, se nessuno degli addebiti integra gli estremi della giusta causa di licenziamento adottata dal datore di lavoro, ma gli stessi siano riconducibili a fattispecie punibili con sanzioni conservative ai sensi del contratto collettivo applicato. (3)

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

(1-3) COMPATIBILITÀ DEL GIUDIZIO CAUTELARE CON IL RITO «FORNERO»
E LICENZIAMENTO PER INSUSSISTENZA DEL FATTO

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Sull'ammissibilità del rito cautelare. — 3. Sull'insussistenza del fatto contestato. — 4. Profili di discriminatorietà e illiceità del recesso. — 5. Sulla proporzionalità della sanzione espulsiva. — 6. Riconducibilità degli addebiti alle sanzioni conservative previste dal Ccnl.

1. — *Il caso* — Le ordinanze in esame, emesse l'una a seguito di un ricorso *ex art. 700 cod. proc. civ.* l'altra a seguito di un ricorso *ex art. 1, comma 48, legge 28 giugno 2012, n. 92 (cd. rito Fornero)*, traggono origine da due casi di licenziamento disciplinare.

L'ordinanza del Tribunale di Ravenna, in particolare, ha a oggetto una vicenda che lo stesso giudicante non esita a definire di disarmante banalità: un operaio addetto alla pulizia degli spazi aziendali (in particolare della zona direzionale, ivi compresi i davanzali delle finestre) viene licenziato per aver rinvenuto un paio di scarpe antinfortunistiche abbandonate su un davanzale di una finestra di una delle palazzine sede degli uffici amministrativi e averle consegnate ad altra lavoratrice, dipendente di una ditta appaltatrice, che ne era sprovvista.

Il giudice ordina la reintegrazione del ricorrente, in virtù di una pluralità di vizi del recesso: illegittimità per insussistenza del furto contestato; discriminatorietà e illiceità del recesso; sproporzione della sanzione espulsiva adottata in considerazione della lievità del fatto.

La seconda ordinanza emessa dal Tribunale di Roma ha a oggetto il licenziamento di un lavoratore addetto al servizio cuccette sui treni, per l'aver questi: occupato un compartimento destinato ai viaggiatori rendendosi irreperibile durante la tratta notturna; tenuto un comportamento indecoroso nei confronti del personale Trenitalia; apostrofato con parole ingiuriose un collega; omissso il servizio sveglia e distribuzione giornali e colazioni.

Anche in questo caso il giudice ordina la reintegrazione del lavoratore ritenendo sproporzionata la sanzione irrogata, tenuto conto dell'insussistenza di alcune delle contestazioni e della modesta gravità delle altre, tale da non incrinare irrimediabilmente la fiducia datoriale e, dunque, da non integrare gli estremi della giusta causa, dovendosi invece applicare sanzioni di natura conservativa.

2. — *Sull'ammissibilità del rito cautelare* — La prima ordinanza relativa al licenziamento dell'operaio addetto alle pulizie, come già anticipato, viene emessa in seguito alla presentazione di un ricorso *ex art. 700 cod. proc. civ.*

Il giudice di Ravenna chiarisce che la scelta del rito cautelare urgente appare ampiamente giustificata alla luce del pregiudizio, grave e irreparabile, che il ritardo nell'adozione della tutela potrebbe provocare per il ricorrente, tenuto conto della sua particolare situazione personale.

A rilevare non è soltanto la condizione fisica del lavoratore (gravemente invalido), ma anche la situazione familiare del medesimo: egli è padre affidatario di tre figli (di cui uno portatore di handicap) ed è genitore monoreddito separato, sicché la presenza del suo reddito determina la sopravvivenza dell'intera famiglia.

Ne deriva che il caso in commento configura un vero e proprio esempio di scuola di quelle ipotesi, seppur residuali, come affermato dallo stesso Tribunale, in cui la tutela sommaria (ma non cautelare) stabilita da *cd. rito Fornero* può essere anticipata da una tutela urgente *ex art. 700* in presenza di un *periculum* qualificato (In tal senso, si v.: Trib. Lecce 20 dicembre 2012, in *Riv. crit. dir. lav.*, IV, 2012, pp. 1075 ss.; Trib. Perugia 9 novembre 2012, in *Lav. pubbl. amm.*, fasc. VI, 2012, pp. 1117 ss.; Trib. Bari 17 ottobre 2012, in *Foro it.*, 2013, II, p. 674; *contra*, Trib. Monza 10 ottobre 2012 e Trib. Bologna 25 ottobre 2012, in *q. Riv.*, 2013, II, pp. 167 ss.; in dottrina, in senso conforme alla pronuncia in commento, A. Vallobona, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, p. 75).

3. — *Sull'insussistenza del fatto contestato* — Il Tribunale di Ravenna mette in luce il carattere quasi «lunare» del provvedimento espulsivo adottato, stante la leggerezza che contraddistingue il recesso e la «distanza siderale in cui si pone rispetto a ogni ordine di grandezza e proporzione».

Il provvedimento aziendale deduce la sussistenza di un furto (sul piano sia soggettivo che oggettivo), ma il giudice evidenzia, innanzitutto, che il fatto che le scarpe si trovassero sul davanzale della finestra, e non per terra, non è di per sé idoneo a integrare il reato di furto sul piano oggettivo. Le scarpe erano fuori posto, inzuppate d'acqua e non conservate nell'apposita scatola in ufficio, circostanze che, dunque, hanno autorizzato la rappresentazione soggettiva del ricorrente e del suo collega in termini di oggetti abbandonati e da smaltire.

Il giudice non ravvisa neppure la sussistenza dell'elemento soggettivo del furto, illecito doloso per eccellenza; il ricorrente non ha agito con l'intenzione di appropriarsi delle scarpe; anzi, egli non ha agito per profitto (proprio o altrui), ma piuttosto per fini aziendali, consegnando le scarpe a una lavoratrice, dipendente di una ditta appaltatrice, che ne era sprovvista.

A tale ultimo proposito, il Tribunale di Ravenna individua nel comportamento del lavoratore un gesto a dir poco utile per la stessa società datrice di lavoro che, in qualità di committente, sarebbe responsabile e, in ogni caso, corresponsabile dell'idoneità dei mezzi di protezione in dotazione dei lavoratori (anche delle imprese appaltatrici) ai sensi dell'art. 26 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 [Sull'argomento, si v.: A. Federici, *Appaltatori e subappaltatori*, in M. Persiani e M. Lepore (di-

retto da), *Il nuovo diritto della Sicurezza sul lavoro*, Milano, 2012, pp. 251 ss.; P. Tullini, *Obblighi connessi ai contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione*, in L. Montuschi (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Zanichelli, Torino, 2011, pp. 266 ss.].

Tutto ciò porta il giudice a negare la sussistenza del fatto contestato con il licenziamento, sulla base della nozione di fatto contenuta nel novellato art. 18, legge 20 maggio 1970, n. 300.

Nella sentenza in commento si evidenzia come la nozione di fatto valevole ai fini della scelta della sanzione debba comprendere tutto il fatto nella pienezza dei suoi elementi costitutivi (sia oggettivi che soggettivi), alla luce della nozione di giusta causa valevole per la fattispecie considerata (secondo la legge e il Ccnl).

Pertanto se il danno non sussiste il giudice deve reintegrare il lavoratore.

4. — *Profili di discriminatorietà e illiceità del recesso* — Nonostante l'accertamento dell'insussistenza del fatto contestato, di per sé sufficiente a determinare l'applicabilità della tutela reale, il giudice di Ravenna riconosce il diritto del lavoratore alla tutela reintegratoria anche in virtù degli ulteriori vizi, dedotti in giudizio, relativi al carattere discriminatorio (per motivi sindacali) e illecito del recesso.

In particolare, il fine illecito che connota il provvedimento è maturato in un contesto in cui la società datrice vive rapporti «tesi» con la Fiom sin dal 2011 per una vicenda che vede tale sindacato quale unico soggetto pronto a contrastare il progetto aziendale di avvalersi di 50 lavoratori distaccati da una società di comodo per poterli pagare meno.

Il ricorrente è un lavoratore iscritto proprio alla Fiom e già da tempo indicato come candidato per l'elezione delle Rsu.

Prima dell'intimazione del recesso, in occasione di una riunione interna, uno dei dirigenti della società datrice espressamente richiede alla Fiom di non candidare il lavoratore per le elezioni della Rsu.

Si tratta di un atto abusivo da parte della società datrice, che assume un rilievo particolare se si considerano i rapporti già tesi tra la società e la Fiom e ancora tra la società e il ricorrente, a causa di un ulteriore contenzioso promosso da questi nei confronti della società, comprovati dalla circostanza che per episodi analoghi a quello contestato al ricorrente, e anzi in concreto assai più gravi, la società ha comminato sanzioni più lievi.

La disparità di trattamento riservato al lavoratore rispetto al suo collega presente al momento dei fatti è altresì comprovata dalla circostanza che quest'ultimo non è sanzionato, così come l'operaia assegnataria delle scarpe che le ha lasciate sulla finestra e anche l'altra lavoratrice dell'impresa appaltatrice, cui sono state consegnate le scarpe (oggetto di furto, a detta della società).

L'episodio contestato è il pretesto della società per liberarsi del lavoratore.

Tale sospetto è avvalorato dalle modalità con cui è stata strutturata la lettera di recesso, intimato «per giusta causa o in subordine per giustificato motivo soggettivo» allo scopo di offrire al lavoratore un elemento per avviare una trattativa che conducesse alla risoluzione del rapporto «sia pure con l'erogazione di un indennizzo e sfruttando l'enorme incertezza che connota la nuova formulazione

dell'art. 18 quanto alla demarcazione della tutela reale e di quella meramente monetaria».

Il giudice, dunque, sulla base di tutti gli elementi evidenziati accerta la natura discriminatoria del licenziamento, anche in riferimento all'art. 15 dello Stat. lav. che vieta ogni atto diretto a pregiudicare un lavoratore a causa della sua attività o affiliazione sindacale, nonché la sua natura illecita in quanto animato dall'unico scopo di nuocere al lavoratore (Sulla nullità del licenziamento per ragioni sindacali, con particolare riferimento alla nullità per unicità del motivo illecito che non concorre con una giusta causa ai sensi dell'art. 2119 cod. civ. né con un giustificato motivo soggettivo, si v.: Cass. 22 agosto 2003, n. 12349, in *Not. giur. lav.*, 2004, I, pp. 1 ss.; Cass. 26 maggio 2001, n. 1788, in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 795; sul concetto di «attività sindacale» si v. M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2012, p. 348; già in giurisprudenza: Cass. 25 luglio 1998, n. 7331, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2751; in tema di discriminazione sindacale: Cass. 9 settembre 2008, n. 22893, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 997). In entrambi i casi la tutela da applicare è quella dell'art. 18 (Più in generale sulle prime applicazioni giurisprudenziali del novellato art. 18, anche in tema di licenziamento nullo, si v. M. Ferraresi, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, n. 2, pp. 338 ss.; sui profili di incostituzionalità del novellato art. 18 Stat. lav., anche in tema di licenziamento nullo, si v. G. Cannati, *Profili di incostituzionalità della riforma sui licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 199 ss.).

5. — *Sulla proporzionalità della sanzione espulsiva* — il Tribunale di Ravenna conclude poi la sua ordinanza evidenziando l'importanza del ruolo mantenuto dal principio di proporzionalità nel nuovo apparato di tutela disposto dall'art. 18 Stat. lav., perché è la legge a prescrivere che dinanzi a un fatto tipico punito lievemente (da contratti collettivi ovvero da codici disciplinari), il giudice deve applicare la reintegra; ne deriva che, per identità di *ratio*, il giudice deve applicare lo stesso criterio anche quando il fatto tipico esiste ma non è in concreto grave e ci si trova in assenza di una qualsiasi tipizzazione come ipotesi di illecito nei contratti collettivi o nel codice disciplinare.

Ciò perché, a detta del Tribunale di Ravenna, «non si può giustificare dinanzi a un fatto lieve un trattamento differente: l'applicazione della reintegra se il fatto lieve è previsto nel contratto collettivo e, invece, se il fatto lieve è accertato come tale dal giudice in carenza di una puntuale tipizzazione si debba applicare soltanto la tutela obbligatoria» (In tal senso in dottrina V. Speciale, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 165/2012, p. 39, secondo l'Autore: «quando il “fatto sussiste” e non si può applicare una sanzione diversa dal licenziamento in base al contratto collettivo, al codice disciplinare o al giudizio di proporzionalità ai sensi dell'art. 2106 cod. civ., vi saranno due possibilità. Il magistrato potrà ritenere che il comportamento contestato configura una giusta causa o giustificato motivo di recesso e quindi confermerà il licenziamento. Oppure potrà ritenere che la condotta abbia

una gravità “intermedia” tra quella che richiederebbe, ad esempio, una multa o una sospensione e quella che invece legittimerebbe il recesso. In tale situazione, il giudice dichiarerà l’insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, ma accerterà l’effetto risolutivo del rapporto e condannerà al risarcimento del danno. In quest’ultimo caso applicherà il comma 5 del nuovo art. 18»; *contra*, R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, pp. 1064 ss.; più in generale sulla rilevanza dell’art. 2106 cod. civ. nella novellata formulazione dell’art. 18 Stat. lav. si v.: A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 442 ss.; l’Autore osserva, però, contrariamente a quanto previsto nella ordinanza in commento, che «una volta assodata la sussistenza del fatto e l’assenza di una sua univoca tipizzazione ai fini dell’applicazione di una sanzione conservativa, ciò è sufficiente a escludere subito l’applicazione della reintegrazione anche se l’indagine del giudice proseguirà per riscontrare gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo e, in questa ipotesi, per condannare il datore di lavoro all’indennità risarcitoria onnicomprensiva», cit., p. 440).

Dunque, con una ricostruzione che sembra svuotare di significato il comma 5 dell’art. 18 Stat. lav., il giudice evidenzia che anche a voler considerare sussistente il fatto addebitato al lavoratore, nonostante l’assenza di una qualsivoglia tipizzazione come ipotesi di illecito nei contratti collettivi e in considerazione della rilevanza del principio di proporzionalità, esso non può che determinare l’applicazione della tutela reintegratoria.

6. — *Riconducibilità degli addebiti alle sanzioni conservative previste dal Ccnl* — Anche l’ordinanza del Tribunale di Roma riconosce l’applicazione della tutela reintegratoria di cui al comma 4 dell’art. 18 Stat. lav., ma sul diverso e più lineare presupposto che il licenziamento sia sproporzionato rispetto ai fatti contestati e accertati poiché gli stessi non integrano gli estremi della giusta causa, ma rientrano tra le ipotesi del Ccnl che prevedono l’applicazione di sanzioni conservative.

Le condotte addebitate al lavoratore addetto al servizio cuccette (omissione del servizio sveglia ai viaggiatori, spostamento in una carrozza destinata ai viaggiatori), a detta del giudice sono di modesta gravità e non appaiono in grado di incrinare irrimediabilmente la fiducia datoriale e sono da ricondurre al più a sanzioni di tipo conservativo.

Del resto lo stesso contratto collettivo applicato dalla società punisce con la sanzione espulsiva le condotte negligenti o tenute in violazione di leggi solo se dalle stesse sia derivato un pregiudizio alla sicurezza dell’esercizio con gravi danni al materiale, all’armamento e a cose di terzi, o anche con gravi danni alle persone.

Anche per quanto riguarda l’espressione ingiuriosa rivolta dal lavoratore al suo collega, il giudice accerta che si tratta di condotta non idonea a mettere in crisi irrimediabilmente il rapporto lavorativo, trattandosi al contrario di ipotesi sanzionata dal Ccnl con sanzione conservativa ostativa all’applicazione di una espulsiva: le ingiurie contro altri dipendenti aziendali sono punite, se gravi, con la sospen-

sione dal servizio e dalla retribuzione da otto a dieci giorni, se non gravi, con la sospensione da uno a quattro giorni.

Ancora, quanto alla condotta di lieve insubordinazione nei confronti del capo-servizio, il giudice riconosce la natura sarcastica e non offensiva delle frasi pronunciate dal lavoratore e riconosce che, in ogni caso, ancora una volta ci si trova dinanzi a condotte al più punibili con sanzioni conservative.

Il Ccnl applicato prevede che atti, comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, lesivi della dignità della persone nonché le minacce, le ingiurie gravi e le manifestazioni caluniose e diffamatorie, sono puniti con la sospensione dal servizio, mentre solo le condotte che sfociano in vie di fatto o che provocano risse nel luogo di lavoro determinano l'incorrere nel recesso datoriale.

Il giudice conclude, pertanto, per l'illegittimità della sanzione espulsiva ben conscio del fatto che le ipotesi di licenziamento per giusta causa, previste dalla contrattazione collettiva, non sono tassative ma hanno valenza meramente esemplificativa e, perciò, non precludono al giudicante di valutare la proporzionalità della misura e l'idoneità della condotta a far venir meno il rapporto fiduciario tra lavoratore e datore, nonché di analizzare la condotta contestata alla luce delle norme della contrattazione collettiva che prevedono sanzioni disciplinari conservative (Per consolidato orientamento giurisprudenziale, ampia è la discrezionalità dei giudici nella specificazione in sede interpretativa della nozione di giusta causa e di proporzionalità della sanzione disciplinare, poiché clausole generali: Cass. 13 dicembre 2010, n. 25144, in *Resp. civ. prev.*, 2011, fasc. 11, p. 2313; nello stesso senso Cass. 2 novembre 2005, n. 21213, in *Arg. dir. lav.*, 2006, I, p. 903).

Il Tribunale di Roma riconosce, dunque, la natura illegittima del provvedimento espulsivo e l'applicazione della sanzione di cui al comma 4 dell'art. 18 Stat. lav. con condanna della società al pagamento di un'indennità risarcitoria non superiore a 12 mensilità, detratto *l'aliunde perceptum*. Ciò anche nella ipotesi in cui, non essendo accertata la giusta causa, si valuti la sussistenza di un giustificato motivo soggettivo come richiesto dalla società datrice.

Anche per questa seconda ipotesi il giudice accerta l'illegittimità del recesso e conferma la tutela reintegratoria ma in considerazione del fatto che la riconducibilità delle sanzioni contestate alle previsioni del contratto collettivo relative alle sanzioni conservative è vincolante anche per l'ipotesi del notevole inadempimento.

In conclusione, è possibile affermare che se la decisione del Tribunale di Roma rappresenta una più lineare applicazione del disposto di cui al comma 4 dell'art. 18, al contrario l'ordinanza del Tribunale di Ravenna sembra forzare il significato della norma testé richiamata, svuotando di significato il comma 5 dell'art. 18 Stat. lav.

Milena Talarico

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

CASSAZIONE, 19 settembre 2013, n. 21454, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Blasutto, P.M. Romano (diff.) – B.U. (avv.ti Bologna, Giuntoli) c. Inps (avv.ti Riccio, Valente, Preden).
Cassa Corte d'App. Firenze, 4 aprile 2008.

Pensione – Erronea comunicazione al lavoratore della posizione contributiva utile – Anticipata cessazione del rapporto di lavoro – Responsabilità dell'ente previdenziale – Natura contrattuale – Difetto di diligenza dell'assicurato – Diminuzione del danno risarcibile.

La buona fede quale criterio di comportamento opera non soltanto in rapporti obbligatori di diritto privato ma anche in quelli tra pubblici poteri e cittadino. Essa, infatti, esprime un principio costituzionale non scritto ma ricavato dall'art. 3 cpr. Cost., e vincola la pubblica amministrazione a rispettare, così nell'esercizio dei poteri autoritativi come nell'ambito dei rapporti contrattuali, l'affidamento e l'attendibilità delle sue dichiarazioni. Sussiste perciò l'obbligo, a carico dell'amministrazione, di non frustrare la fiducia di soggetti titolari di interessi indisponibili, tra l'altro fornendo informazioni errate o anche dichiaratamente approssimative. Queste ultime, in particolare, non sono conformi a correttezza in quanto rese da enti pubblici dotati di potere di indagine e certificazione, nonché incidenti su interessi al conseguimento e godimento di beni essenziali della vita, come quelli garantiti dall'art. 38 Cost.

La provvisorietà o comunque l'incertezza dei dati raccolti deve distogliere l'ente pubblico dal comunicarli in qualsiasi forma, fino al sollecito perfezionamento dei necessari accertamenti.

Il cittadino, che riceve un danno ingiusto da dichiarazioni non veritiere rese da una pubblica amministrazione, deve essere risarcito in misura diminuita ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., qualora abbia trascurato le espressioni cautelative usate dalla medesima e idonee a far dubitare dell'esattezza dei dati esposti. (1)

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

(1) CORRETTEZZA E DILIGENZA NEL RAPPORTO PREVIDENZIALE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Sulla natura contrattuale della responsabilità da errata informazione sulla posizione assicurativa. — 3. Correttezza e diligenza dell'ente previdenziale. — 4. Correttezza e diligenza dell'assicurato. — 5. Il problema del nesso causale tra informazione errata e danno patito.

1. — *Premessa* — Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione torna a occuparsi della responsabilità civile per errata informazione sulla posizione assicurativa previdenziale.

Il caso di specie, non diverso da altri, tanto da costituire un *classico* della materia previdenziale (1), è il seguente: un lavoratore, sulla base di informazioni assunte presso l'ente previdenziale in ordine alla propria posizione assicurativa, rassegna le dimissioni dal lavoro nel convincimento di aver raggiunto il requisito utile per l'accesso al pensionamento di anzianità, per venire a conoscenza – dopo l'abbandono del posto di lavoro – che l'informazione era sbagliata e che il diritto alla pensione in realtà non era ancora maturato, con la conseguente reiezione della domanda di pensione. Non avendo potuto percepire per un certo tempo né la retribuzione né la prestazione pensionistica, propone azione di risarcimento del danno patito, ma i giudici di merito respingono la domanda sul rilievo che le informazioni erano state rese a mezzo di un estratto conto assicurativo, privo della natura certificativa che la legge riconosce solo al documento rilasciato dall'ente all'esito del procedimento amministrativo regolato dall'art. 54 della legge n. 88 del 1989.

La Corte Suprema riconosce invece il diritto al risarcimento del danno, fondato sul mancato rispetto di un obbligo contrattuale di rispetto dell'affidamento e dell'attendibilità delle informazioni rese all'assicurato, anche al di fuori del procedimento amministrativo per il rilascio della certificazione dei contributi accreditati sulla posizione assicurativa, ma cassa la sentenza con rinvio per la determinazione del danno, che afferma dover essere diminuito *ex art.* 1227 cod. civ. previa verifica di eventuale carenza di diligenza del creditore.

Prima di affrontare i nuovi approdi della pronuncia, che afferiscono alla diligenza delle parti nel rapporto giuridico previdenziale, è opportuno inquadrare lo stato della giurisprudenza.

(1) Per una panoramica generale, R. Vianello, *Errata comunicazione di dati assicurativi: Responsabilità dell'Inps*, in *Lav. giur.*, 1995, p. 124; R. Vianello, *L'informazione in materia previdenziale: spunti ricostruttivi e vicende patologiche*, in *q. Riv.*, 1997, I, p. 86; P. Boer, *Responsabilità dell'ente per errate comunicazioni all'assicurato* (nota a Cass. 22 maggio 2001, n. 6995), in *q. Riv.*, 2002, II, p. 385; A. Sgroi, *L'attività di certificazione e la responsabilità dell'Inps* (nota a Cass. 24 aprile 2004, n. 7859), in *Diritto & giustizia*, 2004, p. 42; C. Gatta, *Responsabilità dell'Inps per inesatta comunicazione in ordine alla posizione contributiva dell'assicurato* (nota a Cass. 24 aprile 2004, n. 7859), in *Dir. lav.*, 2004, II, p. 325; L. Vitale, *Responsabilità dell'Inps per comunicazione erronea della posizione contributiva* (nota a Cass. 24 aprile 2004, n. 7859), in *q. Riv.*, 2005, II, p. 212; G. Madonia, *La responsabilità dell'ente previdenziale per erronee certificazioni sulla posizione assicurativa* (nota a Cass. 18 marzo 2008, n. 7291; Cass. 28 marzo 2008, n. 8118; Cass. 28 maggio 2008, n. 13977), in *Dir. merc. lav.*, 2009, p. 282.

2. — *Sulla natura contrattuale della responsabilità da errata informazione sulla posizione assicurativa* — L'affermazione giurisprudenziale del diritto del lavoratore al risarcimento del danno per erronea certificazione della posizione assicurativa previdenziale è risalente nel tempo (2), e comunque anteriore all'introduzione nel nostro ordinamento giuridico dell'art. 54 della legge n. 88 del 1989, con cui è stato espressamente previsto l'obbligo, in capo agli enti previdenziali, di comunicare agli interessati che ne facciano richiesta i dati relativi alla situazione previdenziale (3). La rilevanza dell'appena richiamato art. 54 sta invece nell'aver fornito una precisa tutela del diritto di informazione, intimamente collegato al diritto all'integrità contributiva; è infatti evidente che la conoscenza dell'effettiva propria posizione assicurativa da un lato consente al lavoratore di tutelare i propri diritti in caso di mancato adempimento dell'obbligo contributivo da parte del datore di lavoro, e dall'altro lato permette il libero esercizio del diritto di accesso alle prestazioni previdenziali, spesso subordinati alla sussistenza di requisiti non solo anagrafici ma anche assicurativi, in ossequio a una funzione selettiva che tutela chi possa far valere una copertura assicurativa di una certa consistenza e durata. Quanto al contenuto del provvedimento amministrativo la giurisprudenza ritiene che la norma comporti per l'ente previdenziale l'obbligo di fornire ai propri assicurati che ne facciano richiesta una comunicazione contenente i dati relativi alla loro posizione contributiva redatta secondo criteri di diligenza e di comprensibilità da parte di una persona che abbia un livello culturale minimo compatibile con lo svolgimento di una attività lavorativa (4).

Con l'introduzione del nuovo istituto giuridico, che garantisce un diritto all'informazione che può esser fatto valere anche a prescindere dal pensionamento, per accertare la lesione derivante dall'inadempimento (5), la dottrina e la giurisprudenza dei primi anni novanta avviano la ricerca in materia interrogandosi in primo luogo sulla natura giuridica della responsabilità, fino ad allora inquadrata nell'ambito della tutela aquiliana (6). Si afferma dunque presto, pur con qualche oscilla-

(2) Cfr. Cass. 8 ottobre 1984, n. 5031, in *Inf. prev.*, 1985, p. 43; Cass. 17 novembre 1984, n. 5882, *ivi*, 1985, p. 383; Cass. 3 aprile 1985, n. 2266, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 873, e in *Inf. Prev.*, 1985, p. 816; Cass. 15 novembre 1988, n. 6167, *ivi*, 1989, p. 405.

(3) Per un primo commento a questa norma, P. Boer, *Art. 54, legge 9 marzo 1989, n. 88 (accesso dei cittadini ai dati personali, previdenziali e assicurativi)*, in M. Persiani (a cura di), *Ristrutturazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1990, p. 786.

(4) Vd. Cass. 24 aprile 2004, n. 7859, in *q. Riv.*, 2005, II, p. 212, con nota di L. Vitale, *Responsabilità dell'Inps per comunicazione erronea della posizione contributiva*, in *Diritto & giustizia*, 2004, p. 42, con nota di A. Sgroi, *L'attività di certificazione e la responsabilità dell'Inps*; in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 478, con nota di P. Rausei, *Comunicazione erronea dell'Inps e risarcimento danni*; in *Inf. prev.*, 2004, p. 282, con nota di A. Tantillo, *Per l'inesatta certificazione pensionistica risponde l'ente previdenziale*.

(5) Cass. 21 giugno 2002, n. 9125, in *Foro it.*, 2003, I, 1359.

(6) Cfr. Cass. 11 maggio 1980, n. 3273, in *Prev. soc.*, 1980, p. 950; Cass. 3 marzo 1983, n. 1594, in *Giust. civ.*, 1984, p. 3156, con nota di B. Sconocchia, *Responsabilità dell'Inps per erronea comunicazione della posizione contributiva contenuta nel provvedimento di reiezione della pensione*; Cass. 8

zione iniziale (7), per poi consolidarsi negli anni, fino alla sentenza qui in commento, che la ribadisce, la convinzione che il danno qui in esame sia da ricondurre nell'alveo della responsabilità contrattuale, perché fondato sull'inadempimento del dovere – iscritto nel rapporto giuridico previdenziale – di fornire l'informazione sulla posizione assicurativa del lavoratore, qualora lo stesso ne faccia richiesta (8). Tra le implicazioni di questo arresto l'ampliamento del termine prescrizione, non più quinquennale ma decennale (9), e il riconoscimento dell'applicabilità del processo del lavoro, rientrando la controversia tra quelle indicate dall'art. 442 cod. proc. civ. (10). Di particolare rilievo sono poi le conseguenze che afferiscono al riparto degli oneri probatori, atteso che mentre nella responsabilità extracontrattuale il danneggiato deve provare sia il nesso di causalità tra fatto e danno che il dolo o la colpa, ove la responsabilità sia contrattuale incombe sul debitore l'onere

ottobre 1984, n. 5031, in *Inf. prev.*, 1985, p. 43; Cass. 17 novembre 1984, n. 5882, *ivi*, 1985, p. 383; Cass. 15 giugno 1988, n. 4053, in *Lav. prev. oggi*, 1989, p. 1766.

(7) Ancora per la natura aquiliana della responsabilità in esame, anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 88 del 1989, Cass. 19 agosto 1993, n. 8782, in *Inf. prev.*, 1993, p. 1157; Cass. 22 novembre 1999, n. 12941, in *Mass. giust. civ.*, 1999, p. 2323; Cass. 16 aprile 1994, n. 3635, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 217, con nota di S. Marzano, *Osservazioni in tema di risarcimento del danno al lavoratore*, Cass. 19 agosto 1993, n. 8782, in *Inf. prev.*, 1993, p. 1157; ravvisa gli elementi della responsabilità precontrattuale, Cass. 5 giugno 1998, n. 5570, in *Mass. giust. civ.*, 1998, p. 1228.

(8) Cfr. Cass. 11 giugno 1992, n. 7197, in *Giur. it.*, 1995, I, I, p. 365, con nota di S. Pagliantini, *In materia di obblighi di informazione*, Cass. 19 maggio 2001, n. 6867, in *Mass. giust. civ.*, 2001, p. 1011; Cass. 22 maggio 2001, n. 6995, in *q. Riv.*, 2002, II, p. 385, con nota di P. Boer, *Responsabilità dell'ente per errate comunicazioni all'interessato*, Cass. 8 aprile 2002, n. 5002, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 598, con nota di N. Parise, *Informazioni errate fornite dall'Inps e diritto al risarcimento degli assicurati*, Cass. 17 dicembre 2003, n. 19340, in *Inf. prev.*, 2004, p. 92; Cass. 24 aprile 2004, n. 7859, *cit.*, *sub* nota 4; Cass. 17 agosto 2004, n. 16044, in *Dir. prat. lav.*, 2005, p. 464, con nota di R. Guarriniello, *Erronea comunicazione dell'Inps e risarcimento del danno*; Trib. Napoli 10 gennaio 2006, in *Resp. civ.*, 2006, p. 687, con nota di G. Vanacore, *Responsabilità dell'ente previdenziale da errate informazioni: contributo alla causa della responsabilità da contatto*; Cass. 10 novembre 2008, n. 26925, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 11, p. 1603; Cass. 19 settembre 2011, n. 19089, in *Guida dir.*, 2011, 46, p. 80.

(9) Sottolineano questo aspetto, P. Boer, *op. ult. cit.*, p. 389; L. Vitale, *op. ult. cit.*, p. 215.

(10) Per l'applicazione del rito civile ordinario, in ossequio alla qualificazione di azione di risarcimento danni extracontrattuale cfr. Cass. 19 agosto 1993, n. 8782, in *Inf. prev.*, 1993, p. 1157; Cass. 3 aprile 1985, n. 2266, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 873; Cass. 19 maggio 1980, n. 3273, *ivi*, 1980, I, p. 2716. Per la riconduzione dell'azione in esame tra le controversie indicate dall'art. 442 cod. proc. civ. per le quali è competente il giudice del lavoro, Cass. 11 agosto 1993, n. 8613, in *Foro it.*, 1994, I, 2198, con nota di S. Menchini; Cass. 2 settembre 1996, n. 8036, in *Lav. giur.*, 1997, p. 252; Cass. 8 novembre 1996, n. 9776, in *Foro it.*, 1997, I, 1895; Cass. 3 marzo 1999, n. 1800, *ivi*, 2000, I, 1987, con nota di G. Grasso; in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 354, con nota di L. Gaudino; Pret. Cassino 16 febbraio 1998, in *Dir. lav.*, 1998, II, p. 578, con nota di R. Ranaldi, *Competenza del giudice del lavoro, obblighi di informazione sul conto individuale dell'assicurato e responsabilità dell'Ente previdenziale*, Trib. Udine 7 agosto 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1519, con nota di L. Gaudino, *La responsabilità dell'Inps per false informazioni*.

di dimostrare l'esatto adempimento, potendo il creditore limitarsi ad allegare l'inadempimento fornendo la prova della fonte del suo diritto (11).

Si spiega così la lunga fase di espansione del contenzioso in esame nel ventennio successivo: alla stregua del criterio di regolarità causale degli eventi è l'informazione errata fornita dall'ente, salvo rare eccezioni, a determinare la scelta del lavoratore di rassegnare le dimissioni, perché si deve presumere che questi non avrebbe assunto tale comportamento se avesse conosciuto la reale consistenza della propria posizione assicurativa. Ne consegue lo spostamento sull'Istituto previdenziale dell'onere di dimostrare la non imputabilità del fatto (12); prova che però costituisce caso pressoché di scuola, atteso che, come è stato attentamente osservato in dottrina, l'Inps, che risponde dei fatti dolosi e colposi dei propri dipendenti (13), dovrebbe provare che la certificazione non conforme al vero sia stata causata da fatti tecnici che non potevano essere evitati con l'apprestamento delle migliori tecniche esistenti sul mercato (14).

Posso venire a questo punto all'esame della sentenza in commento, che proverò ad affrontare nei prossimi due paragrafi, con riguardo alla concreta rilevazione degli oneri di diligenza e buona fede delle parti del rapporto giuridico previdenziale, prima con riferimento alla posizione dell'ente previdenziale e poi a quella del lavoratore danneggiato.

3. — *Correttezza e diligenza dell'ente previdenziale* — Nella prima parte della sentenza il giudice della legittimità ripropone un principio già in precedenza affermato, che riteneva sostanzialmente indifferente la modalità di comunicazione del dato (15), e si discosta dalla più recente elaborazione giurisprudenziale volta inve-

(11) Cfr. Cass., Ss.Uu., 30 ottobre 2011, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 778, con nota di P. Laghezza, *Inadempimenti e onere della prova: le Sezioni Unite e la difficile arte del rammendo*.

(12) Cfr. Cass. 19 settembre 2011, n. 19089, in *Guida dir.*, 2011, 46, p. 80; Cass. 10 novembre 2008, n. 26925, in *Lav. giur.*, 2009, p. 413; Cass. 10 novembre 2008, n. 26925, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 11, p. 1603.

(13) Per l'applicazione di questo principio al caso in esame, Cass. 15 novembre 1988, n. 6167, in *Inf. prev.*, 1989, p. 405; Cass. 11 agosto 1993, n. 8619, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 721, con nota di M. Rozzio.

(14) A. Sgroi, *L'attività di certificazione e la responsabilità dell'Inps*, in *Diritto & giustizia*, 2004, p. 44. In giurisprudenza è stato riconosciuto come errore scusabile un'informazione resa dalla pubblica amministrazione in ordine al contenuto di una normativa, perché determinato dall'adesione all'interpretazione giurisprudenziale all'epoca dominante: Cass. 9 febbraio 2004, n. 2424, in *Foro it.*, 2005, I, 1201; in *Resp. civ.*, 2004, p. 736, con nota di M. Poto, *Responsabilità della pubblica amministrazione per inesatte informazioni e rilevanza dell'errore scusabile*; in *Danno e resp.*, 2005, p. 63, con nota di M. Grondona, *Interpretazione della legge, comunicazione di informazioni inesatte e responsabilità della p.a.*; in *Corr. giur.*, 2005, p. 253, con nota di B. Di Vito, *Responsabilità della pubblica amministrazione per diffusione di informazioni inesatte*.

(15) Cfr. Cass. 17 dicembre 2003, n. 19340, in *Inf. prev.*, 2004, p. 94, che ha riconosciuto il diritto al risarcimento a seguito di informazioni errate contenuto nel provvedimento di reiezione della domanda di pensione perché «... la situazione contributiva previdenziale da certificare è sempre la stessa, sia che la certificazione venga rilasciata a seguito di specifica richiesta ex art. 54 della citata legge n. 88 del 1989, sia che venga contenuta in altro prov-

ce a configurare la responsabilità dell'ente previdenziale solo nel caso di errore contenuto in un estratto contributivo rilasciato ai sensi dell'art. 54 della legge n. 88 del 1989 (16). Paradigmatica di quest'ultimo orientamento la pronuncia – peraltro resa con la forma dell'ordinanza di manifesta infondatezza del ricorso, ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ. – con cui la Corte di Cassazione ribadiva che la responsabilità dell'ente previdenziale è ipotizzabile unicamente ove l'errata informazione sia stata resa su specifica domanda dell'interessato, e non a seguito di informale richiesta di parere, e che le informazioni siano riferibili a dati di fatto concernenti la posizione assicurativa dell'interessato: le uniche che l'ente sia tenuto a fornire, attraverso i propri funzionari, ai sensi dell'art. 54 della legge n. 88 del 1989 (17).

Osserva invece oggi la Suprema Corte come, una volta ricondotta la responsabilità in esame nell'ambito della responsabilità contrattuale, la tutela dell'affidamento del lavoratore che riceve l'informazione costituisce un principio generale, che non può essere escluso qualora l'ente previdenziale rilasci informazioni sulla consistenza della posizione assicurativa in mancanza di formale richiesta di certificazione *ex* art. 54 della legge n. 88 del 1989. In altri termini il diritto dell'assicurato di esigere, a domanda, un provvedimento formale con valore certificativo della situazione in esso descritta, e che ha quale unica finalità di fornire l'informazione sulla consistenza della posizione assicurativa, non impedisce di configurare una responsabilità contrattuale da errata informazione rilasciata in altre forme, meno solenni (18).

A ben vedere, tuttavia, a convincere meno è proprio il ripetuto richiamo alla natura contrattuale della responsabilità dell'ente, che in realtà non era in discussione neanche nelle sentenze sottoposte a critica. Probabilmente più efficace sarebbe stato ricordare la giurisprudenza che ha ritenuto di estendere la responsabilità da errata informazione sulla posizione assicurativa anche ai casi di comunicazioni effettuate da ente previdenziale avente personalità giuridica di diritto privato (19) o, attraverso la figura della responsabilità da contatto, dall'ex datore di lavoro

vedimento che comunque debba fare riferimento a quella posizione contributiva previdenziale».

(16) Il richiamo espresso è a Cass. 30 marzo 2010, n. 7683, in *Mass. giust. civ.*, 2010, 4, p. 490.

(17) In questi esatti termini, Cass. 3 febbraio 2012, n. 1660, in *Mass. giust. civ.*, 2012, 2, p. 126. In precedenza v. anche Corte d'App. Venezia 18 febbraio 2003, in *Inf. prev.*, 2003, p. 879.

(18) Riecheggia, nella motivazione della Corte, la posizione di P. Boer, *Responsabilità dell'ente per errate comunicazioni all'assicurato*, in *q. Riv.*, 2002, II, p. 391, secondo il quale «... la differenza tra le risultanze [...] dell'estratto conto ordinario e la documentazione rilasciata ai sensi dell'art. 54 sta solo in questo: che nel caso in cui l'errore sia contenuto nel certificato *ex* art. 54, esclude che l'ente possa invocare l'errore conoscibile da controparte, ed espone l'ente al risarcimento integrale del danno, mentre l'errore contenuto in una documentazione diversa consente all'ente di invocare l'errore scusabile, l'errore conoscibile da controparte con la normale diligenza, e quindi consente di sottrarsi, in tutto o in parte [...] dalla responsabilità patrimoniale, nei confronti del danneggiato».

(19) Cass. 1° marzo 2012, n. 3195, in *Guida dir.*, 2012, 18, p. 41, e in precedenza, Cass. 17 maggio 2003, n. 7743, in *Mass. giust. civ.*, 2003, p. 5.

(20), pur non essendo sicuramente a queste fattispecie applicabile l'art. 54 della legge n. 88 del 1989, che aveva come unici destinatari l'Inps e l'Inail.

4. — *Correttezza e diligenza dell'assicurato* — L'ampliamento delle ipotesi di inadempimento dell'obbligo di informazione da parte dell'ente previdenziale induce la Corte a riflettere anche sugli oneri di diligenza e buona fede del creditore nel rapporto giuridico previdenziale.

Sul punto è noto come l'art. 1227 cod. civ. preveda al comma 1 l'ipotesi di concorso del danneggiato nella produzione del fatto dannoso, con conseguente diminuzione del risarcimento in ragione della gravità della colpa e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate, e al comma 2 l'esclusione dal risarcimento dei danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (21). Con riguardo a quest'ultimo profilo la dottrina ha tuttavia evidenziato la difficoltà di individuare i comportamenti attivi che possano integrare la diligenza ordinaria del creditore (22), ed è probabilmente questo il motivo per cui, pur essendo spesso richiamato nelle massime, nei repertori di giurisprudenza si rinvengono molto raramente sentenze che dispongano la diminuzione del risarcimento.

La novità della pronuncia in commento sta dunque (anche) nell'aver rimesso al centro della scena la valutazione che il giudice deve compiere alla stregua dell'art. 1227 cod. civ.: l'assenza di un obbligo di verifica e controllo del dato ricevuto non impedisce al giudice di merito, ove il debitore allegghi tempestivamente un contegno del danneggiato volto ad aggravare il danno (23), di valutare, secondo le circostanze del caso concreto, se il danno avrebbe potuto essere evitato o almeno

(20) Cass. 21 luglio 2011, n. 15992, in *Foro it.*, 2011, I, 2636, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, I, p. 169, con nota di V. Montani, *Tra responsabilità civile e contrattuale: il contatto sociale*.

(21) Di recente, a margine dell'art. 1227 cod. civ., A. Benedetti, *La colpa del danneggiato nell'illecito civile: un'analisi storico-comparata*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 358; V. Bachelet, *Concorso omissivo colposo del danneggiato: il quasi inestricabile intreccio tra la causalità e la colpa e l'irruzione sul campo della solidarietà* (nota a Cass. 21 novembre 2011, n. 24406), *ivi*, 2012, p. 431; D. Senocrate, *Il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227, comma 1, cod. civ. tra vecchi e nuovi problemi*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 611; G. Grisi, *Causalità materiale, causalità giuridica e concorso del creditore nella produzione del danno*, in *I Contratti*, 2010, p. 617; D.M. Frenda, *Tra causalità e colpa: il concorso del fatto del danneggiato nella produzione dell'evento lesivo* (nota a Cass. 21 gennaio 2010, n. 1002), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, I, p. 801; A. Salomoni, *Sul fatto colposo del danneggiato e sul danno evitabile di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 1227 cod. civ.* (nota a Cass. 30 settembre 2008, n. 24320), *ivi*, 2009, I, p. 3901.

(22) V. in particolare, S. Pagliantini, *In materia di obblighi di informazione*, in *Giur. it.*, 1995, I, I, p. 364; L. Vitale, *Responsabilità dell'Inps per comunicazione erronea della posizione contributiva*, in *q. Riv.*, 2005, II, p. 216.

(23) Si tratta, infatti, di eccezione in senso stretto: cfr. Cass. 14 novembre 2013, n. 25607, in *Diritto & giustizia*, 2013, 15 novembre; Cass. 28 ottobre 2013, n. 24261, *ivi*, 2013, 29 ottobre; Cass. 16 aprile 2013, n. 9137; Cass. 20 novembre 2001, n. 14592, in *Danno e resp.*, 2002, con nota di C. Rossello, *L'evitabilità secondo diligenza quale criterio di selezione del danno risarcibile*. Per converso, il giudice rileva d'ufficio la violazione dell'art. 1227, cod. civ., comma 1: Cass. 25 settembre 2008, n. 24080, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 9, p. 1398; Cass. 23 gennaio 2006, n. 1213, *ivi*, 2006, p. 1.

contenuto con l'uso dell'ordinaria diligenza (24). Prima della produzione dell'evento dannoso è da rimarcare l'ipotesi dell'errore macroscopico, e quindi di facile rilevabilità (25), come, ad esempio, nel caso di estratto conto recante una duplicazione del calcolo dei contributi per uno stesso periodo di lavoro (26), mentre tra le possibili condotte diligenti successive alle dimissioni (e quindi al danno) si è prospettata la domanda di riassunzione in servizio, se possibile, oppure il tempestivo avvio del procedimento amministrativo per la prosecuzione volontaria dei contributi (27).

Nel caso di specie la Corte ritiene che la responsabilità dell'ente previdenziale sussista perché, pur consapevole dell'incertezza dei dati raccolti, ha comunque effettuato la comunicazione laddove – suggerisce – avrebbe dovuto astenersi fino al perfezionamento degli accertamenti; l'assicurato deve però dimostrare di aver tenuto in debita considerazione le espressioni di cautela contenute nel documento, perché qualora le abbia trascurate risponde anch'egli per mancanza di diligenza e buona fede (28).

(24) Secondo Cass., Ss.Uu., 21 novembre 2011, n. 24406, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, I, p. 431, con nota di V. Bachelet, *Concorso omissivo colposo del danneggiato: il quasi inestricabile intreccio tra la causalità e la colpa e l'irruzione sul campo della solidarietà*, la condotta omissiva del danneggiato si pone come causa (esclusiva o concorrente) del danno non solo quando l'obbligo di impedire l'evento è specificamente individuato da una norma, ma anche quando è genericamente riconducibile alla diligenza. *Contra*, Cass. 30 marzo 1994, n. 3123, in *Mass. giust. civ.*, 1994, p. 420, secondo la quale all'assicurato non può essere imputata la violazione del criterio dell'ordinaria diligenza in relazione alla mancata verifica dell'esattezza delle comunicazioni.

(25) Orientamento consolidato: Cass. 19 maggio 2001, n. 6867, in *Mass. giust. civ.*, 2001, p. 1011, in fattispecie di errore contenuto all'interno di un estratto conto certificativo; Cass. 30 marzo 1994, n. 3123, *ivi*, 1994, p. 420; Corte d'App. Venezia 18 febbraio 2003, n. 61, in *Inf. prev.*, 2003, p. 879; Corte d'App. Torino 10 maggio 2005, n. 815, *ivi*, 2006, p. 95; Trib. Viterbo 31 luglio 2008, n. 147, *ivi*, 2009, p. 242. In dottrina A. Sgroi, *L'attività di certificazione e la responsabilità dell'Inps*, in *Diritto & giustizia*, 2004, p. 74, ritiene invece che in questo caso non deve essere esclusa la responsabilità dell'ente, ma solo limitato l'ammontare del danno ai sensi dell'art. 1227 cod. civ.

(26) Cass. 19 settembre 2011, n. 19089, *Guida dir.*, 2011, 46, p. 80.

(27) P. Boer, *Responsabilità dell'ente per errate comunicazioni all'assicurato*, in q. *Riv.*, 2002, II, p. 392. Con riguardo alla domanda di prosecuzione volontaria esprime perplessità, R. Vianello, *L'informazione in materia previdenziale: spunti ricostruttivi e vicende patologiche*, in q. *Riv.*, 1997, I, p. 103, il quale richiama il consolidato principio secondo cui la diligenza esigibile dal creditore danneggiato non deve comportare rilevanti sacrifici economici o spese rilevanti. Per questo profilo, Cass. 23 gennaio 2002, n. 842, in *Danno e resp.*, 2002, p. 630, con nota di C. Rossello, *L'evitabilità secondo diligenza quale criterio di selezione del danno risarcibile*; Cass. 29 settembre 1999, n. 10763, *ivi*, 1999, p. 1189, con nota di V. Carbone, *Sono evitabili i danni che richiedono notevoli rischi o l'esborso di spese?*

(28) Cfr. Cass. 5 aprile 2011, n. 7771, in *Mass. giust. civ.*, 2011, 4, p. 545, secondo la quale l'obbligo di non aggravare il danno impone al danneggiato di attivarsi per scegliere la condotta maggiormente idonea a contemperare il proprio interesse con quello del debitore alla limitazione del danno. Sul punto v. anche Cass. 2 dicembre 2011, n. 25854, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, I, p. 417, con nota di S. Piacentini, *Responsabilità del creditore e ordinaria diligenza*.

In ordine alla quantificazione del danno dottrina e giurisprudenza hanno da tempo evidenziato l'infondatezza delle richieste di commisurazione del danno ai ratei di pensione non goduti (29); come è stato incisivamente rilevato, questo sarebbe il *danno da illusione* (30), mentre il danno cagionato deve essere concepito come danno da lesione, da determinarsi con riferimento alle retribuzioni che il lavoratore avrebbe percepito tra la cessazione del rapporto di lavoro e il raggiungimento del diritto alla pensione, in forza del completamento del periodo di contribuzione necessario, ottenuto col versamento di contributi volontari (31). Questo, però, è il *danno base* (32), da accreditare nel solo caso in cui la responsabilità sia interamente da imputare all'Istituto previdenziale, mentre nelle altre ipotesi deve essere diminuito in ragione della partecipazione del creditore, secondo una valutazione che, ove sorretta da adeguata motivazione, si sottrae al sindacato di legittimità.

5. — *Il problema del nesso causale tra informazione errata e danno patito* — C'è, nella sentenza in commento, una lacuna, un *non detto* che impone un cenno, per evitare equivoci: il fatto che la sentenza si muova su due dimensioni, la responsabilità dell'ente e l'eventuale diminuzione del danno risarcibile *ex art.* 1227 cod. civ., potrebbe far pensare a un automatismo tra inadempimento e danno. In realtà così non è, perché il diritto al risarcimento sorge solo nel caso in cui esista da un lato un danno conseguenza del fatto lesivo, perché il solo inadempimento non dà luogo a risarcimento, e dall'altro lato il nesso di causalità materiale tra questo e l'erroneo adempimento degli obblighi di informazione (33). La prova di questi due elementi della fattispecie deve essere offerta dal danneggiato (34).

(29) Cfr. Cass. 11 maggio 1978, n. 2319, in *Prev. soc.*, 1978, p. 1814; Cass. 11 giugno 1992, n. 7197, in *Giur. it.*, 1995, I, I, p. 365. In dottrina v. soprattutto A. Vianello, *op. ult. cit.*, p. 105; L. Vitale, *Responsabilità dell'Inps per comunicazione erronea della posizione contributiva*, in *q. Riv.*, 2005, II, p. 218.

(30) A. Vianello, *op. ult. cit.*, p. 105.

(31) Cass. 24 gennaio 2003, n. 1104, in *Law. giur.*, 2003, p. 576; Cass. 16 aprile 1994, n. 3635, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 217; Cass. 17 aprile 2003, n. 19340, in *Inf. prev.*, 2004, p. 92.

(32) È opportuno ricordare, con riguardo al cd. nesso di causalità giuridica, che il danno risarcibile è solo quello che è conseguenza immediata e diretta del fatto dannoso e non anche quello determinato da un comportamento autonomo, ancorché legittimo, ma non necessitato, del danneggiato. Per un'applicazione di questo principio alla fattispecie in esame v. Cass. 15 giugno 2005, n. 12823, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2005, p. 914, con nota di P. Pozzaglia, *Comunicazioni errate dell'Inps e presupposti per la configurabilità di danni risarcibili*.

(33) Per un'ipotesi di interruzione del nesso causale, laddove l'ente abbia provveduto alla rettifica del provvedimento prima della produzione del fatto lesivo, Cass. 19 maggio 2001, n. 6865, in *Mass. giust. civ.*, 2001, p. 1010.

(34) Sugli oneri probatori del creditore danneggiato v. soprattutto Cass. 28 maggio 2008, n. 13977, in *Dir. merc. lav.*, 2008, p. 282, con nota di G. Madonia, *La responsabilità dell'ente previdenziale per erronee informazioni sulla posizione assicurativa*. Di rilievo anche Cass. 16 gennaio 2012, n. 448, in *Law. giur.*, 2012, p. 408, con nota di G. Ludovico, che ha respinto la domanda di risarcimento di un lavoratore autonomo che aveva ommesso di allegare in giudizio quanti guadagni avrebbe eventualmente conseguito ove il rapporto lavorativo non fosse cessato anzitempo, sì da dimostrare il pregiudizio patito sotto il profilo del mancato guadagno.

È probabile che la Corte Suprema non abbia affrontato la questione ritenendola estranea alla fattispecie esaminata, ma la carenza di diligenza e buona fede del creditore può assumere rilievo non solo per la quantificazione del danno, ma anche con riguardo alla sua insorgenza, allorquando si riscontri un'interruzione del nesso di causalità tra inadempimento e danno, quando cioè nella seriazione causale che cagioni il danno intervenga un altro fattore di per sé solo idoneo a produrlo (35). In ossequio al principio della causalità adeguata il danno può essere imputato all'ente previdenziale se collegabile all'informazione errata secondo un criterio di normalità e adeguatezza, collegamento non rinvenibile nel caso di informazioni fornite non allo scopo di informare il ricevente in ordine al dato contributivo, ma con intento meramente esplorativo, diretto a provocare la collaborazione del destinatario attraverso il controllo, e l'eventuale rettifica, dei dati in esso contenuti (36), oppure senza quel minimo di formalità idoneo a generare nel ricevente l'affidamento tutelato (37).

La responsabilità dell'ente può invece essere riconosciuta quando l'informazione sia contenuta nel provvedimento di reiezione della pensione di anzianità (38) oppure nell'ambito del procedimento amministrativo di ricomposizione o integrazione della posizione assicurativa (39), salva valutazione ulteriore sulla determinazione del danno patito, da effettuare alla stregua di una attenta valutazione del comportamento delle parti secondo i canoni di correttezza e buona fede.

Pietro Capurso (*)

Avvocato in Genova

(*) *Le riflessioni contenute nello scritto rappresentano esclusivamente le opinioni dell'Autore.*

(35) Come osserva acutamente P. Boer, *Responsabilità dell'ente per errate comunicazioni all'assicurato*, in q. *Riv.*, 2002, II, p. 391, si tratta «... di verificare se nella serie causale che ha come antecedente l'errore dell'ente, e come risultato finale il rifiuto della pensione, per difetto del requisito contributivo, non si sia inserito un elemento causale provvisto di efficacia lesiva autonoma, tale da interrompere, o comunque da inquinare il nesso di causalità, con l'effetto di escluderlo, in tutto o in parte».

(36) Così, Corte d'App. Ancona 7 maggio 2008, n. 217, in *Inf. prev.*, 2009, p. 114, con nota di G. Madonia, *Risarcimento danni da errata comunicazione Inps*; Corte d'App. Firenze 21 aprile 2000, *ivi*, 2000, p. 1389; Trib. Milano 17 ottobre 2001, n. 2587, *ivi*, 2002, p. 1310.

(37) Per l'esclusione del diritto al risarcimento del danno nel caso di informazioni rilasciate su richiesta informale, Trib. Bergamo 31 dicembre 1988, in *Inf. prev.*, 1989, p. 955.

(38) Cass. 11 giugno 1992, n. 7197, in *Giur. it.*, 1995, I, I, p. 359, con nota di S. Pagliantini, *In materia di obblighi di informazione*.

(39) Cass. 11 agosto 1993, n. 8613, in *Foro it.*, 1994, I, 2197, con nota di S. Menchini.

TRIBUNALE PALERMO, 6 novembre 2013, Sez. lav., ord. – Est. Ardito – C.G. (avv.ti Sciranna, Dell’Aquila) c. Inps (avv. Ciancimino).

Pensione – Rivalutazione automatica – Blocco ex art. 24, comma 25, d.l. n. 201/2011 – Violazione artt. 3, 36 e 38 Cost. – Rinvio alla Corte costituzionale.

L’adeguamento delle pensioni alle variazioni del costo della vita mira a salvaguardare nel tempo il potere di acquisto dei relativi trattamenti. Conseguentemente ogni intervento che ne riduca la portata disattendendo la funzione di tutela del credito previdenziale, quale prevista nel nostro ordinamento, comporta una perdita di valore delle pensioni stesse con grave pregiudizio per le economie delle famiglie. Atteso che la difesa dei redditi da lavoro è un principio che trova tutela nella Costituzione (artt. 36 e 38) il dubbio di legittimità costituzionale delle norme che hanno disposto, per il biennio 2012-2013, il blocco della rivalutazione dei trattamenti pensionistici appare rilevante e non manifestamente infondato. Da qui la rimessione degli atti alla Consulta disposta dal Tribunale di Palermo. (1)

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

(1) La Corte costituzionale ha costantemente affermato che il trattamento di quiescenza, al pari della retribuzione percepita in costanza del rapporto di lavoro, del quale lo stato di pensionamento costituisce un prolungamento ai fini previdenziali, deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e deve, in ogni caso, assicurare al lavoratore e alla sua famiglia mezzi adeguati alle esigenze di vita per una esistenza libera e dignitosa.

La perequazione automatica è lo strumento che consente, con cadenza annuale e in favore della generalità dei pensionati, l’adeguamento dei trattamenti pensionistici alle variazioni del costo della vita con l’obiettivo di tutelarne, nel tempo, il potere di acquisto.

Al momento tale meccanismo costituisce l’unico strumento di salvaguardia del valore delle pensioni atteso che il legislatore ha escluso, a partire dal 1988, ogni forma di adeguamento collegato all’evoluzione delle retribuzioni del personale in servizio.

Atteso che il fine perseguito da tale istituto è quello di tutelare, a fronte del costante aumento dei prezzi dei beni destinati al consumo delle famiglie, le pensioni ne consegue che ogni intervento che limiti o riduca la portata di tale adeguamento comporta, di fatto, un impoverimento delle pensioni stesse con una perdita annua, costante e crescente, per il tempo in cui il pensionato continuerà a percepire il relativo trattamento.

Negli ultimi anni il legislatore è più volte intervenuto in materia con provvedi-

menti che, finalizzati al contenimento della spesa pubblica, hanno profondamente intaccato la perequazione automatica riducendo, di fatto, il valore reale delle pensioni.

Ultimamente il blocco è stato disposto per il biennio 2012-2013 con riferimento alle pensioni di importo mensile superiore a tre volte il trattamento minimo Inps i cui titolari non hanno, pertanto, beneficiato di alcuna rivalutazione nelle misure percentuali quali accertate dall'Istat (+2,7 per cento per il 2012 e +3,0 per cento per il 2013).

Dato che il danno che ne deriva è di rilevante portata non solo nell'imminente, ma anche per il futuro, è di per sé evidente che i provvedimenti che bloccano l'adeguamento delle pensioni alle variazioni del costo della vita appaiono ogni volta manifestamente ingiusti e irrazionali. La mancata tutela del credito previdenziale, cui il meccanismo perequativo è preordinato, nel disconoscere, di fatto, l'incidenza obiettiva dell'erosione inflazionistica sui redditi da pensione, alla fine finisce, infatti, col ripercuotersi negativamente sull'economia delle famiglie.

Da qui il dubbio sulla legittimità costituzionale di tali norme atteso che le stesse verrebbero a ledere taluni principi sanciti dal dettato costituzionale, in particolare quelli della adeguatezza e della proporzionalità tutelati dagli articoli 36 e 38 della Costituzione.

Tanto premesso il Tribunale di Palermo, Sez. lavoro, con ordinanza del 6 novembre 2013 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 25, del d.l. n. 201 del 2011, convertito nella legge n. 214/2011, nella parte in cui dispone, per il biennio 2012-2013, il blocco della perequazione automatica delle pensioni di importo superiore a tre volte il trattamento minimo Inps.

Il Tribunale, richiamando precedenti pronunciamenti della Consulta sull'argomento, si sofferma, in particolare, sulla sentenza n. 316 del 2010 nella quale, trattando del blocco dell'adeguamento delle pensioni disposto per il 2008, la Corte, avverte che se è vero che la garanzia costituzionale della adeguatezza e della proporzionalità del trattamento pensionistico incontra il limite delle risorse disponibili al quale il Governo e il Parlamento devono uniformare la legislazione di spesa, è pur vero anche che «la sospensione a tempo indeterminato del meccanismo perequativo, ovvero della frequente reiterazione di misure intese a paralizzarlo, esporrebbero il sistema a evidenti tensioni con gli invalicabili principi di ragionevolezza e proporzionalità, perché le pensioni, sia pure di maggiore consistenza, potrebbero non essere sufficientemente difese in relazione ai mutamenti del potere di acquisto della moneta».

Il legislatore, non tenendo conto del monito della Corte costituzionale, poco tempo dopo è nuovamente intervenuto in materia disponendo, questa volta, il blocco dell'adeguamento delle pensioni al costo della vita addirittura per due anni (2012 e 2013).

A fronte di tale ultima sospensione del meccanismo perequativo, il Tribunale di Palermo, alla luce delle indicazioni della Consulta, ha, conseguentemente, ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 25, del d.l. n. 201/2011 per violazione: a) del principio

di cui all'art. 38, comma 2, Cost. atteso che la mancata rivalutazione impedisce la conservazione nel tempo del valore della pensione menomandone l'adeguatezza; b) del principio di cui all'art. 36, comma 1, Cost. dal momento che la mancata rivalutazione viola il principio di proporzionalità tra pensione (che costituisce il prolungamento in pensione della retribuzione goduta in costanza di lavoro) e retribuzione goduta durante l'attività lavorativa; c) del principio derivante dal combinato disposto degli articoli 36, 38 e 3 Cost. perché la mancata rivalutazione, violando il principio di proporzionalità tra pensione e retribuzione e quello di adeguatezza della prestazione previdenziale, altera il principio di eguaglianza e ragionevolezza causando una irrazionale discriminazione in danno della categoria dei pensionati; d) dei principi di universalità dell'imposizione di cui all'art. 53 della Costituzione, di non discriminazione ai fini dell'imposizione, di ragionevolezza nell'esercizio del potere di imposizione, nonché del principio della parità di presupposto di imposta di cui al combinato disposto degli artt. 3, 23 e 53 Cost. perché, indipendentemente del *nomen iuris* utilizzato, la misura adottata si configura quale prestazione patrimoniale di natura sostanzialmente tributaria.

Fernando Sacco

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

APPALTO

Interposizione di manodopera – Dipendenti dell'appaltatore – Svolgimento di mansioni diverse dal contratto di appalto – Tolleranza dell'appaltatore – Art. 1, comma 5, legge n. 1369/60 – Inapplicabilità – Art. 2126 cod. civ. – Applicabilità – Obbligo di sola remunerazione in capo all'appaltante (Cassazione, 11 aprile 2013, n. 8863, Sez. lav., sentenza). 71

CONDOTTA ANTISINDACALE

Contratto collettivo – Rinnovo – Partecipazione alle trattative da parte del sindacato – Mancata sottoscrizione – Sostituzione del contratto – Applicazione del nuovo testo ai lavoratori iscritti al sindacato che non ha firmato – Accettazione dei lavoratori – Insussistenza (Cassazione, 10 giugno 2013, n. 14511, Sez. lav.). 103

CONTRATTO COLLETTIVO

Enti locali – Area dirigenti – Rappresentanza sindacale segretari comunali e provinciali (Tribunale Roma, 17 ottobre 2013, n. 11453, Sez. lav.). 112

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Licenziamento individuale – Nuovo rito – Procedimento cautelare *ex art.* 700 cod. proc. civ. – Compatibilità (Tribunale Ravenna, 18 marzo 2013, ord.). 127

FERIE

Direttiva n. 2003/88/Ce – Accordo quadro Unice, Ceep, Ces sul lavoro a tempo parziale – Clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale – Principio di non discriminazione – Principio del *pro rata temporis* – Maternità – Mutamento del rapporto di lavoro – Diritti quesiti (Corte di Giustizia Ue, 13 giugno 2013, causa C-415/12, Sezione Nona, ord.). 31

LAVORO SUBORDINATO

Lettera di intenti – Qualificazione giuridica della fattispecie – Recesso – Principio di buona fede – Violazione – Responsabilità precontrattuale – Sussistenza (Corte d'Appello Venezia, 24 gennaio 2013, Sez. lav.) 86

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Giustificato motivo oggettivo – Art. 3, legge 15 luglio 1966, n. 604, e art. 18, legge 20 maggio 1970, n. 300 – Controllo giudiziale sull'effettività delle ragioni organizzative aziendali – Obbligo di *repêchage* – Criteri di scelta del lavoratore da licenziare – Illegittimità del licenziamento (Cassazione, 23 ottobre 2013, n. 24037, Sez. lav., sentenza) 46

Opzione dell'indennità al posto della reintegrazione – Esercizio – Fondamento – Ricostituzione di fatto del rapporto (Cassazione, 19 settembre 2013, n. 21452, Sez. lav., sentenza) 52

Procedimento disciplinare – Pluralità degli addebiti – Obbligo per il datore di lavoro di offrire in consultazione al lavoratore la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati – Diritto di difesa – Configurabilità (Cassazione, 13 marzo 2013, n. 6337, Sez. lav.) 78

Procedimento disciplinare – Immediatezza della contestazione – Indagini preliminari – Sospensione cautelare – Audizione a difesa – Impedimento colloquio orale per malattia – Diritto al differimento reiterato dell'audizione – Non sussiste (Cassazione, 8 febbraio 2013, n. 3058, Sez. lav.) 78

Obbligo di fedeltà – Critica esterna nei confronti del datore di lavoro – Danno alla salute – Danno potenziale – Lesione all'immagine aziendale – Sussistenza (Tribunale Roma, 30 aprile 2013, n. 5928) 98

Tutela reale – Insussistenza del fatto – Discriminatorietà e illiceità – Proporzionalità della sanzione (Tribunale Ravenna, 18 marzo 2013, ord.) 127

Proporzionalità – Giusta causa – Condotte di modesta gravità – Sanzioni conservative (Tribunale Roma, 4 marzo 2013, Sez. lav., ord.) 127

PENSIONE

Erronea comunicazione al lavoratore della posizione contributiva utile – Anticipata cessazione del rapporto di lavoro – Responsabilità dell'ente previdenziale – Natura contrattuale – Difetto di diligenza dell'assicurato – Diminuzione del danno risarcibile (Cassazione, 19 settembre 2013, n. 21454, Sez. lav.) 135

Rivalutazione automatica – Blocco *ex art.* 24, comma 25, d.l. n. 201/2011 – Violazione artt. 3, 36 e 38 Cost. – Rinvio alla Corte costituzionale (Tribunale Palermo, 6 novembre 2013, Sez. lav., ord.) 145

SICUREZZA SUL LAVORO

Tutela da aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi – Non configurabilità di una responsabilità oggettiva del datore di lavoro per il verificarsi di eventi criminosi – Non risarcibilità di ogni ipotesi di danno *ex art.* 2087 cod. civ. (Cassazione, 17 maggio 2013, n. 12089, Sez. lav.). 60

Obbligo di prevenzione dai rischi da rapine – Onere del datore di lavoro – Valutazione *a priori* di rischi extralavorativi – Insufficienza di adeguate misure di tutela – Responsabilità del datore di lavoro – Sussistenza (Cassazione, 8 aprile 2013, Sez. lav., n. 8486). 60

STRANIERI (LAVORATORI)

Permesso di soggiorno non rinnovato nei termini di legge – Licenziamento – Legittimità (Cassazione, 5 agosto 2013, n. 18627, Sez. lav.). 54

TRASFERIMENTO DI AZIENDA

Direttiva n. 2001/23/Ce – Mantenimento dei diritti dei lavoratori – Contratto collettivo applicabile al cedente e al lavoratore al momento del trasferimento – Clausola di rinvio dinamico – Inopponibilità al cessionario (Corte di Giustizia Ue, 18 luglio 2013, causa C-426/11, Sezione Terza). 23

CRONOLOGICO
DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI**2013**

GENNAIO

Corte d'Appello Venezia, 24 gennaio 2013, Sez. lav. – Pres. D'Amico, Est. Parisse – M.R. (avv.ti Bacci, Gaiotti) c. Ebara Pumps Europe Spa (avv.ti Boccardi, Forza). 86

FEBBRAIO

Cassazione, 8 febbraio 2013, n. 3058, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Stile, P.M. Corasaniti (conf.) – D.P.E.P. (avv.ti Norscia, De Benedictis) c. Intesa Sanpaolo Spa (avv.ti Palladino, Daverio). 78

MARZO

Tribunale Roma, 4 marzo 2013, Sez. lav., ord. – Est. Armone – T.Q. (avv. X) c. Angel Service Centro Società Cooperativa (avv. Y). 127

- Cassazione, 13 marzo 2013, n. 6337, Sez. lav. – Pres. Lamorgese, Est. Balestrieri, P.M. Servello (conf.) – Trenitalia Spa (avv. Tosi) c. D.N.M. (avv.ti Vacirca, Califano). 78
- Tribunale Ravenna, 18 marzo 2013, ord. – Est. Rivero – L. (avv. X) c. Marcegaglia (avv. Y). 127

APRILE

- Cassazione, 8 aprile 2013, Sez. lav., n. 8486 – Pres. Vidiri, Est. Arienzo, P.M. Fucchi (conf.) – Poste Italiane Spa (avv. Fiorillo) c. P.F.E.A. (avv. Fatigato). 60
- Cassazione, 11 aprile 2013, n. 8863, Sez. lav., sentenza – Pres. Roselli, Est. Mancino, P.M. Corasaniti (diff.) – I.S. Spa (avv. De Luca Tamajo) c. T.R. (avv. Borrelli), G.V. Snc. 71
- Tribunale Roma, 30 aprile 2013, n. 5928 – Est. Forziati – L.D. (avv.ti Andreoni, Serreti, Freddino) c. Sogin Spa (avv.ti Salonia, Cozzolino, Scarabotti, Niglio). 98

MAGGIO

- Cassazione, 17 maggio 2013, n. 12089, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Balestrieri, P.M. Matera (conf.) – P.G. (avv.ti Rossi, Lauretti) c. La Milano Assicurazioni (avv. Spinelli). 60

GIUGNO

- Cassazione, 10 giugno 2013, n. 14511, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Marotta, P.M. Matera (conf.) – S.N.D. (avv.ti Veraldi, Ioele) c. Iccrea Banca Spa (avv.ti Boccia, Maresca). 103
- Corte di Giustizia Ue, 13 giugno 2013, causa C-415/12, Sezione Nona, ord. – Pres. Malenovský, Est. Safjan e Prechal – Bianca Brandes c. Land Niedersachsen (Avv. Gen. Sharpston). 31

LUGLIO

- Corte di Giustizia Ue, 18 luglio 2013, causa C-426/11, Sezione Terza – Avv. Gen. P. Cruz Villalón – Mark Alemo-Herron e altri c. Parkwood Leisure. 23

AGOSTO

- Cassazione, 5 agosto 2013, n. 18627, Sez. lav. – Pres. Lamorgese, Est. Bandini, P.M. Matera (conf.) – Freeman (avv. Torre) c. Riva Acciaio Spa e altro (avv. Petracca). 54

SETTEMBRE

- Cassazione, 19 settembre 2013, n. 21452, Sez. lav., sentenza – Pres. Lamorgese, Est. Mammone, P.M. Servello (conf.) – V.G. (avv. Latella) c. Rete ferroviaria italiana Spa (avv. Vesci). 52
- Cassazione, 19 settembre 2013, n. 21454, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Blasutto, P.M. Romano (diff.) – B.U. (avv.ti Bologna, Giuntoli) c. Inps (avv.ti Riccio, Valente, Preden). 135

OTTOBRE

- Tribunale Roma, 17 ottobre 2013, n. 11453, Sez. lav. – Est. Calvosa – Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni - Aran (Fedeli - Avvocatura dello Stato) c. Unione nazionale segretari comunali e provinciali (avv.ti Pallini, Ichino, Basile). 112
- Cassazione, 23 ottobre 2013, n. 24037, Sez. lav., sentenza – Pres. Stile, Est. Blasutto, P.M. Corasaniti (conf.) – Ceteas Srl (avv. Brocchi) c. D.A. (avv. Giannangeli). 46

NOVEMBRE

- Tribunale Palermo, 6 novembre 2013, Sez. lav., ord. – Est. Ardito – C.G. (avv.ti Sciranna, Dell'Aquila) c. Inps (avv. Ciancimino). 145

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE
E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

– art. 2	62, 102
– art. 3	13, 51, 135, 145
– art. 4	47
– art. 21	101
– art. 23	147
– art. 24	85
– art. 32	61, 102
– art. 35	47, 61
– art. 36	32, 51, 145
– art. 38	135, 145
– art. 39	30, 110
– art. 41	47, 61, 102
– art. 51	17
– art. 53	147
– art. 97	17
– art. 117	13

UNIONE EUROPEA

Trattato Ce	
– art. 95	28
– art. 139	36
Trattato Ue	
– art. 6	27, 33
Trattato di Lisbona	
	33
Trattato sul funzionamento dell'Ue	
– art. 114	28

– art. 155	36
– art. 267	40
Direttiva n. 1992/85	
– art. 11	34
Direttiva n. 1993/104/Ce	
– art. 7	33
Direttiva n. 1997/81/Ce	
	31
Direttiva n. 1998/23/Ce	
	31
Direttiva n. 1999/70/Ce	
	15
Direttiva n. 2001/23	
– art. 3	23
– art. 8	26
Direttiva n. 2003/88/Ce	
– art. 7	31
– Considerando 5	38
Direttiva n. 2009/52	
– art. 6	57
Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato	
	31
– art. 4	43
– clausola 2	16
– clausola 4	31
– clausola 5	15
Accordo quadro sul congedo parentale	
– clausola 2	36
Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea	
– art. 1	33
– art. 2	38
– art. 5	38
– art. 16	27
– art. 31	33
– art. 52	27
Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali	
– art. 11	24
Regolamento di procedura della Corte di Giustizia Ue	
– art. 99	41
CODICE CIVILE	
– art. 5	62
– art. 128	90

- art. 1147	90
- art. 1175	48, 64, 100
- art. 1176	67
- art. 1218	63
- art. 1223	96
- art. 1227	135
- art. 1326	108
- art. 1336	90
- art. 1337	89
- art. 1358	90
- art. 1362	89
- art. 1363	94
- art. 1373	29
- art. 1375	49, 64, 90, 100
- art. 1387	108
- art. 1392	75
- art. 1398	76
- art. 1399	75
- art. 1460	90
- art. 1655	74
- art. 1703	108
- art. 2049	76
- art. 2086	76
- art. 2087	60
- art. 2088	76
- art. 2094	76
- art. 2104	100
- art. 2105	98
- art. 2106	131
- art. 2109	45
- art. 2119	79, 131
- art. 2126	57, 71

CODICE PROCEDURA CIVILE

- art. 51	10
- art. 360	140
- art. 413	8
- art. 414	11
- art. 420	7
- art. 426	10
- art. 429	58
- art. 434	11
- art. 437	58
- art. 442	138
- art. 669- <i>sexies</i>	11
- art. 700	11, 113, 127
- art. 702- <i>ter</i>	8

CODICE PENALE

– art. 51	100
– art. 185	62
– art. 581	62
– art. 582	62
– art. 590	62
– art. 595	100
– art. 603- <i>bis</i>	55

LEGGI E DECRETI

legge 27 dicembre 1941, n. 1570	15
regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455	
– art. 14	13
legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3	
– art. 3	17
legge 23 ottobre 1960, n. 1369	
– art. 1	71
– art. 2	73
d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124	64
legge 15 luglio 1966, n. 604	
– art. 3	46
– art. 7	50
legge 20 maggio 1970, n. 300	
– art. 1	101
– art. 7	78
– art. 9	62
– art. 15	131
– art. 18	3, 46, 52, 72, 80, 128
– art. 19	110
– art. 28	10, 105
d.P.R. del 1972, n. 749	116
legge Regione Sicilia 29 ottobre 1985, n. 41	14
legge del 1986, n. 943	
– art. 1	56
legge Regione Sicilia 15 giugno 1988, n. 11	
– art. 30	13
legge del 1989, n. 88	
– art. 54	136
legge del 1990, n. 142	
– art. 52	116
legge 23 luglio 1991, n. 223	
– art. 5	46
legge del 1997, n. 196	
– art. 1	6
– art. 10	6
legge del 1997, n. 127	

– art. 17	116
d.lgs. del 1998, n. 286	
– art. 5	54
– art. 5- <i>bis</i>	54
– art. 12- <i>quater</i>	57
– art. 22	54
legge Regione Sardegna 13 novembre 1998, n. 31	20
d.lgs. del 2000, n. 267	
– art. 97	114
– art. 98	114
– art. 99	119
– art. 100	121
– art. 104	114
– art. 108	114
– art. 109	117
– art. 148	118
– art. 148- <i>bis</i>	118
– art. 197	116
d.lgs. del 2001, n. 165	
– art. 2	7
– art. 4	117
– art. 5	122
– art. 9	122
– art. 40	124
– art. 41	122
– art. 43	112
– art. 48	122
– art. 51	7
– art. 64	122
d.lgs. del 2001, n. 368	56
d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66	
– art. 1	45
– art. 9	45
– art. 10	32
d.lgs. del 2003, n. 276	
– art. 29	74
– art. 69	5
– art. 85	72
d.lgs. del 2004, n. 21	45
d.P.R. del 2004, n. 76	
– art. 1	16
d.l. del 2006, n. 4	
– art. 10	124
d.lgs. 8 marzo 2006, n. 139	
– art. 6	16
– art. 8	16
– art. 9	15
d.l. del 2006, n. 181	123
d.l. del 2006, n. 262	123

legge del 2006, n. 296	
– art. 1	18
legge Regione Sardegna del 2007, n. 2	
– art. 36	17
d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81	
– art. 26	129
legge del 2009, n. 15	125
d.lgs. del 2009, n. 150	112
– art. 54	122
d.l. del 2010, n. 78	120
– art. 9	20
legge del 2010, n. 122	
– art. 7	120
legge 4 novembre 2010, n. 183	50
– art. 17	123
legge 12 novembre 2011, n. 183	
– art. 4	15
d.l. del 2011, n. 201	
– art. 24	145
legge del 2011, n. 214	146
legge Regione Sardegna del 2011, n. 16	
– art. 6	20
d.l. del 2012, n. 5	119
legge del 2012, n. 35	119
legge 28 giugno 2012, n. 92	3, 50
– art. 1	5, 127
d.l. 6 luglio 2012, n. 95	
– art. 5	33
d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109	55
– art. 1	57
– art. 2	57
– art. 3	57
– art. 4	57
– art. 5	57
legge del 2012, n. 134	11
d.l. del 2012, n. 174	118
legge 6 novembre 2012, n. 190	102
– art. 1	114
legge del 2012, n. 213	118
legge Regione Sardegna 26 giugno 2012, n. 13	13
– art. 2	16
– art. 3	16
legge Regione Sardegna 13 settembre 2012, n. 17	
– art. 1	17
– art. 2	17
d.lgs. del 2013, n. 33	118
d.l. 31 agosto 2013, n. 101	
– art. 4	18
legge 30 ottobre 2013, n. 125	18

legge del 2013, n. 147	
– art. 1	125

ACCORDI SINDACALI

Accordo segretari comunali e provinciali	
18 aprile 1997	115
Ccnl area dirigenziale del comparto	
Regioni-Autonomie locali	115
Ccnl area dirigenziale delle amministrazioni dello Stato	
– art. 6	115
Ccnl attività ferroviarie	
– art. 61	81
Ccnl segretari comunali e provinciali 16 maggio 2001	
– art. 1	115
– art. 32	119
– art. 41	115
Ccnl segretari comunali e provinciali 2006-2009	113
Ccnl segretari comunali e provinciali 7 marzo 2008	
– art. 1	115
Ccnq comparto Regioni e Autonomie locali	
18 dicembre 2002	
– art. 10	120
Ccnq comparto Regioni e Autonomie locali	
11 giugno 2007	
– art. 9	120

CIRCOLARI MINISTERIALI

circolare ministero del Lavoro del 2005, n. 8	32
circolare ministero dell'Interno 31 luglio 2012, n. 5090	55
circolare dipartimento della Funzione Pubblica 25 gennaio 2013, n. 1	118

LEGGI DEL REGNO UNITO

<i>Transfer of Undertakings (Protection of Employment)</i> <i>Regulations</i> del 1981	
– art. 5, par. 2	24

LEGGI DELLA REPUBBLICA DEGLI STATI UNITI

<i>Sarbanes-Oxley Act (Aox)</i>	102
---------------------------------------	-----

pubblicità
Unisalute