

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO

Bruno Veneziani (*)

LA CORTE DI GIUSTIZIA E IL TRAUMA DEL CAVALLO DI TROIA (**)

SOMMARIO: 1. Le sfide alla Corte di Giustizia. — 2. La Corte e i diritti sociali collettivi. — 3. La Corte di Giustizia come giudice costituzionale. — 4. Il dono del cavallo di Troia: *timeo Danaos dona ferentes*. La logica funzionalista. — 5. Il dialogo tra legge e contrattazione collettiva secondo la Corte. — 6. Diritti sociali e principi economici tra funzionalizzazione e assimilazione. — 7. Le tecniche e le forzature argomentative della Corte. — 8. La via giudiziaria alla integrazione e il «dono» della pedagogia della Corte. — 9. La Corte e la regola della sussidiarietà.

1. — *Le sfide alla Corte di Giustizia* — È stata vasta l'eco procurata dalle due decisioni Viking e Laval della Corte di Giustizia comunitaria. Rimbalzata sulla stampa internazionale europea e d'oltre oceano essa è stata accolta dalla Confederazione europea dei sindacati con soddisfazione accompagnata da forti timori. Non c'è voluto molto tempo perché ci si accorgesse che dietro il pur apprezzabile e atteso riconoscimento esplicito del «diritto di azione collettiva», e dunque anche del diritto di sciopero, si celasse il trauma del cavallo di Troia.

Le prime dichiarazioni di John Monks, segretario generale della Ces, all'indomani della pronuncia sul caso Viking circoscrivono l'ambito del tema: «Queste decisioni offrono protezioni ai sindacati che agiscono a livello nazionale e locale quando affrontano la libertà di stabilimento. Comunque è meno chiaro che ciò accada quando il conflitto è di dimensioni internazionali. A fronte della dichiarazione solenne della Carta dei diritti fondamentali e della riforma dei Trattati, avremmo preferito un più chiaro e meno ambiguo riconoscimento dei diritti del sindacato di conservare e difendere i diritti dei lavoratori, la parità di trattamento e la cooperazione transfrontaliera per controbilanciare il potere del capitale organizzato ormai divenuto globale» (*Media@etuc.org* 11 dicembre 2007).

Dunque è un dato di fatto che ormai la Corte di Giustizia del Lussemburgo si è avventurata, come era lecito aspettarsi, sul terreno del di-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari.

(**) Contributo destinato agli *Studi in onore di Edoardo Ghera*.

ritto collettivo del lavoro seguendo un *trend* che la accomuna alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo. Nel corso dell'ultimo anno questa ultima, da un lato, ha ampliato il raggio di incidenza del diritto di associazione (art. 11 della Convenzione di Roma del 1950) sindacale inglobandovi la cd. libertà negativa e, dall'altro, ha ammesso che il diritto di sciopero, sia pure non espresso esplicitamente nella stessa fonte internazionale, tuttavia può discendere dal più ampio principio della libertà di associazione sindacale. Il tragitto è stato percorso non senza dubbi ed esitazioni che hanno esposto i giudici di Strasburgo alla accusa di contorsionismo intellettuale (J. P. Marguénaud, J. Mouly, *Les incursions de la Cour européenne des droit de l'homme en droit du travail: une oeuvre encore en demi-teinte*, in *Revue de droit du travail*, 1° gennaio 2008, pp. 16 ss.).

In ogni caso ciò che accomuna *gli orientamenti giurisprudenziali* delle due Corti è pur sempre la sfida intellettuale che devono fronteggiare e che li costringe a scandagliare la natura, struttura e funzione dei diritti di seconda generazione.

Così la loro cultura deve poter cogliere lo «spirito del tempo» in cui vivono e che ripropone ormai da qualche anno il tema del contenuto essenziale dei diritti cd. sindacali quando, inseriti in testi di valore «costituzionale», assumono la dignità di norme fondamentali: compito arduo e non meno impegnativo di quello che attiene alla loro «missione» di pedagoghi della interpretazione, e cioè la ricerca della «linea di confine» tra diritti equiordinati e quindi della loro compatibilità reciproca.

La Corte di Strasburgo ha dovuto misurarsi con una azione conflittuale disponendo del solo art. 11, la cui sobrietà regolativa, come già detto, si limita alla previsione della libertà di associazione.

Ma essa ha abbandonato la strategia pilatesca della irricevibilità del ricorso, per distillare dalla libertà di associazione la esistenza di un diritto di sciopero considerandolo in essa strutturalmente incluso. Un atto di coraggio che non l'ha spinto però a specificare quale *intensità*, qualità e dimensione il conflitto debba possedere per rientrare a pieno titolo come contenuto del diritto di associazione (J. P. Marguénaud, J. Mouly, pp. 19 ss.).

2. — *La Corte e i diritti sociali collettivi* — Con maggiore intraprendenza e senza esitazioni la Corte di Giustizia comunitaria si è inoltrata nella «zona sismica del Diritto del lavoro»: quello, tanto per intenderci, in cui la norma giuridica diventa tecnica di distribuzione del potere sociale privato (della autonomia collettiva) e pubblico dello Stato nazionale o comunitario che sia. Il diritto sindacale si occupa della dislocazione del potere dei gruppi di interessi del mercato del lavoro, secondo un antico e indimenticabile insegnamento. Il diritto dei gruppi sociali è presidiato, per virtù innata e per tra-

dizioni culturali e sociali, dalla storia, e questa ultima impartisce una lezione, comune alle esperienze dei paesi europei, quando rivendica alla *autonomia collettiva* (in Italia), alle *industrial relations* (in Inghilterra), alle *relations interprofessionnelles* (in Francia e in Belgio) il privilegio della autodisciplina e della libertà di autodeterminazione.

La fortuna dei giudici comunitari è che non hanno dovuto estrarre dai diritti per così dire primari o sostanziali, come il diritto alla libertà di associarsi, alcun succedaneo o corollario. Non è stato sempre così, ma oggi lo hanno trovato senza troppa fatica nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e, come essi stessi riconoscono nei due casi esaminati, per di più anche nelle «tavole della legge», in quella Carta di Nizza che si accinge a entrare a pieno titolo nella gerarchia delle fonti del Diritto comunitario. Il processo di assimilazione si sta consumando e terminerà nel 2009, quando sarà conclusa la revisione dei trattati che scaturisce dagli accordi di Lisbona (J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bologna, 2007).

La mutazione genetica della Carta, che si trasforma da dichiarazione solenne in parte dell'ordinamento comunitario, la rende giuridicamente vincolante per «le istituzioni, organi e organismi dell'Unione» e per tutti «gli Stati membri» quando operano «esclusivamente nella attuazione del diritto della Unione» (art. 51 Carta).

Insomma la nuova stagione dei diritti sociali fondamentali sembra dissipare le ambiguità semantiche del passato che pure offrivano appigli interpretativi alla saggezza di quei «giudici di buona volontà» che avessero desiderato temperare la asprezza dell'economia di mercato.

Il *puzzle* delle formule giuridiche impiegate nei testi dei Trattati era intriso di cautela. I giudici nazionali, e ancor più quelli del Lussemburgo, hanno appreso che l'ordinamento comunitario «tiene in conto» i diritti fondamentali della Carta di Torino del 1961 e di quella di Strasburgo del 1989 (art. 136 TCe); leggono anche che l'Unione «rispetta» i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 e quelli derivanti «dalle Costituzioni degli Stati membri» (art. 6 TUE). Essi infine si accorgono che oggi la Carta sui diritti fondamentali di Nizza del 2000 «riafferma» simultaneamente i diritti derivanti da quelle tradizioni e «dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri» (Preambolo capoverso 5).

Questo «crescendo» terminologico non può essere casuale solo che si sfoglino i Trattati e si legga attentamente la Carta, che è pronta a entrarvi per farne parte, alla ricerca del senso delle parole scritte. Bobbio ci ha detto che la scienza giuridica è essenzialmente analisi del linguaggio giuridico, e forse da questa prospettiva vanno colti la portata della innovazione e il ruolo che i giudici comunitari le hanno assegnato anche nel decidere i due casi del 2007.

3. — *La Corte di Giustizia come giudice costituzionale* — La cultura della Corte di Giustizia è cresciuta all'ombra del mosaico delle norme e dei principi comunitari, di cui si è proclamata severa vestale e interprete, proprio allorché è stata chiamata, sempre più spesso negli ultimi tempi, a delinearne anzitutto i confini e le compatibilità rispetto alle Costituzioni nazionali senza incrinare la intima sostanza né delle seconde né delle prime.

Compito difficile e delicato, dunque, che quando ha a oggetto la elevata qualità e durezza dei diritti o dei principi, che sono fondamentali, rischia di deflagrare in un conflitto interistituzionale. La vicenda ha visto tra il 1973 e il 1991 il confronto sordo e non tanto felpato tra la Corte di Giustizia e la Corte Costituzionale italiana, che ha avuto l'ultima parola. Secondo questa ultima il Diritto comunitario non consentirebbe agli organi europei di limitare o condizionare le norme fondamentali dell'ordine interno o i diritti umani inalienabili. Per conseguenza è proprio «l'orgoglio del ruolo» a indurre la Suprema Corte italiana a ritenere che, ove ciò accadesse, sarebbe proprio compito pronunciarsi per «assicurare la perdurante compatibilità del Trattato con quei fondamentali principi». Questa teoria dei cd. «controlimiti» ha il valore di monito che eccita una risposta altrettanto decisa e, nella sua opinione del 1991, i giudici lussemburghesi dichiarano di «vedere» i Trattati come Carta costituzionale che i giudici nazionali sono chiamati a rispettare in virtù del primato del Diritto comunitario e della regola della interpretazione conforme.

Ancora nel 1991 essi disegnano la propria missione riformatrice, e lo fanno quando vengono chiamati a rendere effettivo il principio fondamentale della libera circolazione dei servizi che — accanto a quella delle persone e dei beni e alla libertà di stabilimento — compone e blinda la tetrarchia delle «icone del libero mercato». La sua missione istituzionale — dice la Corte — è non solo interpretativa, ma anche politico-promozionale, e con questa essa invia messaggi ai giudici nazionali — veri e propri «terminali» decisionali —, di cui orienta la azione giudicante per stabilire quali norme siano compatibili con i diritti fondamentali contenuti nella Convenzione di Roma del 1950, la cui osservanza la Corte stessa assicura.

La sua investitura di giudice delle leggi nasce dalla regola non scritta, ma estrapolata dall'ordine comunitario, della certezza del diritto (Caso Ert, 1991) nel quadro della cooperazione tra Stati e Comunità e tra le istituzioni comunitarie stesse. La Corte è consapevole di dover adempiere a una missione responsabile di equilibrio non solo giudiziario, ma *tout court* politico. Essa è il giudice che deve assicurare la tenuta dell'intero edificio normativo posto a presidio dell'area del libero mercato europeo bilanciandone principi e valori cd. fondamentali.

E a questo compito la spingono, da un lato, le trasformazioni del contenuto del sistema ordinamentale comunitario – sempre più orientato, nel corso degli anni settanta, verso l'apprezzamento dei «nuovi» diritti del lavoro – e, dall'altro, la strenua difesa della «vecchia» logica mercantile con cui quei diritti devono misurarsi. È del 1989 la scelta della «strategia della compatibilità», quando si ammette che i diritti fondamentali riconosciuti dai Trattati non solo non sono «assoluti», ma possono tollerare «limiti» a condizione che corrispondano a obiettivi di interesse generale della comunità e non costituiscano, rispetto al fine perseguito, una «sproporzionata» e «intollerabile» interferenza che pregiudica la «vera sostanza» di quei diritti (Caso Wachauf, 1989).

Così formulata questa opzione viene consegnata alla storia dell'Europa di oggi, la cui area di libero scambio mercantile si sviluppa in un clima sempre più soggetto alle turbolenze della globalizzazione, alla circolazione frenetica della speculazione finanziaria e alle «astuzie» del capitale.

I casi Viking e Laval ne sono i sensori evidenti, e dimostrano come i principi fondativi dell'area del mercato europeo siano entrati in rotta di collisione con quelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri che *nella* medesima area devono – secondo il lessico comunitario – essere «riaffermati», «tenuti in conto» e «rispettati».

Ma, e non è per accidente, ancora nel 1999 la Corte sente il bisogno di ribadire: «la concorrenza libera è uno dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario» (Caso Eco Swiss China, 1999).

È proprio nelle vicende di cui sono protagoniste la azienda di navigazione finlandese (Viking) e la impresa edile lettone (Laval) che a essere «minacciati» sono gli altri due pilastri che fondano l'etica mercantile: la libertà di stabilimento (art. 43 TCe e Regolamento Cee 1986) e la libera circolazione di servizi (art. 49 TCe, Direttiva n. 96/71 sul distacco dei lavoratori). In entrambi i casi il confronto si manifesta sul terreno classico del diritto sindacale, e in particolare con la libertà sindacale e il diritto di azioni collettive, o meglio dello sciopero, inscritto nelle Costituzioni della Finlandia e della Svezia, i due Stati nazionali interessati. Nelle due circostanze, come accade peraltro anche in Italia, il rango costituzionale del diritto alla autotutela lo rende limitabile solo dalla legislazione nazionale, dal Diritto comunitario o da ragioni di buon costume (secondo la Corte Costituzionale finlandese) o da contrattazione collettiva (Costituzione svedese).

La proclamazione costituzionale di tale diritto di azione collettiva, non compiutamente specificato, sollecita la attività definitoria e interpretativa del giudice nazionale e la correlativa strategia di conciliazione di esso con i restanti valori e diritti propri dell'ordinamento nazionale (tra tutti la libertà di impresa).

La funzione di bilanciamento e contemperamento è appannaggio della giurisprudenza costituzionale (là dove esiste) e/o ordinaria, a cui a maggior ragione non si possono sottrarre i giudici sovranazionali. E, sotto questo aspetto, si può registrare tra le poste attive della giurisprudenza della Corte di Giustizia l'aver ammesso che la azione collettiva intrapresa per proteggere i lavoratori è un diritto fondamentale ormai metabolizzato anche dal *corpus* normativo comunitario.

A voler essere pignoli va rilevato tuttavia che le due sentenze richiamano le fonti internazionali di riferimento, gli antecedenti per così dire paludati che ispirano i giudicanti, come la Convenzione Oil n. 87 e la Carta sociale europea (richiamata dall'art. 136 del TCe), la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 approvata a Strasburgo e quella dei diritti fondamentali della Unione europea di Nizza del 2000 (all'epoca delle decisioni entrambe ancora semplici dichiarazioni solenni).

Entrambe ignorano, però, le prime decise affermazioni contenute nel diritto derivato – come il Regolamento Monti e la Direttiva n. 2006/123 (del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno) –, che riproduce, con qualche aggiunta ma senza citarlo direttamente, l'art. 28 della Carta di Nizza. Infatti «La presente direttiva non pregiudica l'esercizio dei diritti fondamentali quali riconosciuti dagli Stati membri e dal Diritto comunitario, né il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il Diritto comunitario» (art. 1, punto 7).

4. — *Il dono del cavallo di Troia: timeo Danaos dona ferentes. La logica funzionalista* — L'omaggio tributato alla autotutela, cioè a un architrave dei sistemi di rapporti sindacali elevato al rango di diritto fondamentale, va senza dubbio apprezzato, e la disancora dall'empireo talvolta indistinto delle fonti internazionali e comunitarie. La Corte concretizza in tal modo le espressioni semantiche impiegate nel suo dizionario comunitario perché la mediazione giudiziaria «tiene in conto» e «rispetta» l'art. 6 della Carta sociale europea, l'art. 13 di quella di Strasburgo e l'art. 28 della successiva varata a Nizza, tutti dedicati alla azione collettiva.

Ma l'articolarsi del ragionamento della Corte è teso inevitabilmente verso la costruzione della fisionomia del conflitto legittimo in quanto tollerabile dall'ordine costituito dai fondatori del sistema nel 1957. Il dono elargito è parte di una «filosofia» giudiziaria che, come vedremo, non appare sempre in sintonia con la reale intima essenza del diritto, con le sue finalità e soprattutto con il suo modo di comporsi nella architettura delle relazioni industriali nazionali.

Una prima osservazione è che i giudici europei sembrano imprigionati in una logica strettamente funzionalista: in entrambi i casi il conflitto collettivo viene strettamente collegato al procedimento di contrattazione collettiva, al suo essere, appunto, funzionalmente e quasi strutturalmente «servente» della attività di pacificazione degli interessi, con esclusione, dunque, di ogni altro obiettivo più largamente solidale come lo sciopero politico o di protesta o anche di solidarietà internazionale.

L'atteggiamento è comprensibile ma non giustificabile, se si pensa che è proprio la solidarietà il collante che è alla base dell'atto conflittuale, costituendone, come vedremo, la intima essenza. In entrambi i casi il conflitto è stato certo funzionalmente collegato al processo di contrattazione collettiva. Nell'uno (Viking) era l'espressione del rifiuto del sindacato di rinnovare un contratto collettivo preesistente se l'impresa non avesse accolto la sua richiesta di rispettare il diritto nazionale e il contratto collettivo vigente, nel caso di mutamento di bandiera avesse licenziato i dipendenti finlandesi o avesse modificato le condizioni di lavoro senza preavviso con i sindacati. Nel secondo caso (Laval) l'azione collettiva aveva lo scopo di indurre la azienda, nel corso del rinnovo del contratto, a corrispondere ai lavoratori distaccati una retribuzione basata sulla media di quelle pagate ai lavoratori della regione del paese ospitante (mediamente più elevate).

Ma la finalità ultima della protesta – e cioè la affermazione della solidarietà per così dire universale tra lavoratori – si iscrive perfettamente nella logica puramente volontaristica dei due sistemi (finlandese e svedese) di relazioni collettive. Essa appartiene alla tradizione storica di paesi le cui relazioni industriali affondano le proprie radici nei grandi Accordi di Base tra coalizioni sindacali e imprenditoriali della metà del XIX secolo. Nella tattica del sindacato finlandese e di quello svedese, infatti, l'arresto o il mancato avvio della trattativa contrattuale sono solo i pretesti, per quanto importanti, per affermare la sostanziale funzione strategica del conflitto specie quando serve a sostenere una solidarietà tra lavoratori che valica i confini nazionali. Non è un caso che per amplificarne l'eco nel circuito culturale della giustizia comunitaria sia intervenuta nella vertenza del vascello finlandese la Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti.

5. — *Il dialogo tra legge e contrattazione collettiva secondo la Corte* — L'impressione che si ricava dalla lettura delle due decisioni è che la teoria funzionalista spinga i giudici europei a dedurre che il conflitto sia solo l'avvio o una tappa del più ampio processo di negoziazione degli interessi, e che esso si ponga come arma legittima solo quando sia strettamente necessaria e, cioè, sia «l'ultima risorsa o ultima *ratio*» a disposizione dei la-

voratori. A maggior ragione quando lo scopo protettivo per cui il conflitto viene attivato risulta assicurato dalla legge.

Certo, dice il giudice in *Laval*, è comprensibile che la mobilitazione delle energie conflittuali, per garantire comunque giuste «condizioni di lavoro e occupazione» ai lavoratori distaccati da un paese ad altro ospitante, avvenga attraverso un normale procedimento di contrattazione collettiva. Ma non è giustificabile se quelle condizioni sono già stabilite in una Direttiva (par. 107 e par. 108 *Laval*).

È qui uno degli snodi cruciali della giurisprudenza europea ed è forse quello che più tocca il nervo scoperto del sistema comunitario come di ogni altro ordinamento nazionale: il rapporto tra legge e autonomia collettiva.

La strada imboccata dalla Corte è quella di compatibilizzare, utilizzando i canoni fondamentali del proprio sistema, un evento apparso eterodosso come l'azione collettiva che acquisisce la cittadinanza all'interno della società europea. La compatibilità non può che avvenire non solo quando il fine del conflitto è tollerabile secondo l'*acquis* comunitario, ma quando assolve una funzione residuale e sussidiaria rispetto alla legge. Il contratto collettivo si può muovere sul terreno, disegnato dal legislatore secondo i dettami della Direttiva sui distacchi, a patto che, appunto, integri le lacune normative dei sistemi. Il fatto che il prestatore di servizi sia obbligato al rispetto delle norme di protezione minima nello Stato ospitante è garanzia sufficiente alla soddisfazione delle esigenze di tutela.

Questa ricostruzione è intrinsecamente coerente con la ideologia che pervade l'ordito dei Trattati e sostiene ogni sforzo di non vederla intaccata da intrusioni che ne possano alterare o scomporre gli equilibri. Ma vi traspare una idea della autonomia collettiva e del suo ruolo come irrigidita dal pregiudizio della scissione tra esercizio del conflitto e finalità dello stesso.

È vero, infatti, che il primo è funzionale alla contrattazione, ma non è escluso che esso possa intervenire anche quando, come nel caso della Direttiva sui distacchi del 1996, le disposizioni del legislatore contengano i minimi migliorabili dall'intervento ponderato delle parti sociali. Le norme imperative di protezione minima in vigore nel paese ospite – recita il Considerando 17 – «non devono ostacolare la applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori», ed è quindi conseguente – prosegue il Considerando 22 – che resti «impregiudicato il diritto vigente negli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria».

Niente nella Direttiva lascia supporre che un conflitto non possa avere a oggetto il miglioramento delle retribuzioni attraverso un sistema contrattuale articolato ed elastico, che assicura quella funzione dinamica e adeguatrice

che la autonomia collettiva può svolgere. Gli artt. 49 e 50, aveva detto la stessa Corte, non ostano a che lo Stato membro ove si svolgono i lavori possa imporre alla impresa che vi presta i servizi «l'obbligo di pagare ai dipendenti distaccati la retribuzione stabilita nelle disposizioni contenute nel contratto collettivo applicabile nello stesso Stato» (Caso Arblade, 1999).

Il fatto che il prestatore di servizi sia obbligato solo al rispetto degli *standards* minimi dello Stato ospitante non può dunque escludere la legittimità di un conflitto che lo costringa a un ulteriore negoziato nel corso di una dinamica del tutto volontaria del rapporto di forze, visto che la stessa Carta di Nizza lo consente.

Negare questo ruolo alla autonomia contrattuale significa mortificare la fisionomia che essa assume nei singoli contesti nazionali, soprattutto quando – come accade in Svezia e in Italia –, peraltro, non sia prefigurato un sistema di minimo retributivo legale.

La verità è che la osservanza pedissequa dello «spirito» del mercato rende insensibile e rigida la cornice normativa comunitaria alle logiche solidaristiche proprie della autonomia collettiva. La Corte ne è consapevole quando si ritrova a dover fare i conti con ordinamenti giuridici nazionali che hanno scelto il rispetto dei «canoni» dello stato sociale. E tale consapevolezza la induce a forzature e contraddizioni interpretative. Ne è un esempio il caso Ruffert (aprile 2008), in cui la capacità dinamica della negoziazione non viene misconosciuta dai giudici europei quando si trovano di fronte alla necessità di giudicare la tollerabilità comunitaria di una legge statale (senza indicazione di minimi salariali) che subordina la effettuazione di una prestazione di servizi al rispetto delle condizioni poste dai contratti collettivi (privi di efficacia *erga omnes*) vigenti nello Stato ospitante. La sintonia con i casi precedenti è totale; la norma viene giudicata pertanto *contra legem*, ma ciò non impedisce alla Corte di ritenere che una impresa prestatrice di servizi possa «sottoscrivere volontariamente [...] un contratto collettivo eventualmente più favorevole». Un malizioso lettore potrebbe arguire che allora in tal caso: a) niente impedisce che il contratto collettivo possa andare oltre i minimi della Direttiva; b) che la dinamica del procedimento contrattuale possa recuperare appieno la sua funzionalità e c) che possa effettuarsi anche in questi casi ogni azione collettiva utile all'obiettivo e pertanto legittima. E si può anche pensare che tutto ciò possa avvenire senza minaccia alcuna per il libero dispiegarsi di uno dei canoni irreversibili del mercato. Se così fosse la decisione si porrebbe in evidente rotta di collisione con i giudicati precedenti.

Ma siamo in presenza di una sottigliezza: niente più di una sfumatura che si perde nella tetragona certezza che la Direttiva sui distacchi vada comunque riflessa nello specchio deformante dell'art. 49, alla luce del quale valutare l'effetto utile che essa persegue, e cioè l'eliminazione di ogni barriera al di-

namismo del mercato dei servizi e non anche la garanzia di un equilibrio economico tra lavoratori.

Non c'è da stupirsi che la Confederazione europea dei sindacati legga tra le pieghe delle decisioni «una minaccia alla flessibilità del sistema di relazioni industriali ormai ben radicato con successo in Svezia e nei paesi scandinavi» (*FT.Com. Financial Times*, 19 dicembre 2007).

6. — *Diritti sociali e principi economici tra funzionalizzazione e assimilazione* — Vale la pena di soffermarsi sulle tecniche argomentative con le quali la Corte disegna i perimetri delle libertà-principi (fondamentali) del mercato e dei diritti sociali (fondamentali).

Annoverata a contenuto di questi ultimi anche l'azione collettiva, essa ne offre una versione non contenutistica-strutturale ma finalistica-funzionale.

L'apprezzamento del ruolo delle parti sociali (possiamo spingerci a dire, ormai, della autonomia collettiva?) a livello europeo ha indotto i giudici comunitari a ritenere che il dialogo sociale sia uno strumento che, in assenza di un processo costituente, ha realizzato nella *agorà* comunitaria un esempio di democrazia partecipativa (Caso Ueapme, 1998). E la suggestione era affiorata anche nella Costituzione «mancata» sotto forma dei due principi, appunto, della democrazia partecipativa (art. I-47) e del dialogo sociale autonomo (art. I-48).

Ma l'omaggio alla autonomia delle parti sociali, per quanto inserito in un libro «costituzionale», si era fermato qui, e veniva riflesso nella articolazione delle norme contenute nel capo della libertà e solidarietà della parte II, in cui era stata inserita la Carta di Nizza. La prospettiva che l'incorporazione di un nuovo lessico giuridico ponesse in discussione le radici dell'impianto normativo comunitario aveva spaventato talmente il versante anglosassone europeo che il termine Costituzione è letteralmente sparito dal mandato conferito a Lisbona nel 2007 ai nuovi redattori del Trattato.

Questa ipotesi si risente ancora nelle argomentazioni della giurisprudenza della Corte, ove affiora un tecnicismo forzato, motivato dalla perenne preoccupazione che ogni innovazione culturale e strutturale dell'ordine giuridico del mercato possa sconvolgere la «armonia prestabilita» della logica economica.

Avviatasi sulla strada della funzionalizzazione del conflitto alla contrattazione (par. 36 Viking), la Corte inizia a configurare la fattispecie della azione collettiva legittima. Il percorso è coerente con le premesse ed è con questo metro che essa misura la legittimità della scelta del sindacato. La sua tollerabilità con i diritti economici comunitari viene compromessa proprio nella misura in cui il fine del mezzo strategico impiegato (lo sciopero) consista nell'indurre una impresa a sottoscrivere un contratto collettivo il cui

contenuto sia tale da dissuaderla – come nel caso Laval – dall'avvalersi della libertà di stabilimento.

La preoccupazione di preservare la «purezza» della ispirazione originaria dei Trattati si traduce in un apprezzamento non corretto della logica propria dei sistemi di rapporti collettivi che si nutrono delle scelte strategiche e tattiche assunte in piena libertà dai protagonisti. Va ribadito che in una cultura volontaristica e non coartata delle relazioni industriali il fine, tanto del conflitto che della contrattazione, è la determinazione di condizioni di lavoro «sane sicure e dignitose» (Carta di Nizza, art. 31), e che questo fine si può raggiungere solo attraverso una mobilitazione delle energie avverse a strategie imprenditoriali di impiego socialmente irresponsabili e antisolidaristiche della libertà di stabilimento (ad esempio, il cambio di bandiera di un battello come premessa per l'offerta di condizioni di lavoro peggiori di quelle dovute).

La Corte assume una prospettiva rigorosamente coerente con le proprie opzioni ideologiche, ma irriguardosa della totalità degli interessi in gioco e delle «ragioni degli altri». Ha sì elargito il «dono» della qualificazione – come fondamentale – del diritto alla azione collettiva, ma ne ha pregiudizialmente «piegato» la natura e la funzione senza cercarne la intima essenza, o meglio, «il contenuto essenziale» (art. 52 Carta di Nizza).

Ogni conflitto che si colloca all'interno di una dialettica tra poteri sociali privati comporta un limite e una sofferenza alla propria autonomia decisionale. Ma si tratta di una conseguenza necessitata che gli attori del confronto scontano preventivamente (perdita di retribuzione, sconfitta politica, da un lato, sofferenza economica, dall'altro). Ma né il limite né la sofferenza sono in sé l'obiettivo principale degli strateghi sindacali.

La forzatura della intera costruzione della Corte appare vistosa allorché ha inquadrato i due casi sotto esame nella cornice delle norme indicative delle fonti normative e delle ragioni che possono limitare l'esercizio delle libertà economiche (art. 46 e art. 55 TCE). E ha argomentato che ove tale forza di apposizione di limiti fosse riconosciuta alle sole «disposizioni legislative e regolamentari e amministrative» – determinate esclusivamente da esigenze di «ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica» (art. 46 TCE) –, e non anche «alla contrattazione collettiva e altri atti conclusi o adottati da soggetti privati», si creerebbero «ineguaglianze» ingiustificate (par. 34 di Viking).

Insomma ove non si applicasse «la tecnica della estensione per analogia» dell'art. 46 la contrattazione collettiva finirebbe per circolare, ritiene la Corte, liberamente nella sfera della concorrenza con una *force de frappe* che non conoscerebbe né limiti alla sua intensità, né confini al suo esercizio.

Ma l'analogia non regge, né può convincere il tentativo di restringere l'area di intervento della autonomia sindacale, che, una volta collocata come

fonte del diritto sullo stesso piano di quelle pubbliche, dovrebbe agire solo ove si verificassero le ragioni rigorosamente previste dal Trattato (ordine pubblico, sanità, pubblica sicurezza).

Insomma questa indebita assimilazione viene smentita dalla natura schiettamente privatistica del soggetto sindacale (come riconosce peraltro la stessa Corte nei casi, par. 35, Viking e Laval, par. 98) – non assimilabile alle articolazioni statali e amministrative pubbliche (le sole soggette a vincoli e privilegi) – e dalla sua funzione solidaristica e perequativa di interessi squisitamente privati. Insomma una volta affermata così la identità del soggetto sindacale è contraddittorio attribuirgli la natura di enti e associazioni «quasi pubbliche che svolgono una funzione di regolamentazione o che dispongono di un potere quasi legislativo [...] per il solo fatto di regolare collettivamente le condizioni di lavoro» (Viking, parr. 64-65).

Insomma questo «dono» della assimilazione – sia pure per via interpretativa – comporterebbe il «trauma» dell'assoggettamento a vincoli rigidi dell'azione conflittuale, da considerare legittima solo ove fosse necessaria a soddisfare le ragioni superiori dell'interesse generale pubblico.

Sarebbe bastato ai giudici riflettere sulla diversa tonalità regolativa con cui si è mossa la Direttiva sui servizi del 2006, ove gli organi di governo della Comunità hanno esplicitamente escluso (art. 4, par. 7) che i contratti collettivi possano rientrare tra quei «requisiti» – cioè obblighi, divieti, condizioni o limiti – che in qualche modo influenzano l'accesso alla attività di servizi o al suo esercizio (Considerando 9). È una presa di coscienza che può assumere valenze probanti di un orientamento legislativo «realistico», indicativo del confine tra la natura solidaristica dell'interesse collettivo e quella individualistica del «contenuto essenziale» delle due libertà – prestazione di servizi e stabilimento – consistente in «una attività economica non salariata» volta all'insediamento e circolazione degli affari.

Insomma la diversa prospettiva della Corte appare distonica rispetto alla storia, alla natura e alla fisionomia che la Costituzione italiana riconosce al soggetto sindacale agli artt. 39 e 40.

7. — *Le tecniche e le forzature argomentative della Corte* — Eppure, posta di fronte al diritto di contrattazione collettiva, la stessa Corte con una impennata interpretativa l'aveva sottratto al cono di luce delle regole della libera concorrenza riconoscendone la funzione di determinazione delle condizioni di lavoro e quindi di servente della politica sociale (Caso Albany, 1999, parr. 55-60). Il procedimento contrattuale non porta con sé le stimate della incompatibilità «con il mercato comune», né costituisce una «pratica concordata» che pregiudica il commercio o impedisce, restringe e falsa il gioco della concorrenza.

La verità è che, in quanto sprovvisto di una definizione consacrata nei Trattati, il contratto collettivo sfugge a una categorizzazione normativo-comunitaria, e proprio per questo si espone al pragmatismo definitorio dei giudici che, nel caso Albany, sostengono come gli accordi collettivi, in quanto finalizzati «a obiettivi di politica sociale», debbano essere considerati, «per la loro natura e per il loro oggetto» (par. 59 Albany), non rientranti nel campo di applicazione dell'art. 85, n. 1, TCE. Certo, essi si affrettano a ricordare come sia presente ai loro occhi il solo contratto collettivo cd. normativo. Ma la indipendenza dalla ipoteca mercantile viene decisamente proclamata perché nelle aule di giustizia del Lussemburgo è stata imboccata la strada giusta, la interpretazione sistematica, cioè la lettura «utile e coerente delle disposizioni del Trattato» (par. 60 Albany).

Ma per i giudici la analogia di Albany con Viking non può funzionare perché sono diverse «le condizioni di applicazione» (Viking, par. 53), e se l'azione collettiva può sfuggire alla libera concorrenza essa viene fatalisticamente attratta nella zona d'ombra verso cui la spinge la libertà di circolazione dei servizi.

Il ragionamento prosegue nella sua ferrea coerenza e mostra tuttavia la propria insufficienza ove si pensi che la analogia è fuorviante solo se, e nella misura in cui, tende a fornire allo stesso diritto significati, contenuti e finalità diversi. Libertà di stabilimento e impresa, circolazione dei servizi e dei beni hanno tutti come fine la «affermazione dell'interesse di mercato e della produzione». Oggi la «missione particolare» della Comunità è non difensiva, ma promozionale di «uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche» e di un «elevato livello di occupazione e protezione sociale» (art. 2 TCE). Come dire che per conseguire questi obiettivi è necessario contrapporre dimensione e valori differenti.

Il diritto di confliggere e quello di contrattare, infatti, hanno una medesima storia e una stessa struttura nonché una identica funzione, che è la regolazione delle condizioni di lavoro. Essi vivono un rapporto di complementarità reciproca nella misura in cui esprimono il loro contenuto essenziale, cioè la solidarietà tra lavoratori nel mercato del lavoro.

Certo, è fatale che la competizione tra diritti fondamentali debba essere risolta attraverso una attività di mediazione giudiziale indispensabile alla «*governance* costituzionale» europea. Ed è altrettanto ineluttabile che un saggio bilanciamento tra diritti della stessa natura e qualità (fondamentali), ma strutturalmente e naturalisticamente antitetici (libertà di impresa/diritto al lavoro; libera concorrenza/diritti sociali collettivi), ne eroda reciprocamente in qualche modo la funzione senza intaccarne la struttura e il contenuto.

Ma invocare, come fa la Corte (Viking, par. 58, par. 59), a mo' di esempio della superiorità dei principi-base del Trattato sugli atti della auto-

nomia privata collettiva, quello della parità di trattamento uomo-donna – come è accaduto quando ha dichiarato la nullità delle clausole dei contratti collettivi a esso contrarie (caso Defrenne 1976) – significa argomentare adducendo un esempio che prova troppo. Anzitutto perché la parità di trattamento non è antitetica, certo, *di per sé* alla funzione che svolge il contratto collettivo, e poi perché è ben possibile che la prima possa intervenire a mo' di correzione del secondo perché recuperi la propria «vocazione alla solidarietà» tra lavoratori e lavoratrici. La verità è che il parallelo escogitato dai giudici consentiva loro di utilizzare la strategia del conferimento agli artt. 43 e 49 dell'effetto orizzontale. Una strada, come abbiamo visto non percorribile per la natura privatistica delle organizzazioni degli interessi delle imprese e dei lavoratori e degli atti dalle stesse derivanti. Una integrazione dei sistemi nazionali per siffatta «via giudiziaria» a senso unico non è un evento auspicabile perché collide con la dimensione costituzionale dei diritti sociali, i cui titolari sono insofferenti di interventi imperativi che sfigurino o erodano porzioni delle prerogative acquisite faticosamente negli anni della loro vita.

8. — *La via giudiziaria alla integrazione e il «dono» della pedagogia della Corte* — La pedagogia giudiziaria di cui la Corte si fa carico frequentemente è un «dono» che diventa una prescrizione vincolante per i terminali nazionali. L'invito a decidere si accompagna con la fornitura di «canoni ermeneutici irreversibili» cui devono conformarsi tutti quegli operatori del diritto che si confrontano anche con le norme costituzionali dei propri paesi (Viking, par. 85). La giustizia lussemburghese non interpreta solo le norme dei trattati, ma rischia di sconfinare nella interpretazione dei diritti fondamentali nazionali senza tener conto dell'atteggiarsi dei sistemi di diritto sindacale.

È solo utilizzando il mosaico normativo a disposizione che può essere tracciata la linea di confine della libertà economica e possono essere individuati i limiti dalla stessa sopportabili. La Corte ha a disposizione l'armamentario concettuale che le forniscono le tavole della legge, secondo le quali la azione collettiva legittima è solo quella

- a) giustificata da ragioni imperative di interesse generale,
- b) idonea a garantire la realizzazione degli obiettivi e
- c) che non va oltre quanto è strettamente necessario per raggiungerli.

Dunque non resta che fornire a queste formule i contenuti richiesti dalla politica giudiziaria di bilanciamento dei principi e diritti del caso concreto.

E allora l'azione collettiva può limitare la libertà economica se è conforme all'«interesse generale» e se tutela i lavoratori in modo sintonico rispetto al fine della Comunità-Unione, che è quello di «promuovere la politica so-

ciale», e quindi quando «i posti e le condizioni di lavoro sono seriamente minacciati» (Viking, par. 81).

Ma non basta. La strategia sindacale deve essere valutata non solo con il criterio della necessarietà ma, anche con quello della adeguatezza, o, meglio, proporzionalità al fine (Viking, par. 86; Laval, par. 94). Come dire che il perimetro della legittimità dell'azione comprende non solo i profili di contenuto ma anche le modalità strumentali dell'esercizio del diritto.

Sono questi i canoni della cultura giuridica della Corte, ma la loro assolutezza mal si concilia con la natura dinamica del diritto sindacale e della autonomia collettiva che ne è protagonista. Essi richiedono un'opera di adattamento alla natura dei diritti e alla struttura delle relazioni collettive dei singoli contesti periferici difficilmente armonizzabili a colpi di sentenze.

Il criterio della compatibilità del conflitto sindacale con i Trattati va rivisto in ragione delle trasformazioni subite dalla loro ispirazione originaria, che obbligano a considerare le ragioni del mercato del lavoro (elevato livello dell'occupazione, condizioni sane eque degne, solidarietà) come «imperative di interesse generale» che giustificano la lotta sindacale limitativa dei *diktat* del mercato.

Forse vale la pena suggerire che quell'«interesse» va contestualizzato nell'universo del lavoro: esso è sì «generale», ma perché chi lo rappresenta agisce in funzione solidaristico-rappresentativa di un macrocosmo più ampio del gruppo dei propri iscritti (Viking, par. 86) lottando per di più a favore di condizioni di lavoro equipollenti ma contro il *dumping* sociale.

La necessarietà e la proporzionalità sono *test* che non possono essere oggetti di un giudizio, per quanto scrupoloso, *ab externo* perché entrambi originano dalla libera determinazione dei protagonisti della lotta: gli unici capaci di valutare l'economia, per così dire, della risorsa conflittuale, la sua strategia (era necessario?, era opportuno?) e la sua tattica (era proporzionata al fine?).

Un *test* della proporzionalità rimesso nelle mani dei giudici comporta dunque una valutazione eterodossa del complesso fenomeno sindacale, delle opportunità, delle finalità, dei tempi e delle modalità del conflitto, della adeguatezza delle rivendicazioni e della loro compatibilità a fronte del funzionamento della impresa in un dato contesto e in un dato momento. Il giudizio può giungere anche a incidere sulla comparabilità tra trattamenti economici previsti dai diversi contratti collettivi applicabili nel medesimo caso.

È quanto accaduto nell'*affair* Laval, ove è stato tagliato il nodo gordiano che lega la legge (Direttiva) alla autonomia sindacale (contratto collettivo). In particolare si è trattato di decidere se sia legittimo un conflitto che vuole indurre l'impresa (stabilita in uno Stato membro) ad avviare le trattative sui salari da corrispondere a lavoratori distaccati in altro Stato per at-

tribuire sia loro *standards* migliorativi dei minimi legislativi che materie già previste dalla direttiva.

Insomma lo scrutinio del giudice valuta la stessa funzione calmieratrice delle condizioni di lavoro con la quale il sindacato impedisce che attraverso la leva del salario si ledano all'unisono la esigenza solidaristico-perequativa tra lavoratori e il principio di concorrenza leale nel traffico economico.

Nell'ottica dirigista della Corte e nella sua parossistica difesa delle «ragioni degli affari» è comprensibile (ma non giustificabile) che gli spazi occupati dalla negoziazione collettiva nei modelli contrattuali con struttura articolata e flessibile, come quelli svedese e italiano, possano in qualche modo alterare la concorrenza tra le imprese nazionali e quelle straniere distaccanti. Ma entrambi sono il frutto di una tradizione secolare di supporto legislativo all'autonomia dei *partners* sociali. Una interferenza giudiziale così invasiva non si giustifica proprio quando sembra, paradossalmente, che l'impegno sindacale si svolga alla insegna della eterogenesi dei fini in quanto volta, sia pure indirettamente, al rispetto della leale competizione economica tra le imprese.

Ne risulta un intervento che sembra imporre alla platea dei membri comunitari un sistema contrattuale rigido quando la Direttiva sui distacchi, da un lato, come già ricordato, lascia impregiudicato il diritto nazionale vigente delle azioni collettive di «difesa degli interessi di categoria (Considerando 22)» e, dall'altro, esclude che i contratti collettivi [artt. 4 e 4(7)] siano tra quelle «condizioni» che violano le regole sulla libera concorrenza.

9. — *La Corte e la regola della sussidiarietà* — Ciò che in ogni caso sembra evidente è che nella sua missione didattica la Corte abbia in sostanza dettato le regole per un modello di conflitto socialmente «responsabile» e «costituzionalmente» tollerabile, surrettiziamente aggirando il divieto che la Comunità si è imposta di regolazione della materia (art. 137, par. 5) e violando la regola della sussidiarietà.

L'intrusione nella sovranità degli Stati membri viene giustificata con la argomentazione che comunque essi sono tenuti a rispettare il Diritto comunitario anche nelle materie di loro competenza esclusiva. Dunque non è certo escluso che tale rispetto debba influire anche nella determinazione delle «condizioni di esistenza dei diritti» e delle «modalità di esercizio degli stessi», (Laval, par. 87) e che anche se il diritto è riconosciuto come fondamentale dall'art. 28 della Carta di Nizza vada esercitato «conformemente al Diritto comunitario e alle leggi e prassi nazionali» (Laval, par. 91).

La Corte dunque non ammette mezzi-toni e le affermazioni sono tanto più *tranchant* quanto meno appaiono convincenti e, per di più, si ritorcono come *boomerang* su di essa, azzerata com'è la ripartizione delle com-

petenze tra l'ordinamento comunitario-sovrano e gli Stati membri relegati alla «periferia dell'impero».

La Carta del 2000 ha eretto a contenuto di norme fondamentali le prerogative della autonomia collettiva e con scrittura attenta le ha collocate non tra i principi, ma tra i diritti che gli Stati ma anche «le istituzioni e gli organi dell'Unione», dei quali fa parte la Corte di Giustizia, devono applicare nel «rispetto del principio di sussidiarietà» (art. 51).

L'ingresso del testo di Nizza nei Trattati rinnova gli *animal spirits* dell'ambiente culturale comunitario obbligando gli interpreti a una comparazione tra nuovi diritti e vecchie libertà in una cultura oggi illuminata da valori quali la libertà e la solidarietà. È vero che la loro efficacia viene «bilanciata» da contrappesi (artt. 51 e 52 Carta di Nizza) che misurano l'impatto dei diritti sugli ordinamenti interni. Ma è altrettanto certo che la Corte, al pari dei governi nazionali, è chiamata al rispetto sia del loro «contenuto essenziale» che delle prassi e delle legislazioni che ne disciplinano le modalità d'uso.

I diritti sociali inseriti nel corpo dell'ordinamento comunitario diventano essi stessi fondamentali, anche nei paesi ove non sono giudicati come tali, in virtù dell'obbligo della interpretazione conforme a cui sono tenuti i giudici nazionali nell'applicazione delle regole europee. Il loro contenuto deve essere il più possibile in sintonia con la *ratio* dei principi generali della politica sociale e con quei valori – libertà, solidarietà, dignità – che più attengono alla tutela degli interessi collettivi e individuali dei lavoratori, oggi ribaditi nella Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 luglio 2007 al fine di modernizzare il Diritto del lavoro per rispondere alle sfide del secolo (par. 17).

La verità è che i giudici di Lussemburgo hanno segnato un percorso che altri si affrettano a percorrere: la British Airways ha minacciato, nel nome del «diritto di concorrenza», il ricorso a una *injunction* per bloccare lo sciopero dei piloti contro la costituzione di una società collegata che avrebbe comportato rischi per l'occupazione (*Financial Times*, 10 Marzo 2008).

È su questo fronte che va sollecitato l'impegno di quanti credono che la integrazione comunitaria possa avvenire percorrendo la strada dei «diritti di qualità», e che quanto più elevata e «globalizzata» è la logica mercantile tanto più intensa, meditata e alta può essere la risposta. Ma è anche una sfida rivolta agli intellettuali che devono ricorrere alla storia per ricordare quanto sia stato difficile per la Corte Suprema americana tener ancorata la propria giurisprudenza al principio «il lavoro non è una merce» proclamato dal *Clayton Act* sin dal lontano 1914 [A. Zorzi Giustiniani (a cura di), *Diritti fondamentali e interessi costituiti*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 24 ss.].

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, 3 aprile 2008, causa C-346/2006 – Pres. ed Est. Timmermans, Avv. Gen. Bot – Rüffert c. Land Niedersachsen.

Libera prestazione dei servizi – Direttiva n. 96/71/Ce – Distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi – Procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori – Obbligo dell’appaltatore di applicare le retribuzioni minime dettate dal contratto collettivo categoriale dello Stato ospitante privo di efficacia *erga omnes* – Contrasto con l’art. 49 TCe e Direttiva n. 96/71.

La Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, n. 96/71/Ce, relativa al distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi, interpretata alla luce dell’art. 49 Ce, osta a un provvedimento legislativo, emanato da un’ autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all’atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l’esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo dell’esecuzione dei lavori in questione, qualora questo contratto non sia stato dichiarato di applicazione generale né espliciti in concreto una efficacia equivalente.

(Omissis)

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 La Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, n. 96/71/Ce, relativa al distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi (*Gazz. Uff.*, 1997, L 18, p. 1), all’art. 1, intitolato «Campo d’applicazione», prevede quanto segue:

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

[...]

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

a) distacchino un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell’ambito di un contratto concluso tra l’impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servi-

zi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia;

[...].».

4 Ai sensi dell'art. 3 della Direttiva n. 96/71, intitolato «Condizioni di lavoro e di occupazione»:

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

– da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o

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

[...]

c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria;

[...]

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

a condizione che la loro applicazione alle imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1, assicuri la parità di trattamento quanto alle materie di cui al para-

grafo 1, comma 1, del presente articolo, fra tali imprese e le altre imprese di cui al presente comma che si trovano in una situazione analoga.

[...].».

La normativa nazionale

5 La legge del Land Niedersachsen (Land Bassa Sassonia) sull'aggiudicazione dei pubblici appalti (Landesvergabegeetz Nds.; in prosieguo: la «legge del Land») contiene alcune disposizioni per l'aggiudicazione di appalti pubblici che ammontino a un valore minimo di EUR 10.000. Il preambolo della legge è così formulato:

«La presente legge è volta a combattere le distorsioni della concorrenza che sorgono nell'ambito dell'edilizia e del trasporto pubblico di passeggeri in seguito all'impiego di mano d'opera a basso salario e mitiga gli oneri a carico dei sistemi di sicurezza sociale. A tal fine essa prevede che all'ente pubblico aggiudicatore, nell'ambito delle attività edilizie e del trasporto pubblico di passeggeri, sia consentito assegnare gli appalti solo alle imprese che versino le retribuzioni stabilite dal contratto collettivo del luogo di esecuzione della prestazione del lavoro.

[...].».

6 Ai sensi dell'art. 3, n. 1, della legge del Land, intitolato «Dichiarazione di rispetto del contratto collettivo»:

«È consentita l'aggiudicazione di appalti per lavori edili solo alle imprese che, alla presentazione dell'offerta, si impegnino per iscritto a corrispondere ai loro dipendenti, per le rispettive prestazioni, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo e al tempo dell'effettuazione di tali prestazioni. Costituiscono lavori edili ai sensi del primo periodo le prestazioni effettuate sia nel settore delle strutture e della realizzazione del rustico, sia nel settore delle attività edilizie di finitura e affini. Il primo periodo si applica anche relativamente al rilascio di concessioni di servizi di trasporto nel settore del trasporto pubblico di persone».

7 L'art. 4, n. 1, della legge in parola, intitolato «Impiego di subappaltatori», dispone quanto segue:

«L'aggiudicatario può concedere in subappalto i lavori per cui la sua impresa abbia ricevuto l'incarico unicamente caso per caso e previo ottenimento di consenso scritto da parte dell'ente aggiudicatore. Già all'atto della presentazione dell'offerta, gli offerenti hanno l'obbligo di indicare quali lavori saranno successivamente attribuiti in subappalto. Nella misura in cui dei lavori siano attribuiti in subappalto, l'aggiudicatario è tenuto a imporre anche al subappaltatore gli obblighi gravanti sull'aggiudicatario stesso in base agli artt. 3, 4 e 7, paragrafo 2, e a controllare il rispetto di tali obblighi da parte del subappaltatore».

8 L'art. 6 della medesima legge, intitolato «Documentazione richiesta», stabilisce che:

«(1) Non saranno prese in considerazione le offerte sprovviste della seguente documentazione:

[...]

3. Dichiarazione di rispetto del contratto collettivo secondo l'art. 3.

[...]

(2) Qualora l'esecuzione di una parte dell'appalto venga affidata a un subappaltatore, al momento dell'assegnazione dell'appalto deve essere presentata anche la documentazione di cui al paragrafo 1 relativa al detto subappaltatore».

9 L'art. 8 della legge del Land, intitolato «Sanzioni», dispone quanto segue:

«(1) Al fine di garantire il rispetto degli obblighi di cui agli artt. 3, 4 e 7, paragrafo 2, gli enti pubblici aggiudicatori devono stipulare con l'aggiudicatario una penale convenzionale in ragione dell'1% del valore dell'appalto per ogni violazione imputabile, importo che, nel caso di pluralità di violazioni, può essere aumentato fino al 10%. L'aggiudicatario deve essere inoltre tenuto al pagamento della penale convenzionale di cui al primo periodo anche nel caso in cui la violazione sia commessa da un suo subappaltatore o da un subappaltatore di secondo grado, a meno che l'aggiudicatario non conoscesse né fosse tenuto a conoscere tale violazione. Qualora la penale convenzionale da versare risultasse sproporzionatamente elevata, l'ente aggiudicatore, su richiesta dell'aggiudicatario, può ridurla a un importo adeguato.

(2) Gli enti pubblici aggiudicatori convengono con l'aggiudicatario che il mancato rispetto degli obblighi di cui all'art. 3 da parte dell'aggiudicatario o dei suoi subappaltatori, così come violazioni per colpa grave o ripetute degli obblighi stabiliti agli artt. 4 e 7, paragrafo 2, giustificano la risoluzione immediata del contratto da parte dell'ente pubblico aggiudicatore.

(3) Qualora sia provato che un'impresa abbia violato per lo meno con colpa grave o ripetutamente gli obblighi della presente legge, allora gli enti pubblici aggiudicatori, ognuno per il rispettivo ambito di competenza, possono escludere tale impresa dall'attribuzione di appalti per un periodo fino a un anno.

[...]».

Causa principale e questione pregiudiziale

10 Dalla decisione di rinvio risulta che il Land Niedersachsen, in seguito a pubblica gara, assegnava nel corso dell'autunno 2003 alla Objekt und Bauregie un appalto relativo a lavori strutturali di edilizia nella costruzione dell'istituto penitenziario di Göttingen-Rosdorf. L'importo dell'appalto am-

montava a EUR 8.493.331, Iva compresa. Nel contratto figurava l'impegno a rispettare i contratti collettivi e, più specificamente, quello di corrispondere ai lavoratori impiegati nel cantiere almeno il salario minimo vigente nel luogo dell'esecuzione in base al contratto collettivo denominato «Settore edilizio» al n. 1 dell'elenco dei contratti collettivi rappresentativi (in prosieguo: il «contratto collettivo "Settore edilizio"»).

11 La Objekt und Bauregie ha affidato lavori in subappalto a un'impresa stabilita in Polonia. Nel corso dell'estate 2004 tale impresa è stata sospettata di aver impiegato nel cantiere lavoratori cui sarebbe stato corrisposto un salario inferiore a quello previsto dal contratto collettivo «Settore edilizio». Successivamente all'avvio di indagini, sia la Objekt und Bauregie sia il Land Niedersachsen hanno risolto il contratto d'appalto fra di essi concluso. Quest'ultimo ha motivato la risoluzione sostenendo, in particolare, che la Objekt und Bauregie non avrebbe adempiuto l'obbligo contrattuale di rispettare il contratto collettivo in parola. Nei confronti del responsabile principale dell'impresa stabilita in Polonia è stato emanato un decreto penale di condanna, sulla base del rilievo che ai 53 operai impegnati nel cantiere sarebbe stato versato solo il 46,57% del salario minimo previsto.

12 In primo grado il Landgericht Hannover (Tribunale di primo grado di Hannover) ha constatato che il credito della Objekt und Bauregie derivante dal contratto d'appalto era estinto per effetto della compensazione con la penale contrattuale, per l'importo di EUR 84.934,31 (pari all'1% dell'ammontare dell'appalto), spettante al Land Niedersachsen. La restante parte della domanda di detta società è stata respinta.

13 Investito della controversia in appello, il giudice del rinvio ritiene che per decidere quest'ultima occorra stabilire se si debba disapplicare la legge del Land, in particolare l'art. 8, n. 1, della legge, in quanto incompatibile con le disposizioni in tema di libertà di prestazione dei servizi sancite dall'art. 49 Ce.

14 Il giudice remittente osserva a tale riguardo che gli obblighi di rispetto del contratto collettivo fanno sì che le imprese edili di altri Stati membri debbano adeguare i salari percepiti dai propri dipendenti alle retribuzioni, solitamente più elevate, corrisposte nel luogo dell'esecuzione dei lavori dell'appalto in Germania. Siffatto obbligo farebbe perdere alle imprese in parola il vantaggio concorrenziale a loro favore costituito dal minor costo del lavoro. Di conseguenza, l'obbligo di rispettare il contratto collettivo rappresenterebbe un ostacolo per le persone fisiche o giuridiche provenienti da altri Stati membri diversi dalla Repubblica Federale di Germania.

15 Il giudice del rinvio, peraltro, s'interroga sulla questione se l'obbligo di rispettare la contrattazione collettiva possa essere giustificato da ra-

gioni imperative d'interesse generale e, segnatamente, se siffatto obbligo non vada oltre quanto necessario per la tutela dei lavoratori. Tale soglia di protezione è configurata dal salario minimo obbligatorio, che deriva dall'applicazione in Germania della legge 26 febbraio 1996 sul distacco dei lavoratori (Arbeitnehmer-Entsendegesetz, BGBl, 1996 I, p. 227; in prosieguo: l'«AEntG»). Con riguardo ai lavoratori stranieri, l'obbligo di rispettare i contratti collettivi non consente di realizzare l'effettiva [parità di trattamento] fra questi ultimi e i lavoratori tedeschi, ma impedisce che i lavoratori provenienti da uno Stato membro diverso dalla Repubblica Federale di Germania trovino impiego nel territorio di detto Stato, in quanto il loro datore di lavoro non può sfruttare in maniera concorrenziale il vantaggio dei costi ridotti.

16 Ritenendo che la soluzione della controversia dinanzi a esso pendente richieda l'interpretazione dell'art. 49 Ce, l'Oberlandesgericht Celle (Corte d'Appello di Celle) ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se la circostanza che all'amministrazione aggiudicatrice sia imposto, *ex lege*, di aggiudicare gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella prevista dal contratto collettivo applicabile nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione non rappresenti una restrizione ingiustificata della libera prestazione dei servizi ai sensi del Trattato Ce».

Sulla questione pregiudiziale

17 Con la questione pregiudiziale il giudice *a quo* chiede, in sostanza, se l'art. 49 Ce osti, in circostanze quali quelle della causa principale, a un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di aggiudicare gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, perlomeno la retribuzione minima prevista dal contratto collettivo nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione.

18 Come suggerito da vari fra i governi che hanno presentato osservazioni alla Corte, nonché dalla Commissione delle Comunità europee, per fornire una soluzione utile al giudice del rinvio occorre prendere in considerazione, nell'ambito dell'esame della questione pregiudiziale, le disposizioni della Direttiva n. 96/71 (v., in questo senso, sentenze 12 ottobre 2004, causa C-60/03, Wolff & Müller, *Racc.*, p. I-9553, punto 27, non-

ché 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 42).

19 Infatti, come risulta dall'art. 1, n. 3, lett. *a*, la direttiva citata si applica, in particolare, allorché un'impresa stabilita in uno Stato membro, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchi lavoratori, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa medesima. Orbene, tale situazione sembra effettivamente sussistere nella causa principale.

20 Peraltro, come rilevato dall'Avvocato Generale al paragrafo 64 delle conclusioni, alla mera circostanza che la normativa di uno Stato membro, quale la legge del Land, non si prefigga di disciplinare il distacco dei lavoratori non consegue che una situazione quale quella della causa principale non rientri nell'ambito di applicazione della Direttiva n. 96/71.

21 Ai sensi dell'art. 3, n. 1, comma 1, primo e secondo trattino, della Direttiva n. 96/71, ai lavoratori distaccati, per quanto riguarda la prestazione di servizi transnazionali nel settore dell'edilizia, vanno garantite le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie dalla lett. *a* alla lett. *g* di tale disposizione, fra cui compaiono, alla lett. *c*, le tariffe minime salariali. Dette condizioni di lavoro e di occupazione sono fissate da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale. In base al n. 8, comma 1, del medesimo articolo, i contratti collettivi o arbitrati ai sensi di tale disposizione sono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate.

22 L'art. 3, n. 8, comma 2, della Direttiva n. 96/71 consente inoltre agli Stati membri, in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati, di potersi avvalere dei contratti collettivi o arbitrati generalmente applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione e nella categoria interessata o dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale.

23 Occorre esaminare se la tariffa salariale imposta da un provvedimento quale quello della causa principale, che consiste in una disposizione legislativa adottata dal Land Niedersachsen in materia di appalti pubblici ed è diretta a rendere vincolante, in particolare nei confronti di un'impresa quale l'impresa subappaltatrice della Objekt und Bauregie, un contratto collettivo che prevede la tariffa minima salariale in questione,

sia stata fissata secondo una delle modalità descritte ai punti 21 e 22 della presente sentenza.

24 In primo luogo, una disposizione legislativa, quale la legge del Land, che non stabilisce essa stessa alcuna tariffa minima salariale, non può essere considerata come una disposizione legislativa ai sensi dell'art. 3, n. 1, comma 1, primo trattino, della Direttiva n. 96/71, che fissi una tariffa minima salariale così come previsto alla lett. *c* del detto comma.

25 In secondo luogo, per quanto riguarda la questione se un contratto collettivo quale quello oggetto della causa principale costituisca un contratto collettivo dichiarato di applicazione generale ai sensi dell'art. 3, n. 1, comma 1, secondo trattino, della Direttiva n. 96/71, nel combinato disposto con il n. 8, comma 1, del medesimo articolo, dagli atti presentati alla Corte emerge che l'AEntG, diretta a recepire nell'ordinamento interno la Direttiva n. 96/71, estende l'applicazione delle disposizioni relative alle retribuzioni minime dei contratti collettivi dichiarati di applicazione generale in Germania ai datori di lavoro stabiliti in un altro Stato membro che distaccano i loro dipendenti in Germania.

26 Orbene, in risposta a un quesito scritto della Corte, il Land Niedersachsen ha confermato che il contratto collettivo «Settore edilizio» non è un contratto collettivo dichiarato di applicazione generale ai sensi dell'AEntG. Peraltro, gli atti presentati alla Corte non contengono alcun elemento che consenta di concludere che il contratto collettivo in parola potrebbe ciò non di meno essere qualificato di applicazione generale ai sensi dell'art. 3, n. 1, comma 1, secondo trattino, della Direttiva n. 96/71, nel combinato disposto con il n. 8, comma 1, del medesimo articolo.

27 In terzo luogo, per quanto riguarda l'art. 3, n. 8, comma 2, della Direttiva n. 96/71, dal tenore stesso di questa disposizione risulta che essa è applicabile solamente in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi, il che non si verifica nella fattispecie nella Repubblica federale di Germania.

28 Peraltro, un contratto collettivo come quello oggetto della causa principale non può in ogni caso essere considerato quale contratto collettivo ai sensi di detta disposizione e, più specificamente, quale contratto collettivo, ai termini del primo trattino di tale disposizione, «in genere applicabil[e] a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessat[a]».

29 In un contesto come quello della controversia principale, infatti, l'effetto vincolante di un contratto collettivo del genere di quello oggetto della causa principale si estende solamente a una parte del settore edilizio rientrante nell'ambito di applicazione territoriale del contratto collettivo medesimo, poiché, da un lato, la legislazione che a esso attribuisce tale effetto si

applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati, e, dall'altro, il contratto collettivo di cui trattasi non è stato dichiarato di applicazione generale.

30 Da quanto precede risulta che un provvedimento come quello di cui alla causa principale non fissa una tariffa salariale secondo una delle modalità previste all'art. 3, n. 1, comma 1, primo e secondo trattino, e 8, comma 2, della Direttiva n. 96/71.

31 Di conseguenza, una siffatta tariffa salariale non può essere considerata quale tariffa minima salariale ai sensi dell'art. 3, n. 1, comma 1, lett. c, della medesima Direttiva, che gli Stati membri hanno il diritto di imporre, sulla base di tale Direttiva, alle imprese stabilite in altri Stati membri, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale (v., in questo senso, sentenza 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punti 70 e 71).

32 Allo stesso modo, siffatta tariffa salariale non può essere considerata una condizione di lavoro e di occupazione più favorevole ai lavoratori ai sensi dell'art. 3, n. 7, della Direttiva n. 96/71.

33 Più specificamente, detta disposizione non può essere interpretata nel senso che consenta allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima. Infatti, per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, n. 1, comma 1, lett. a-g, la Direttiva n. 96/71 prevede esplicitamente il livello di protezione di cui lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei loro lavoratori distaccati sul suo territorio. Peraltro, una tale interpretazione finirebbe per privare di effetto utile la direttiva in esame (sentenza *Laval un Partneri*, cit., punto 80).

34 Di conseguenza, e fatta salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante, in particolare nell'ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favorevole, il livello di protezione che deve essere garantito ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato membro ospitante è limitato, in linea di principio, a quello previsto dall'art. 3, n. 1, comma 1, lett. a-g, della Direttiva n. 96/71, a meno che tali lavoratori non godano già, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro di origine, di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie previste da tale disposizione (sentenza *Laval un Partneri*, cit., punto 81). Ciò, tuttavia, non sembra verificarsi nella causa principale.

35 Da quanto precede risulta che uno Stato membro non ha il diritto di imporre, sulla base della Direttiva n. 96/71, alle imprese stabilite in altri Stati membri, con un provvedimento come quello oggetto della causa principale, una tariffa salariale del genere di quella prevista dal contratto collettivo «Settore edilizio».

36 Siffatta interpretazione della Direttiva n. 96/71 è confermata da una lettura della stessa alla luce dell'art. 49 Ce, in quanto la direttiva in parola è diretta, segnatamente, a realizzare la libera prestazione dei servizi, che rientra nel novero delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

37 Come rilevato dall'Avvocato Generale al paragrafo 103 delle conclusioni, obbligando gli aggiudicatari di appalti pubblici di lavori e, indirettamente, i loro subappaltatori ad applicare la retribuzione minima così come prevista dal contratto collettivo «Settore edilizio», una legge come quella del Land può imporre ai prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro, che applichi salari minimi inferiori, un onere economico supplementare, atto a impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le loro prestazioni nello Stato ospitante. Pertanto, un provvedimento quale quello in discussione nella causa principale è tale da costituire una restrizione ai sensi dell'art. 49 Ce.

38 Peraltro, contrariamente a quanto sostenuto dal Land Niedersachsen e da taluni governi che hanno presentato osservazioni alla Corte, un siffatto provvedimento non può essere considerato giustificato dall'obiettivo di tutela dei lavoratori.

39 Come constatato al punto 29 della presente sentenza, infatti, per quanto riguarda la tariffa salariale fissata da un contratto collettivo come quello oggetto della causa principale, quest'ultima, in base agli effetti di una normativa come la legge del Land, si estende solamente a una parte del settore edilizio, in quanto, da un lato, detta normativa si applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati, e, dall'altro, il contratto collettivo di cui trattasi non è stato dichiarato di applicazione generale.

40 Orbene, dagli atti presentati alla Corte non si desume alcun elemento che consenta di concludere che la tutela derivante da una tale tariffa salariale, che, del resto, come altresì osservato dal giudice del rinvio, è superiore alla tariffa minima salariale applicabile in forza dell'AEntG, sia necessaria a un lavoratore attivo nel settore dell'edilizia solamente qualora quest'ultimo sia occupato nel contesto di un appalto di lavori pubblici e non quando lavori nell'ambito di un appalto privato.

41 Per i medesimi motivi esposti *supra* ai punti 39 e 40, detta restrizione non può, a maggior ragione, essere considerata giustificata dall'obiettivo di tutelare l'organizzazione autonoma della vita professionale da parte dei sindacati cui fa riferimento il governo tedesco.

42 Infine, per quanto concerne l'obiettivo di stabilità finanziaria dei sistemi di sicurezza sociale, parimenti fatto valere dal governo tedesco sulla base del rilievo che l'efficacia di un sistema previdenziale dipenderebbe dal livello della retribuzione dei lavoratori, dagli atti presentati alla Corte non risulta che un provvedimento come quello di cui alla causa principale sia necessario per raggiungere l'obiettivo, relativamente al quale la Corte ha riconosciuto non potersi escludere che possa costituire un motivo imperativo di interesse generale, di evitare un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale (v., in particolare, sentenza 16 maggio 2006, causa C-372/04, Watts, *Racc.*, p. I-4325, punto 103 e giurisprudenza ivi citata).

43 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la questione sottoposta nel senso che la Direttiva n. 96/71, interpretata alla luce dell'art. 49 Ce, osta, in circostanze come quelle della causa principale, a un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione.

(*Omissis*)

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE LE DECISIONI NEL TRIMESTRE GENNAIO-MARZO 2008

RAPPORTO DI LAVORO (a cura di Massimo Pallini)

SOMMARIO: 1. Illegittimità costituzionale della legge della Regione Abruzzo che stabilisce requisiti professionali differenziati tra dipendenti regionali ed esterni assunti a contratto per il conferimento del medesimo incarico di responsabile delle segreterie dei gruppi consiliari. — 2. Illegittimità costituzionale della legge n. 368/2001 nella parte in cui disciplina il diritto di precedenza nella assunzione dei lavoratori stagionali in modo peggiorativo rispetto alla disciplina previgente.

1. — *Illegittimità costituzionale della legge della Regione Abruzzo che stabilisce requisiti professionali differenziati tra dipendenti regionali ed esterni assunti a contratto per il conferimento del medesimo incarico di responsabile delle segreterie dei gruppi consiliari* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato l'art. 1, comma 22, della legge della Regione Abruzzo n. 16 del 2006, il quale ha apportato modifiche al comma 3 dell'art. 6 della legge della Regione Abruzzo 9 maggio 2001, n. 18 (Consiglio regionale dell'Abruzzo, autonomia e organizzazione). Quest'ultima norma si occupa dei responsabili delle segreterie dei gruppi consiliari, e nella sua prima formulazione stabiliva che «la responsabilità delle segreterie può essere attribuita a personale di categoria "D" o a personale assunto con rapporto di lavoro a tempo determinato in possesso dei requisiti per l'accesso alla categoria "D"». L'art. 1 della successiva legge della Regione Abruzzo 12 novembre 2004, n. 39, ha disposto che la norma in questione deve essere interpretata nel senso che la responsabilità delle segreterie può essere attribuita anche a dipendenti regionali che pur non essendo formalmente inquadrati nella categoria D sono tuttavia in possesso dei relativi requisiti d'accesso. L'art. 1, comma 22, della legge della Regione Abruzzo n. 16 del 2006 è anch'esso intervenuto sul comma 3 dell'art. 6 della legge della Regione Abruzzo n. 18 del 2001 e ha soppresso l'inciso relativo ai requisiti che, secondo l'originaria versione della norma, il soggetto esterno doveva possedere per poter ricoprire l'incarico di responsabile della segreteria. A seguito di tale modifica, pertanto, attualmente l'incarico in oggetto può essere attribuito: a dipendenti regionali inquadrati nella categoria D; a dipendenti regionali non inquadrati nella categoria D, ma in possesso dei requisiti per l'accesso alla categoria D; a esterni assunti con

apposito contratto a tempo determinato, siano o meno in possesso dei requisiti richiesti per l'accesso alla categoria D. Il Presidente del Consiglio dei ministri ha lamentato che la modifica della norma viola i principi di ragionevolezza, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (artt. 3 e 97 Cost.). La Corte Cost. ha ritenuto la questione fondata (1). Ad avviso della Consulta è del tutto irragionevole una disposizione che – senza alcuna ragione giustificatrice –, da un lato, richiede ad alcune categorie di aspiranti all'incarico (i dipendenti interni all'amministrazione regionale) determinati requisiti (quelli previsti per l'accesso alla categoria D) e, dall'altro, ne prescinde per altre categorie di possibili interessati (i soggetti esterni all'amministrazione). Tale irragionevolezza ridonda anche in violazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, perché la previsione dell'assunzione (sia pure a tempo determinato) di personale sfornito dei requisiti normalmente richiesti per lo svolgimento delle funzioni che è destinato a espletare determina l'inserimento nell'organizzazione pubblica di soggetti che non offrono le necessarie garanzie di professionalità e competenza.

2. — *Illegittimità costituzionale della legge n. 368/2001 nella parte in cui disciplina il diritto di precedenza nella assunzione dei lavoratori stagionali in modo peggiorativo rispetto alla disciplina previgente* — Il Tribunale di Rossano ha sollevato – in riferimento agli articoli 76 e 77, comma 1, della Costituzione – questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, commi 9 e 10, e dell'art. 11, commi 1 e 2, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, nella parte in cui subordinano il diritto di precedenza nella assunzione, presso la stessa azienda con la medesima qualifica dei lavoratori assunti a termine per lo svolgimento di attività stagionali, a due condizioni prima inesistenti: la previsione di tale diritto da parte della contrattazione collettiva nazionale applicabile, e il mancato decorso di un anno dalla cessazione del pre-

(1) Corte Cost., sentenza 11-21 febbraio 2008, n. 27 – Pres. Bile; Red. Mazzella:

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 22, della legge della Regione Abruzzo 8 giugno 2006, n. 16 (*Disposizioni di adeguamento normativo per il funzionamento delle strutture e per la razionalizzazione della finanza regionale al fine di concorrere alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica*), nella parte in cui abroga le parole «in possesso dei requisiti per l'accesso alla categoria D» nell'art. 6, comma 3, della legge della Regione Abruzzo 9 maggio 2001, n. 18 (*Consiglio regionale dell'Abruzzo, autonomia e organizzazione*);

2) dichiara estinto il giudizio relativo alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Abruzzo 8 giugno 2006, n. 16, sollevata, in riferimento all'art. 117 della Costituzione, con il ricorso in epigrafe;

3) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 20, della legge della Regione Abruzzo 8 giugno 2006, n. 16, sollevata, in riferimento all'art. 117 della Costituzione, con il ricorso in epigrafe.

cedente rapporto. La Corte Cost. ha ritenuto la questione fondata (2). Il giudice rimettente ha rinvenuto nelle norme censurate l'effetto di un peggioramento del trattamento riservato al ricorrente del giudizio principale dalla disciplina precedente, e ritiene che ciò comporti una violazione della clausola di non regresso contenuta nella direttiva, richiamata dalla delega (art. 76 Cost.). Inoltre, a suo giudizio, non essendovi nella direttiva traccia della necessità di vietare il diritto alle riassunzioni, la diversa disciplina del diritto di precedenza è frutto di una scelta del legislatore delegato in assenza totale di delega, con corrispondente violazione dell'art. 77, comma 1, Cost. La Corte ha preliminarmente chiarito che l'abrogazione – a opera delle norme censurate – dell'art. 23, comma 2, legge n. 56/87, non rientri né nell'area di operatività della Direttiva comunitaria, definita dalla Corte di Giustizia con la sentenza 22 novembre 2005, nella causa C-144/04, Mangold, né nel perimetro tracciato dal legislatore delegante. Detta sentenza comunitaria ha sottolineato che la clausola 5 della Direttiva n. 1999/70/Ce è circoscritta alla «prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato». Tale clausola, pertanto, non opera laddove, come nella specie, vi sia una successione di contratti a termine alla quale non si riferisce alcuna delle misure previste dalla Direttiva medesima al fine di prevenire quegli abusi (giustificazione del rinnovo; durata massima totale dei contratti; numero massimo di contratti). La disciplina dettata dalle norme nazionali censurate, concernente i lavori stagionali, non mira tanto a prevenire l'abusiva reiterazione di più contratti di lavoro a tempo determinato, per favorire la stabilizzazione del rapporto, ma è invece volta unicamente a tutelare i lavoratori stagionali, regolando l'esercizio del diritto di precedenza nella riassunzione presso la medesima azienda e con la medesima qualifica. La disciplina censurata si colloca, quindi, al di fuori della Direttiva comunitaria. Ad avviso della Corte Cost. essa resta anche al di fuori della delega conferita dalla legge 29 dicembre 2000, n. 422, in quanto tale legge ha delegato il governo a emanare un decreto legislativo per dare attuazione alla Direttiva n. 1999/70/Ce senza dettare specifici criteri o princì-

(2) Corte Cost., sentenza 25 febbraio-4 marzo 2008, n. 44 – Pres. Bile; Red. Mazzella:

1) *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, commi 9 e 10, nonché dell'art. 11, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della Direttiva n. 1999/70/Ce relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces), nella parte in cui abroga l'articolo 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56 (Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro);*

2) *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, nella parte in cui detta la disciplina transitoria in riferimento all'art. 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56.*

pi capaci di ampliare lo spazio di intervento del legislatore delegato. Pertanto, adottando delle misure peggiorative della pregressa disciplina non imposte dalla direttiva, ma, anzi, precluse dalla clausola di non regresso ivi stabilita, il legislatore delegato ha violato l'art. 77, comma 1, abrogando l'art. 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56, in assenza di delega.

SICUREZZA SOCIALE

(a cura di Lorenzo Fassina)

SOMMARIO: 1. Contribuzione di malattia. — 2. Doppia indennità integrativa speciale.

1. — *Contribuzione di malattia* — La Corte Costituzionale, con sentenza n. 47/2008 (1), ha ritenuto legittima la normativa (art. 9, legge n. 138/1943; art. 31, comma 5, legge n. 41/1986) che obbliga il datore di lavoro a versare la contribuzione previdenziale per l'indennità di malattia anche se già obbligato, in base al contratto collettivo di lavoro, a continuare a corrispondere ai dipendenti la retribuzione durante i periodi di assenza per malattia. Per la Corte Costituzionale, l'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nel conformare gli oneri della contribuzione previdenziale è stata e-

(1) Corte Cost. 4 marzo 2008, n. 47 – Pres. Bile, Est. Mazzella:

1) *dichiara manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6 della legge 11 gennaio 1943, n. 138 (Costituzione dell'Ente «Mutualità fascista - Istituto per l'assistenza di malattia ai lavoratori»), degli artt. 1 e 2 del decreto legislativo luogotenenziale 2 aprile 1946, n. 142 (Disciplina provvisoria del carico contributivo per le varie forme di previdenza e di assistenza sociale), dell'art. 2 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 31 ottobre 1947, n. 1304 (Trattamento di malattia dei lavoratori del commercio, del credito, dell'assicurazione e dei servizi tributari appaltati), dell'art. 74 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), e dell'art. 14 della legge 23 aprile 1981, n. 155 (Adeguamento delle strutture e delle procedure per la liquidazione urgente delle pensioni e per i trattamenti di disoccupazione, e misure urgenti in materia previdenziale e pensionistica), sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 38, 41 e 53 della Costituzione, dai Tribunali di Bolzano, Milano e Bologna con le ordinanze in epigrafe;*

2) *dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 9 della legge n. 138 del 1943, sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 38, 41 e 53 della Costituzione, dai Tribunali di Bolzano, Milano e Bologna con le ordinanze in epigrafe;*

3) *dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 31 della legge 28 febbraio 1986, n. 41 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 1986), sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 38, 41 e 53 della Costituzione, dal Tribunale di Bolzano con le ordinanze n. 427 e n. 428 del 2007 in epigrafe.*

sercitata in modo non irragionevole. I giudizi avevano a oggetto la pretesa dell'Inps di ottenere il pagamento dei contributi di malattia da parte di datori di lavoro che avevano omesso il relativo versamento in quanto obbligati per contratto collettivo a corrispondere ai loro dipendenti la retribuzione anche durante il periodo di malattia. Il Tribunale di Bolzano, in relazione all'articolo 2 Cost., aveva dedotto che, seppure si deve ammettere che il sistema previdenziale è informato al principio della solidarietà sociale, tuttavia l'attuazione pratica di un simile principio deve essere ragionevole e non può risolversi in un'iniqua distribuzione del peso solidaristico. Ad avviso della Corte la censura non tiene conto del fatto che la predisposizione legislativa della tutela previdenziale evita proprio che scatti, a carico dei datori di lavoro, l'obbligo di corrispondere ai dipendenti malati la retribuzione o una quota di essa: obbligo previsto dall'art. 2110, comma 1, del codice civile. Quindi, a fronte del versamento del contributo, i datori di lavoro ottengono comunque un vantaggio (l'esonero dall'obbligo previsto dal menzionato art. 2110). Altra questione è se poi essi, pur potendo contare su un simile beneficio, decidono liberamente, in sede di contrattazione collettiva, di addossarsi oneri patrimoniali superiori. Neppure sono fondati i dubbi sollevati sul rispetto del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione. È vero che, a fronte di datori di lavoro che si obbligano nel contratto collettivo a corrispondere ai propri dipendenti malati la retribuzione, ve ne sono altri che non si accollano lo stesso obbligo, ma è altrettanto certo che le imprese che si sono assunte quell'obbligo lo hanno fatto liberamente e non possono imputare all'ordinamento i maggiori costi che da quella scelta derivano.

2. — *Doppia indennità integrativa speciale* — La Corte dei Conti della Sicilia ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dell'art. 1, comma 774, della legge n. 296/06, il quale fornisce l'interpretazione autentica dell'art. 1, comma 41, della legge n. 335/95, precisando che, indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta, sulle pensioni di reversibilità a esse correlate, sorte dopo l'entrata in vigore della legge n. 335/95, l'indennità integrativa speciale va attribuita in misura percentuale e non in misura intera. La questione sollevata dalla magistratura siciliana, alla quale nel frattempo si era aggiunta anche un'ordinanza di rinvio della Corte dei Conti della Puglia, riguardava l'efficacia retroattiva del nuovo dettato normativo, che, a parere dei giudici contabili, presentava tutte le caratteristiche di una norma di natura innovativa piuttosto che interpretativa e, come tale, non poteva che trovare applicazione limitatamente alle prestazioni di reversibilità liquidate a seguito di decesso del dante causa, già titolare di pensione diretta *ante* 1995, avvenuto successivamente all'entrata in vigore della legge (1° gennaio 2007). Per i giudici rimettenti, l'applicazione *ex tunc* della

norma costituisce violazione del principio di ragionevolezza al quale il legislatore deve sempre attenersi al fine di garantire la certezza dei rapporti giuridici, a maggior ragione quando si tratta di norme che vanno a incidere su situazioni di diritto soggettivo come il trattamento di pensione. Con la sentenza n. 74/2008 (2) la Corte Costituzionale si è pronunciata dichiarando infondati i rilievi di costituzionalità sollevati dalle due Sezioni della Corte dei Conti. In primo luogo, il giudice delle leggi ha riaffermato il principio, già espresso con la sentenza n. 446/02, della indipendenza del trattamento di reversibilità rispetto alla data di liquidazione della pensione diretta del dante causa. Partendo proprio dall'assunto che il diritto alla pensione di reversibilità è un diritto autonomo che sorge soltanto al momento del decesso del titolare di pensione diretta, la Corte Costituzionale non ha ritenuto di ravvisare elementi di irragionevolezza nel carattere interpretativo-retroattivo della norma, destinata a incidere su prestazioni pensionistiche di reversibilità non ancora in essere al momento dell'entrata in vigore della legge n. 335/95. Viene dunque rigettata la tesi della lesione del principio dell'affidamento nella certezza giuridica, atteso che la efficacia retroattiva non ha toccato situazioni sostanzialmente definite in base a previgenti disposizioni di legge (cd. diritti quesiti), bensì prestazioni potenziali, il cui diritto si è definitivamente costituito in un contesto normativo modificato. Peraltro, considerato che la norma impugnata ha dato luogo a un atteggiamento giurisprudenziale non univoco, il legislatore, a detta della Corte Costituzionale, con il suo intervento altro non ha fatto che optare per una delle possibili interpretazioni, ritenuta maggiormente rispondente all'originario spirito perequativo della legge, con la quale si è voluto estendere anche alle gestioni pensionistiche amministrative dall'Inpdap la disciplina delle pensioni ai superstiti spettante ai lavoratori iscritti all'assicurazione generale obbligatoria.

(2) Corte Cost. 28 marzo 2008, n. 74 – Pres. Bile, Red. Maddalena: *dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 774, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato-legge finanziaria 2007), sollevate, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal giudice unico delle pensioni della Sezione giurisdizionale per la Regione Siciliana della Corte dei Conti e dal giudice unico delle pensioni della Sezione giurisdizionale per la Regione Puglia della Corte dei Conti.*

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE COSTITUZIONALE, 25 febbraio-4 marzo 2008, n. 44 – Pres. Bile, Est. Mazzella – N. (avv.ti Alleva, Andreoni, Angiolini) c. Presidenza del Consiglio dei ministri (Avv. Stato D’Avanzo).

Lavoro a tempo determinato – Diritto di precedenza – Art. 10, commi 9 e 10, e art. 11, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/01 – Illegittimità costituzionale.

È incostituzionale l’art. 10, commi 9 e 10, nonché l’art. 11, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della Direttiva n. 1999/70/Ce relativa all’Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall’Unice, dal Ceep e dal Ces), nella parte in cui abroga l’articolo 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56 (Norme sull’organizzazione del mercato del lavoro), per violazione dell’art. 77, comma 1, Cost.

È incostituzionale l’art. 11, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, nella parte in cui detta la disciplina transitoria in riferimento all’art. 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56, per illegittimità derivata. (1)

(*Omissis*) Il Tribunale di Rossano dubita – in riferimento agli articoli 76 e 77, comma 1, della Costituzione – della legittimità costituzionale dell’art. 10, commi 9 e 10, e dell’art. 11, commi 1 e 2, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della Direttiva n. 1999/70/Ce relativa all’Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall’Unice, dal Ceep e dal Ces), nella parte in cui subordinano il diritto di precedenza nella assunzione, presso la stessa azienda con la medesima qualifica dei lavoratori assunti a termine per lo svolgimento di attività stagionali, a due condizioni prima inesistenti: la previsione di tale diritto da parte della contrattazione collettiva nazionale applicabile, e il mancato decorso di un anno dalla cessazione del precedente rapporto.

In particolare, l’art. 10 così dispone ai commi 9 e 10: «9. È affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente

più rappresentativi la individuazione di un diritto di precedenza nella assunzione presso la stessa azienda e con la medesima qualifica, esclusivamente a favore dei lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa, con contratto a tempo determinato per le ipotesi già previste dall'articolo 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56. I lavoratori assunti in base al suddetto diritto di precedenza non concorrono a determinare la base di computo per il calcolo della percentuale di riserva di cui all'articolo 25, comma 1, della legge 23 luglio 1991, n. 223. 10. In ogni caso il diritto di precedenza si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro e il lavoratore può esercitarlo a condizione che manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto stesso».

L'art. 11, a sua volta, dispone ai commi 1 e 2: «1. Dalla data in entrata in vigore del presente decreto legislativo sono abrogate la legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni, l'articolo 8-*bis* della legge 25 marzo 1983, n. 79, l'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, nonché tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo. 2. In relazione agli effetti derivanti dalla abrogazione delle disposizioni di cui al comma 1, le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 23 della citata legge n. 56 del 1987, e vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, manterranno, in via transitoria e salve diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei contratti collettivi nazionali di lavoro».

Va preliminarmente respinta l'eccezione di inammissibilità della questione sollevata dall'Avvocatura Generale dello Stato per non avere il rimettente motivato sulla rilevanza della questione, in quanto l'invocata giurisprudenza della Corte di Giustizia, pronunziatasi in ordine alla portata della cosiddetta «clausola di non regresso», se fosse applicabile alla fattispecie in esame, potrebbe realmente incidere sulla legittimità delle norme censurate sotto il profilo delle loro contrarietà ai principi enunciati dalla Direttiva sopra indicata.

Nel merito, la questione è fondata.

Il rimettente attribuisce alle norme censurate l'effetto di un peggioramento del trattamento riservato al ricorrente del giudizio principale dalla disciplina precedente, e ritiene che ciò comporti una violazione della clausola di non regresso contenuta nella Direttiva, richiamata dalla delega (art. 76 Cost.). Inoltre, a suo giudizio, non essendovi nella Direttiva traccia della necessità di vietare il diritto alle riassunzioni, la diversa disciplina del diritto di precedenza è frutto di una scelta del legislatore delegato in assenza totale di delega, con corrispondente violazione dell'art. 77, comma 1, della Costituzione.

La Corte ritiene che l'abrogazione – a opera delle norme censurate – dell'art. 23, comma 2, della legge n. 56 del 1987 non rientri né nell'area di o-

peratività della Direttiva comunitaria, definita dalla Corte di Giustizia con la sentenza 22 novembre 2005, nella causa C-144/04, Mangold, né nel perimetro tracciato dal legislatore delegante.

Con riferimento al primo ambito, detta sentenza ha sottolineato (punti da 40 a 43) che la clausola 5 della Direttiva n. 1999/70/Ce è circoscritta alla «prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato». Tale clausola pertanto non opera laddove, come nella specie, vi sia una successione di contratti a termine alla quale non si riferisce alcuna delle misure previste dalla Direttiva medesima al fine di prevenire quegli abusi (giustificazione del rinnovo; durata massima totale dei contratti; numero massimo di contratti).

In altri termini, la disciplina dettata dalle norme censurate, concernente i lavori stagionali, non mira tanto a prevenire l'abusiva reiterazione di più contratti di lavoro a tempo determinato, per favorire la stabilizzazione del rapporto, ma è volta unicamente a tutelare i lavoratori stagionali, regolando l'esercizio del diritto di precedenza nella riassunzione presso la medesima azienda e con la medesima qualifica. La disciplina censurata si colloca, quindi, al di fuori della Direttiva comunitaria.

Essa resta anche al di fuori della delega conferita dalla legge 29 dicembre 2000, n. 422 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 2000), complessivamente considerata.

L'art. 1, comma 1, di tale legge ha delegato, infatti, il governo a emanare «i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B» e, per quanto concerne la Direttiva n. 1999/70/Ce relativa al caso in esame, non ha dettato – a differenza di altre ipotesi – specifici criteri o principi capaci di ampliare lo spazio di intervento del legislatore delegato.

Sulla base di quanto precede va dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77, comma 1, Cost., dell'art. 10, commi 9 e 10, nonché dell'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 368 del 2001, nella parte in cui abroga l'art. 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56, in quanto emanati in assenza di delega.

Conseguentemente, il comma 2 dell'art. 11 del d.lgs. n. 368 del 2001, il quale contiene una disposizione meramente transitoria, come tale funzionalmente collegata al precedente comma, è anch'esso costituzionalmente illegittimo.

Per questi motivi

la Corte Costituzionale

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, commi 9 e 10, nonché dell'art. 11, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368

(Attuazione della Direttiva n. 1999/70/Ce relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces), nella parte in cui abroga l'articolo 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56 (Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro);

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, nella parte in cui detta la disciplina transitoria in riferimento all'art. 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56.

(1) CONTRATTO A TERMINE E DIRITTO DI PRECEDENZA:
L'ONDA LUNGA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 44 depositata il 4 marzo 2008, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 10, commi 9 e 10, e dell'art. 11, commi 1 e 2, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della Direttiva n. 1999/70/Ce relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dalla Ces), nella parte in cui subordinano il diritto di precedenza nella assunzione, presso la stessa azienda con la medesima qualifica dei lavoratori assunti a termine per lo svolgimento di attività stagionali, a due condizioni prima inesistenti: la previsione di tale diritto da parte della contrattazione collettiva nazionale applicabile, e il mancato decorso di un anno dalla cessazione del precedente rapporto.

La decisione, apparentemente «minuscola», in realtà è suscettibile di estensioni applicative ad altri aspetti della disciplina sul lavoro a termine posta dal d.lgs. n. 368/2001. Conviene dunque esaminarla con attenzione.

1. — La questione specifica era stata posta, per la seconda volta, dal Tribunale di Rossano sotto due profili: da una parte, osservando che, non essendovi nella Direttiva comunitaria alcuna traccia della necessità di vietare il diritto di precedenza nelle assunzioni, la soppressione di tale diritto era frutto di una scelta del legislatore delegato, compiuta al di fuori della delega, con violazione dell'art. 77, comma 1, Cost.; dall'altra, ravvisando un ulteriore profilo di violazione dell'art. 76 Cost., con riferimento alla inosservanza della clausola di «non regresso» contenuta nell'Accordo quadro allegato alla citata Direttiva comunitaria, in ordine alla quale la sentenza della Corte di Giustizia 22 novembre 2005, nella causa C-144/04, Mangold, aveva rafforzato i dubbi di illegittimità costituzionale manifestati nella precedente ordinanza di rimessione.

Prima di giungere alla conclusione di illegittimità la Corte ha respinto l'eccezione di inammissibilità della Avvocatura Generale dello Stato – sollevata nel presupposto che il rimettente non avrebbe motivato sulla rilevanza della questione – «in quanto l'invocata giurisprudenza della Corte di Giustizia, pronunziatasi in ordine alla portata della cosiddetta «clausola di non regresso», se fosse applicabile alla fattispecie in esame, potrebbe realmente incidere sulla legittimità delle norme censurate sotto il profilo della loro contrarietà ai principi enunciati dalla Direttiva sopra indicata». Per la Corte, dunque, detta clausola ha pieno valore giuridico e pone un vincolo infettibile per il legislatore nazionale.

Nel merito, la questione è stata dichiarata fondata sulla base di considerazioni pregiudiziali, attinenti all'ambito del potere normativo del legislatore delegato: «La Corte ritiene che l'abrogazione – a opera delle norme censurate – dell'art. 23, comma 2, della legge n. 56 del 1987 non rientri né nell'area di operatività della Direttiva comunitaria, definita dalla Corte di Giustizia con la sentenza 22 novembre 2005, nella causa C-144/04, Mangold, né nel perimetro tracciato dal legislatore delegante.

Con riferimento al primo ambito, detta sentenza ha sottolineato (punti da 40 a 43) che la clausola 5 della Direttiva n. 1999/70/Ce è circoscritta alla “prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato”. Tale clausola pertanto non opera laddove, come nella specie, vi sia una successione di contratti a termine alla quale non si riferisce alcuna delle misure previste dalla Direttiva medesima al fine di prevenire quegli abusi (giustificazione del rinnovo; durata massima totale dei contratti; numero massimo di contratti). [...].

Essa resta anche al di fuori della delega conferita dalla legge 29 dicembre 2000, n. 422 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 2000), complessivamente considerata.

L'art. 1, comma 1, di tale legge ha delegato, infatti, il governo a emanare “i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B” e, per quanto concerne la Direttiva n. 1999/70/Ce, relativa al caso in esame, non ha dettato – a differenza di altre ipotesi – specifici criteri o principi capaci di ampliare lo spazio di intervento del legislatore delegato».

2. — In tal modo è stato ritenuto riassorbito il secondo tema, sollevato dal Tribunale di Rossano, e ampiamente dibattuto avanti alla Corte, incentrato sul dubbio se il legislatore italiano, oltre ad avere disciplinato una materia al di fuori della delega, avesse altresì violato la medesima per avere contravvenuto alla clausola comunitaria di non regresso.

Un tema che sarebbe stato interessante delibare per poter valutare la costituzionalità sia della residua disciplina sul lavoro a termine, posta dal decreto n. 368/03, sia di altre discipline che ugualmente soggiacciono alla clausola di non regressione (Vedi il decreto n. 66/01 sull'orario di lavoro).

È pur vero che la Corte di Giustizia, nella sentenza Mangold (del 22 novembre 2005; C-144/04) aveva già chiarito che la clausola di non regressione, se «non costituisce per gli Stati membri un motivo valido per ridurre il livello generale di protezione [...] nel settore rientrante sotto il detto accordo», non pregiudica una riforma legislativa peggiorativa quando questa «non è in alcun modo collegata con l'applicazione» dell'Accordo quadro (parr. 50 e 52).

Il chiarimento della Corte di Giustizia, in effetti, è cruciale: non consente l'estensione dei dubbi di costituzionalità oltre il decreto n. 368/01, e cioè sulla legge n. 247 del 24 dicembre 2007.

Quest'ultima disciplina, con effetto dal 1° gennaio 2008, ha riformato in molti punti il regime sul lavoro a termine, ivi compresa la regolamentazione del diritto di precedenza.

La nuova disciplina si innesta sulla precedente senza riscriverla *ex novo* e in misura globale.

La tecnica degli innesti, tuttavia, non va analizzata atomisticamente, ma nel contesto generale in cui si colloca. Se il nuovo legislatore ha inteso rilegittimare il d.lgs. n. 368/01 quest'ultimo perde la sua funzione originaria di mera trasposizione della Direttiva per assumere la veste di uno dei perni di riforma complessiva del mercato del lavoro.

L'ombrello largo del nuovo legislatore esclude dunque in radice che si possa porre, anche per la nuova disciplina, un dubbio circa la possibile violazione della clausola di non regressione, posto che per la nuova legge essa è comunque inapplicabile; ovvero un dubbio di violazione della legge delega n. 422/2000: nella nuova versione, infatti, il d.lgs. n. 368/01 perde il suo originario referente autorizzatorio per assumere come criterio di legittimazione la legge n. 247/07 e la *ratio* di riforma complessiva che la sorregge.

Eppure un chiarimento della Corte sarebbe stato comunque opportuno; è rimasto irrisolto, infatti, il quesito in ordine a che cosa debba intendersi per riduzione del «livello *generale* di protezione [...] nel settore rientrante sotto il detto Accordo» quadro.

È rimasta irrisolta, in altri termini, la questione se, al fine di verificare la violazione della clausola di non regressione, occorra effettuare un confronto tra una determinata clausola, disposta dal vecchio legislatore, e la corrispondente nuova clausola introdotta, e cioè: se occorra limitarsi a verificare se il trapasso dal diritto di precedenza, già previsto per legge, a un diritto condizionato da una esplicita previsione per contratto collettivo realizzi di per sé la violazione della clausola.

Ovvero se debba valutarsi complessivamente il trattamento offerto agli stagionali (diritto di precedenza; ambito di applicazione; prescrizione di un anno; decadenza trimestrale per l'opzione) o, più in generale, a tutti i lavoratori a termine.

Un tema difficile, considerato che più ci si allontana dal confronto per clausole e più diventa aleatoria la «temperatura di ebollizione» della nuova disciplina: quanto deve essere generale il peggioramento per ritenersi violata la clausola?

3. — Malgrado l'apparente modestia della decisione della Corte Costituzionale (perché riferita al solo tema del diritto di precedenza e con effetti limitati al 31 dicembre 2007), a ben vedere la sentenza n. 44 reca *effetti mediati*, per altri aspetti della normativa sul lavoro a termine, ed *effetti riflessi* con riguardo ad altri istituti, egualmente soggetti alla clausola di non regressione (di nuovo è utile richiamare la disciplina sull'orario di lavoro).

Gli *effetti mediati* della sentenza si colgono laddove la Corte enuclea l'oggetto della Direttiva (e della legge delega) limitato alla prevenzione degli abusi (e delle discriminazioni), con il conseguente potere/dovere del governo delegato di non eccedere rispetto alla ridisciplina della «giustificazione del rinnovo; [del] la durata massima totale dei contratti, [del] numero massimo di contratti».

L'affermazione è desunta dal rinvio – operato dalla Corte – a quanto era stato affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza Mangold nei punti da 40 a 43, peraltro anticipati (vedi punto 3) laddove la Corte di Giustizia Ce aveva già evidenziato che «l'Accordo quadro, a tenore della sua clausola 1, ha come oggetto: a) migliorare la qualità di lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione; b) creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato».

Per la verità il giudice rimettente (e la difesa del N.) aveva sostenuto che la clausola 6 dell'Accordo – secondo cui «i datori di lavoro informano i lavoratori a tempo determinato dei posti vacanti che si rendano disponibili [...] in modo da garantire loro le stesse possibilità di ottenere posti duraturi» – implicava il diritto di precedenza; in effetti la *chance* di stabilizzazione presuppone l'inserzione dello stagionale in azienda e dunque il suo reingresso a ogni nuova stagione. Con l'effetto che lo scadimento del diritto al reingresso avrebbe determinato non già un eccesso di delega, ma direttamente una violazione della stessa per contrarietà alla Direttiva. Ma la Corte non è stata di questo avviso; e ciò proprio in ragione di una posizione molto rigorosa in ordine all'oggetto proprio della Direttiva. La posizione della Corte sembra condivisibile: a ben vedere, infatti, la clausola 6 non reca né presuppone un diritto soggettivo perfetto del singolo lavoratore, ma una mera *chance*; sicché lo scadimento del primo (presupposto) non può ridondare in violazione della seconda.

La precisa limitazione dell'oggetto della Direttiva, per un verso, e il vincolo derivante dalla clausola di non regressione – operata dalla Corte Costituzionale (e ancor prima dalla Corte di Giustizia Ce) –, per altro verso, determinano, a ben vedere, un «effetto a tenaglia» su gran parte della disciplina originaria, posta dal decreto n. 368/01.

Molte norme, infatti, si collocano al di fuori dell'oggetto; altre, pur collocandosi all'interno dell'oggetto della Direttiva, ne violano i principi direttivi; altre ancora, pur non violando apertamente i principi, realizzano uno scadimento di tutela rispetto a quanto era stato previsto precedentemente al decreto n. 368/01.

3.2.1. — *I casi fuori oggetto*, ad esempio, sono quelli recati dal decreto:

– nella parte in cui escludono limiti quantitativi di utilizzazione dei contratti a termine per le imprese nella fase di avviamento e per i contratti di durata non superiore ai sette mesi (quest'ultimo soppresso con la citata legge n. 247/07);

– nella parte in cui escludono dal regime limitativo il settore agricolo e il commercio di prodotti ortofrutticoli;

– nella parte in cui prevedono una disciplina di favore per il trasporto aereo e per i servizi postali.

D'altra parte tali fattispecie, quand'anche fossero ritenute rientranti nell'oggetto della Direttiva, sarebbero ugualmente illegittime per avere esteso l'area del lavoro a termine non soggetta, in tutto o in parte, a regime vincolistico, in violazione della clausola di non regressione.

Analogamente è fuori oggetto il d.lgs. n. 368/01, laddove ha introdotto, come clausola generale giustificativa del contratto a termine, le ragioni «di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», in luogo delle cause tipizzate dalla legge n. 230/62 o demandate alla contrattazione collettiva, avviando una moltiplicazione dei casi disciplinati da contratti a termine; casi che in precedenza restavano disciplinati come ipotesi a tempo indeterminato; anche qui, come per il diritto di precedenza, c'è eccesso di delega.

3.2.2. — Viceversa ricorre una *violazione grave della Direttiva* (vedi clausola 5, paragrafo 1, lett. *b* e *c*), laddove il d.lgs. n. 368/01 non ha fissato né «la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi» (lett. *b*, cit.), né «il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti». Su questo insieme di pro-

blemi ha invece operato la legge n. 247/07 laddove fissa in 36 mesi, comprensivi di proroghe e rinnovi, la successione massima di contratti a termine, salvo la possibilità di una sola «deroga assistita» presso la Direzione provinciale del lavoro (art. 1, comma 40).

Ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/01, infatti, era possibile reiterare indefinitamente più rapporti di lavoro a termine, con l'unica avvertenza di stipulare un nuovo contratto a distanza di 20 o, secondo i casi, 30 giorni dalla scadenza del precedente.

Su questa seconda questione la stessa Corte di Giustizia si era già pronunciata, con riferimento alla disciplina dettata dalla Grecia, del tutto simile a quella posta dal d.lgs. n. 368/01.

La Corte, infatti (Grande Sezione), con la sentenza del 4 luglio 2006, nel procedimento C-212/04 (*Adeneler*), ha precisato che la clausola 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che essa osta «all'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro. Al contrario, la nozione di "ragioni obiettive" ai sensi della detta clausola esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro, quale previsto dalla normativa nazionale, sia giustificato dall'esistenza di elementi concreti relativi in particolare all'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio»; essa osta, altresì, «a una normativa nazionale, quale quella controversa nella causa principale, la quale stabilisce che soltanto i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato non separati gli uni dagli altri da un lasso temporale superiore a 20 giorni lavorativi devono essere considerati "successivi" ai sensi della detta clausola».

Più in particolare la Corte ha posto le seguenti proposizioni (parr. 83-88): «Orbene, si deve constatare al riguardo che una disposizione nazionale che consideri successivi i soli contratti di lavoro a tempo determinato separati da un lasso temporale inferiore o pari a 20 giorni lavorativi dev'essere considerata tale da compromettere l'obiettivo, la finalità nonché l'effettività dell'Accordo quadro [...]».

Al datore di lavoro sarebbe quindi sufficiente, al termine di ogni contratto di lavoro a tempo determinato, lasciare trascorrere un periodo di soli 21 giorni lavorativi prima di stipulare un altro contratto della stessa natura per escludere automaticamente la trasformazione dei contratti successivi in un rapporto di lavoro più stabile, e ciò indipendentemente sia dal numero di anni durante i quali il lavoratore interessato è stato occupato per lo stesso impiego, sia dalla circostanza che i detti contratti soddisfino fabbisogni non limitati nel tempo, ma al contrario "permanenti e durevoli". Pertanto, la tutela dei lavoratori contro l'utilizzazione abusiva dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, che costituisce la finalità della clausola 5 dell'Accordo quadro, viene rimessa in discussione».

Da ciò discende che (parr. 69 e 71) la nozione di ragioni obiettive (clausola 5, n. 1, Accordo quadro) «deve essere intesa nel senso che si riferisce a circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare in tale particolare contesto l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi».

Di contro, una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale e astratto attraverso una norma legislativa, o regolamentare il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, non soddisferebbe i requisiti precisati nei due punti precedenti».

In definitiva, per la Corte (vedi par. 99) occorre verificare se il disposto normativo nazionale «invece di servire come base giuridica limitatamente alla stipulazione dei contratti a tempo determinato volti a far fronte a fabbisogni di carattere esclusivamente temporaneo [...] venga utilizzato per concludere siffatti contratti allo scopo di soddisfare di fatto fabbisogni permanenti e durevoli».

4. — L'affermazione della Corte Costituzionale secondo cui l'oggetto della Direttiva è limitato (e dunque ciò che si colloca fuori da tale oggetto eccede la delega) vale dunque a inficiare molte norme recate dal d.lgs. n. 368/01.

Questo vale soprattutto per il tema della causale giustificativa del primo contratto.

L'interpretazione conforme alla clausola 3 della Direttiva (ammettendo solo una causale specifica, personalizzata sulla prestazione del lavoratore – e non mera riproduzione dell'oggetto sociale del datore di lavoro – e afferente a una esigenza temporanea di carattere organizzativo) non sembra infatti in grado di superare il difetto originario del potere di delega.

Con l'effetto di rendere invalido ogni contratto originario, stipulato fino al 31 dicembre 2007, non rientrante nelle causali della legge n. 230/62 (e successive modifiche). Del resto la giurisprudenza ha più volte ribadito l'inefficacia, ai fini giustificativi, della semplice ripetizione del dettato legislativo, in assenza di una precisa descrizione della causale legittimante il ricorso al lavoro a termine. A meno di non volere attribuire valore precettivo alla clausola 3 dell'Accordo quadro laddove definisce il contratto (originario e successivo) «il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico». Se, infatti, attribuiamo valore autonomo a tale nozione – e non mero strumento per selezionare i casi meritevoli di tutela antidiscriminatoria (clausola 4) e di prevenzione dagli abusi (clausola 5) – allora la Direttiva recherebbe in sé un contenuto implicito, suscettibile di interpretazione conforme da parte del giudice nazionale (e non più di eccesso di delega). Operazione interpretativa non impossibile: in effetti, anche il Considerando 6 dell'Accordo quadro depone in questo senso laddove continua a ipotizzare che «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro», sicché l'eccezione deve essere giustificata da ragioni organizzative temporanee che impongono l'assunzione a termine per compiti specifici.

Con l'effetto di rendere invalidi non più i contratti difformi dalle ipotesi legali e contrattuali della legge n. 230/62 (e successive modifiche), bensì i soli contratti a termine con causali generiche e relative a durevoli esigenze organizzative. In tal senso il legislatore del 2007 ha inteso chiarire nuovamente il rapporto tra lavoro a tempo indeterminato e lavoro a termine inserendo nell'articolo 1 del d.lgs. n. 368/01 novellato la formula «Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato» (art. 1, comma 39).

Il dilemma interpretativo (interpretazione conforme o nuova questione di costituzionalità) sarà presto sciolto dalla Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulle caratteristiche della causale dell'originario contratto a termine, per i casi *ante lege* n. 247/07.

5. — Si può aggiungere *un effetto riflesso*, derivante dalla sentenza della Corte, per altri istituti del Diritto del lavoro, tra cui *in primis* la disciplina dell'orario di lavoro.

La Corte, infatti, ritiene che la formulazione testuale della clausola di non regressione in tema di lavoro a termine consenta di concludere per un suo carattere giuridicamente vincolante (per il legislatore delegato).

Lo stesso vincolo evidentemente dovrebbe derivarsi ove la formulazione di altre clausole di non regressione (come quella posta dalla Direttiva europea sull'orario di lavoro) abbia lo stesso tenore testuale.

Con esiti di illegittimità che sono stati sottolineati dalla migliore dottrina (Cfr. gli scritti di Carabelli, Leccese, Pinto e Allamprese e Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, Cacucci, 2008, cui si rinvia per gli Autori precedenti) e che attendono ancora di essere portati al vaglio della Corte Costituzionale.

Amos Andreoni
*Professore di Diritto del lavoro
nella Facoltà di Sociologia presso l'Università di Roma «La Sapienza»*

CASSAZIONE, 10 gennaio 2008, n. 278 – Pres. Ciciretti, Est. Cementano – Aem Spa (avv.ti Gentile e Prisco) c. I. L. (avv.ti Ciccotti, Bossi e Arrigoni).

Cassa Corte d'Appello Milano 20 dicembre 2005.

Licenziamento individuale – Superamento del periodo di comporto – Disciplina – Specificazione dei motivi – Mancata richiesta da parte del lavoratore – Effetti.

A giustificare il recesso è sufficiente che sia stato superato il periodo di comporto e che tale circostanza di fatto sia stata indicata dal datore di lavoro nella lettera di licenziamento e posta a giustificazione del recesso, non essendo richiesto che il datore di lavoro specifichi i giorni di assenza, a meno che il lavoratore non ne faccia espressa richiesta. (1)

(Omissis)

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo la difesa della società denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2110, comma 2, e degli artt. 1362 ss. cod. civ., con riferimento alla lettera del 15 ottobre 2001, e dell'art. 32 del Ccnl; nonché vizio di motivazione su punto decisivo della controversia.

Riporta il testo della lettera e l'art. 32 del Contratto collettivo; sostiene che l'Aem aveva comunicato per iscritto il superamento del periodo di comporto e non era tenuta a fornire, in assenza di richieste del lavoratore, ulteriori precisazioni. Sicché una imprecisa formulazione nel testo della lettera o, al limite, una erronea qualificazione giuridica dei fatti esposti non potevano far ritenere inefficace il recesso.

Lamenta che i giudici non hanno ricercato la intenzione della parte, dato che la volontà della Aem era con evidenza diretta alla interruzione del rapporto per compiuto periodo di comporto; e che è stato altresì violato l'art. 1367 cod. civ., essendo stata preferita, nel dubbio, una interpretazione che non produceva alcun effetto utile.

Ritiene illogico immaginare che i funzionari che hanno rilevato tutte le assenze per malattia del resistente negli ultimi tre anni abbiano così operato non per completezza di documentazione ma per avvalersi di tutte tali assenze per il superamento del comporto per sommatoria, risultando così sprovvisti da non avvedersi che i 429 giorni calcolati restavano ben al di sotto dei 540 giorni (pari a 18 mesi) necessari per attivare il comporto per sommatoria.

2. Con il secondo motivo, denunciando violazione o falsa applicazione degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., e vizio di motivazione, la difesa della so-

cietà attacca la sentenza nella parte in cui, ipotizzando che la lettera potesse riferirsi alla ipotesi del comporto secco, ne ha negato la ricorrenza per essersi limitata a considerare la malattia decorsa dal 18 ottobre 1999 al 15 ottobre 2000 (data della lettera) ed escluso, in forma dubitativa («non sembra...»), la precedente malattia dal 4 al 29 settembre 1999. Sostiene che l'art. 32, comma 1, del contratto, nella parte in cui stabilisce che «si considera prosecuzione del periodo di malattia quella che intervenga non oltre 30 giorni dalla cessazione della malattia precedente», non riguarda, come ritenuto dai giudici di appello, solo la medesima malattia, ma anche malattie diverse.

Deduce che è stata trascurata l'intenzione delle parti stipulanti, che è stata quella di temperare l'esigenza del lavoratore a conservare il posto di lavoro durante lo stato di malattia e l'esigenza dell'azienda di ricevere una prestazione non frammentata (con conseguente neutralizzazione delle presenze al lavoro di breve durata fra una malattia e l'altra).

Sostiene che tale interpretazione è avvalorata dal terzo periodo dell'art. 32, comma 1, laddove viene stabilito che non si tiene conto delle assenze dovute a malattie di particolare rilievo sociale: malattie che, in assenza di tale espressa eccezione, sarebbero state trattate come le altre.

3. Il primo motivo è fondato.

L'art. 2110 cod. civ., comma 2, consente all'imprenditore di recedere dal rapporto di lavoro in caso di assenza del lavoratore per malattia che si sia protratta oltre il limite stabilito dalla legge o dal contratto collettivo.

Poiché non si tratta di un licenziamento disciplinare non è necessaria alcuna contestazione e non sono quindi applicabili le disposizioni di cui alla legge n. 300 del 1970, art. 7.

È sufficiente che sia stato superato il periodo di comporto e che tale circostanza sia invocata dal datore di lavoro a giustificazione del recesso.

Non è richiesto che il datore di lavoro specifichi i giorni di assenza, a meno che il lavoratore non ne faccia richiesta ai sensi della legge n. 604 del 1966, art. 2.

La lettera del 15 ottobre 2001, come riportata in ricorso, così inizia: «Dall'esame della documentazione in nostro possesso, è risultato che Lei è rimasto assente dal servizio, per malattia, nei seguenti periodi:»

Segue una elencazione dettagliata delle assenze per malattia a partire dall'anno 1998 («a decorrere dal 16 ottobre») e fino al 15 ottobre 2001, data della lettera.

Dopo l'elencazione dei giorni di assenza per malattia fino al 15 ottobre 2001, la lettera così prosegue:

«Si tratta complessivamente di n. 429 giorni di assenza per malattia negli ultimi tre anni.

I giorni di assenza per malattia sono stati superiori al periodo massimo di conservazione del posto di lavoro previsto dall'art. 32 del Contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori addetti al settore elettrico:

Pertanto con la presente Le comuniciamo che il suo rapporto di lavoro deve ritenersi risolto ai sensi dell'art. 2110 cod. civ., e dell'art. 32 del Contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori addetti al settore elettrico del 24 luglio 2001, a far tempo dal ricevimento della presente».

Seguono disposizioni circa l'indennità sostitutiva del preavviso e i documenti di lavoro.

L'art. 32 del Ccnl, riportato in ricorso nel rispetto del principio di autosufficienza di questo mezzo di impugnazione, così dispone:

«Conservazione del posto.

Nel caso di assenza per malattia regolarmente accertata e tale da costituire impedimento alla prestazione di servizio, il lavoratore, non in prova, ha diritto alla conservazione del posto di lavoro per un periodo di 12 mesi. Si considera prosecuzione di malattia quella che intervenga non oltre 30 giorni dalla cessazione della malattia precedente. Nel computo del predetto periodo di 12 mesi non si tiene conto delle assenze dovute a malattie oncologiche, sclerosi multipla, distrofia muscolare, morbo di Cooley o a degenze ospedaliere. Il diritto alla conservazione del posto viene comunque meno quando il lavoratore, anche per effetto di una pluralità di episodi morbosi e indipendentemente dalla durata dei singoli intervalli, raggiunga il limite di 18 mesi di assenza (32 nel caso di malattie oncologiche, sclerosi multipla, distrofia muscolare, morbo di Cooley) entro l'arco massimo di 36 mesi consecutivi. Nel computo dei predetti limiti non si tiene conto dei periodi di degenza ospedaliere».

Nell'interpretazione della lettera in relazione alla norma contrattuale, i giudici di appello avrebbero dovuto accertare:

a) se sussisteva la volontà del datore di lavoro di risolvere il rapporto per superamento del periodo di comportamento;

b) se erano indicati i giorni di assenza che comportavano tale superamento in relazione alle disposizioni della invocata norma contrattuale.

La Corte territoriale ha accertato la sussistenza della volontà di recedere dal contratto, ma ha poi ritenuto che il periodo triennale preso in esame dalla lettera e la espressa indicazione che i giorni di assenza erano stati complessivamente 429 deponesse per la volontà dell'imprenditore di avvalersi del superamento del comportamento per sommatoria (18 mesi, pari a 540 giorni, in un triennio) di cui all'art. 32, comma 2, e non del superamento del cd. comportamento secco di cui al comma 1 della stessa norma (12 mesi, con la precisazione che si considera prosecuzione della malattia quella che intervenga non oltre 30 giorni dalla cessazione della malattia precedente).

Tale seconda operazione ermeneutica risulta impropria, atteso che, come sopra specificato, una volta accertata la sussistenza della volontà di recedere, i giudici avrebbero dovuto accertare se era indicato nella lettera il presupposto di fatto che, a norma dell'art. 2110 cod. civ., e dell'art. 32 del Contratto collettivo, giustificava il recesso.

Presupposto che il primo giudice aveva ritenuto il giustificato motivo di recesso sussistente in relazione al superamento del comportamento secco e che questo non era stato contestato in linea principale dal lavoratore, che aveva fondato l'appello solo sulla circostanza che il datore di lavoro avrebbe giustificato il recesso con il raggiungimento di 429 giorni di assenza nel triennio, e sulla insufficienza di tale assenza a fronte delle 540 giornate richieste dall'art. 32, comma 2, solo in via subordinata la difesa del lavoratore aveva dedotto che, anche se si voleva ritenere che fosse applicabile l'art. 32, comma 1, la diversità delle patologie che aveva dato luogo alle assenze, come dimostrata dai documenti prodotti, impediva il raggiungimento del periodo di dodici mesi: periodo che doveva ritenersi operante solo nelle assenze determinate da una stessa malattia.

(Omissis)

Per tutto quanto esposto il ricorso va accolto, la sentenza impugnata va cassata e la causa va rinviata per nuovo esame ad altro giudice di pari grado che dovrà accertare se nella lettera di licenziamento sono indicati gli elementi di fatto che integrano una delle fattispecie che legittimano il datore di lavoro a recedere dal rapporto ai sensi dell'art. 2110 cod. civ., con riferimento all'intero testo dell'art. 32 del Contratto collettivo richiamato nella lettera.

(Omissis)

(1) IL LICENZIAMENTO PER SUPERAMENTO DEL PERIODO DI COMPORTO:
BASTA L'ELEMENTO FATTUALE?

Nella fattispecie in esame la Suprema Corte, da un lato, ribadisce, seguendo la sua costante giurisprudenza, la natura speciale della disciplina del recesso per superamento del periodo di comportamento; dall'altro, esplicita, ancora una volta, il proprio orientamento a ritenere che si applichino a tale tipo di licenziamento le norme previste dall'art. 2 della legge n. 604/66 circa la forma e l'indicazione dei motivi al momento della comunicazione del licenziamento: norme applicabili da tutti i datori di lavoro, a prescindere dal numero dei lavoratori occupati, dopo l'entrata in vigore della legge n. 108/90.

Per periodo di comportamento si intende l'assenza dal lavoro, comunque calcolata nell'anzianità di servizio, sia per un'infermità unica e continuativa (cd. comportamento secco) e sia per gli episodi morbosi brevi e di carattere intermittente, che determinano una eccessiva morbilità (cd. comportamento per sommatoria); quest'ultima ipotesi di assenteismo per malattia ha determinato una modifica dell'istituto del comportamento, sia per quanto

concerne la durata complessiva del periodo protetto (cd. limite interno), ossia la durata in sé del periodo di conservazione del posto di lavoro, che l'arco temporale comprensivo del *dies a quo* e del *dies a quem* in cui far rientrare detto periodo (cd. limite esterno), ossia l'arco temporale nel quale possono sommarsi le assenze intermittenti (Cfr. Cass. 18 dicembre 1998, n. 12716, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, 2, p. 734, con nota di Corsinovi; Cass., Ss.Uu., 29 marzo 1980, n. 2072, in *Foro it.*, 1980, I, 936; Cass., Ss.Uu., 29 marzo 1980, n. 2073, in q. *Riv.*, 1980, p. 936, con nota di Balestreri; Cass. 29 marzo 1980, n. 2074, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 419, con nota di Riva Sanseverino; G. Pera, *Eccessiva morbilità e accertamenti sanitari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, I, p. 306; R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in *Commentario codice civile*, L. Riva Sanseverino, *Eccessiva morbilità e ordinamento applicabile*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 419; M. Papaleoni, *Licenziamento per assenteismo: un problema ancora attuale*, in *Dir. lav.*, 1980, p. 309; O. Mazzotta, *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1983, p. 1; Panzarani, *Appunti in tema di malattia del lavoratore e risoluzione del rapporto di lavoro con particolare riferimento alla cd. eccessiva morbilità*, in *Dir. lav.*, 1980, p. 297; A. Maresca, *Brevi note in tema di licenziamento per eccessiva morbilità*, in q. *Riv.*, 1978, II, p. 803; R. Muggia, *La parabola dell'equità: quando il giudice si fa parte e legislatore*, in *D&L*, 1994, p. 612).

Ai fini della maturazione del composto – sia secco, sia per sommatoria – devono essere valutati i giorni di malattia indicati nel certificato medico, e durante tale periodo è precluso il licenziamento del lavoratore malato.

L'art. 2110 cod. civ. garantisce, infatti, al lavoratore la stabilità del posto di lavoro per tutto il periodo di composto, alla fine del quale il datore riacquista la piena facoltà di recesso; di conseguenza il licenziamento intimato in detto periodo è temporaneamente inefficace, ossia restano sospesi gli effetti sino al termine di conservazione del posto.

È orientamento consolidato, in giurisprudenza, riconoscere la natura speciale alla disciplina del recesso per superamento del periodo di composto, al quale trovano però applicazione le previsioni dell'art. 2 della legge n. 604/1966 (Cfr. Cass. 27 giugno 1996, n. 9271, in q. *Riv.*, 1996, p. 529; Cass. 1° giugno 1992, n. 6599, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 1133). Infatti, il carattere speciale della disciplina prevista dall'art. 2110 cod. civ. ne determina la prevalenza su quella generale dei licenziamenti solo nelle parti comuni a entrambe le discipline (ossia le norme sostanziali attinenti alle ragioni e ai motivi del licenziamento); al contrario, per tutti gli aspetti specificamente non regolati (ossia la forma dell'atto, la comunicazione e l'onere della prova dei motivi addotti a giustificazione del licenziamento) subentrano le disposizioni cennate di cui alla legge n. 604. Di conseguenza anche nel licenziamento per superamento del periodo di composto il datore deve comunicare i motivi del recesso per iscritto al lavoratore che ne faccia richiesta (Cfr. Cass. 3 agosto 2004, n. 14873, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 399, con nota di Stolfà; Cass. 24 gennaio 1997, n. 716, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 129, con nota di Marra).

La giurisprudenza del S.C. è orientata a configurare in termini di specialità normativa il rapporto fra la disciplina dei licenziamenti di cui alla legge n. 604 e la disciplina dell'art. 2110 cod. civ. (Cfr. Cass. 21 gennaio 1997, n. 716, in *Mass. giur. lav.*, con nota di Cammalleri; Cass. 13 dicembre 1999, n. 13992, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 688, con nota di Cattani).

L'orientamento è uniforme nel ritenere che il tipo di recesso in esame non integri una fattispecie autonoma soggetta a una specifica regolamentazione giuridica *ex art.* 2110 cod. civ., ma un'ipotesi speciale di licenziamento, in cui la giustificazione è sancita per legge ed è integrata dal superamento del periodo di comporto (Cfr. Cass. 22 luglio 2005, n. 15508, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 6). Di conseguenza detto licenziamento è soggetto alla regolamentazione generale dei licenziamenti per tutti quegli aspetti non espressamente disciplinati dalla norma speciale; quindi, come accade in generale nei rapporti fra norma speciale e norma generale, quest'ultima resta disapplicata nelle parti espressamente regolate dalla prima.

Nel corso degli anni, e in applicazione di detti principi, la Suprema Corte ha stabilito la necessaria specificazione dei motivi del recesso, l'onere della prova, nonché il principio secondo cui la motivazione del licenziamento deve indicare dettagliatamente, data per data, le assenze prese in considerazione, indicandone i criteri di calcolo, al fine di determinare il periodo di comporto e il suo superamento da parte del lavoratore. Il datore deve, infatti, mettere il lavoratore nelle condizioni di valutare analiticamente tutti gli elementi che di fatto hanno determinato l'esaurimento del periodo di conservazione del posto di lavoro (Cfr. Cass. 20 dicembre 2002, n. 18199, in *Dir. lav.*, 2003, p. 151, con nota di R. Muggia; Cass. 8 maggio 2003, n. 7047), e quindi poter replicare adeguatamente, non essendo sufficiente un'indicazione globale e generica dei giorni dell'assenza maturata (Cfr. Corte d'App. Milano 21 febbraio 2003, in *D&L*, 2003, p. 390, con nota di Testa).

Lo stesso art. 2110 cod. civ. prevede un licenziamento in senso tecnico, facendo riferimento all'art. 2118 cod. civ., e come tale è soggetto alla normativa che regola detto tipo di atto, almeno negli aspetti non disciplinati dalla norma codicistica speciale (Cfr. Tatarelli, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, in *Pol. dir.*, 2002, p. 170; R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare*, in *Commentario codice civile*, 1992, p. 373; T. Renzi, *Le ipotesi tradizionali di sospensione*, in *Commentario del codice civile*, 1998, p. 1190).

La mancata specificazione dei motivi, una volta che siano stati richiesti dal lavoratore, determina la violazione sia dell'art. 2 della legge n. 604/66 sia dell'art. 2110 cod. civ., atteso che le motivazioni addotte dal datore devono essere specifiche e dettagliate e il principio della immutabilità della contestazione è applicabile anche nel caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto (Cfr. Cass. 2 dicembre 1988, n. 6546; Cass. n. 7525/96; Cass. n. 2134/84; G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, in *Pol. dir.*, 1980, p. 87; M. Papaleoni, *La fine del libero licenziamento*, in *Collana di diritto del lavoro*, Franco Angeli, 1991, pp. 121 ss.).

La motivazione del recesso dev'essere necessariamente esauriente e deve contenere l'indicazione puntuale di tutte le assenze per malattia che il lavoratore ha compiuto e che sono state poste alla base del provvedimento di licenziamento (Cfr. Cass. 20 dicembre 2002, n. 18199; *contra* Cass. 26 maggio 2005, n. 11092, in *Giust. civ.*, 2005, p. 5).

Non sono mancate in passato valutazioni diverse dei giudici di legittimità (Vedi Cass. 28 gennaio 1987, n. 837). Si è affermato, ad esempio, che l'obbligo del datore di lavoro di comunicare per iscritto al lavoratore (che ne abbia fatto richiesta) i motivi del licenziamento è previsto solo nel caso di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo ai sensi della legge n. 604, e quindi non sia applicabile al recesso determinato

dal superamento del periodo di comporto. Tale interpretazione era dovuta al fatto di considerare detto recesso inquadabile nello schema previsto dall'art. 2110, comma 2, cod. civ., il quale – per il carattere di specialità di tale disposizione normativa – prevale sulla disciplina generale della risoluzione del contratto (vedi artt. 1256, comma 2, e 1464 cod. civ.) e su quella propria del rapporto di lavoro (Cass. 24 giugno 2005, n. 13624). Il lavoratore ha, quindi, l'onere di chiedere alla controparte di specificare l'aspetto fattuale delle ragioni del licenziamento nel caso in cui nell'intimazione di licenziamento non siano stati indicati i giorni in base ai quali si è ritenuto superato il periodo di conservazione del posto; in caso di non ottemperanza da parte del datore, le assenze non contestate non possono essere considerate ai fini della verifica del superamento del periodo di comporto; di conseguenza la mancata comunicazione della motivazione, sebbene richiesta dal lavoratore, determina, qualora insufficiente allo scopo, la nullità del licenziamento per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110 cod. civ. (Cfr. Cass. 21 settembre 1981, n. 9869, in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 693; Cass. 10 febbraio 1993, n. 1657, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2421, con nota di Bianconcini).

La regola generale dell'immodificabilità delle ragioni comunicate al lavoratore nel licenziamento per superamento del periodo di comporto (Cfr. Cass. 13 agosto 1996, n. 7525; Cass. 22 marzo 2005, n. 6143, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 3) determina, ai fini del superamento di detto periodo, che non si possa tenere conto delle assenze non esplicitamente indicate nella lettera di licenziamento, sempre che si tratti di comporto per sommatoria e il lavoratore abbia contestato il presunto superamento del periodo di tutela (Cfr. Cass. 20 dicembre 2002, n. 18199, in *Riv. dir. lav.*, 2003, p. 151; Cass. 13 dicembre 1999, n. 13992, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 688, con nota di Cattani).

Il principio della immutabilità delle ragioni comunicate è una garanzia fondamentale per il lavoratore licenziato, il quale altrimenti vedrebbe frustrata la sua possibilità di contestare la risoluzione unilateralmente attuata dal datore e la validità dell'atto di recesso.

Si è però precisato che il datore di lavoro ha l'onere di indicare specificamente i giorni di assenza nel momento in cui siano richiesti dal lavoratore (Cfr. Cass. 20 dicembre 2002, n. 18199). Qualora l'atto di intimazione del licenziamento non precisi le assenze in base alle quali si ritiene superato il periodo di comporto, soprattutto in caso di comporto per sommatoria, il lavoratore ha la concreta esigenza di apporre i propri specifici rilievi, chiedendo al datore di specificare tale aspetto del licenziamento, in quanto le regole dettate dall'art. 2110 cod. civ., perché speciali, prevalgono sulla disciplina dei licenziamenti individuali (Cfr. Cass. 8 maggio 2003, n. 7047, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 5; Cass. 7 aprile 2003, n. 5413, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 4) e il licenziamento deve considerarsi illegittimo (Cfr. Cass. 3 agosto 2004, n. 14873, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 399, con nota di Stolfa), e comunque non può tenersi conto delle assenze non contestate (*Contra* cfr. Cass. 28 gennaio 1987, n. 837, cit.).

È orientamento costante in giurisprudenza che la motivazione debba avere i requisiti di specificità, completezza e analiticità (Cfr. Corte d'App. Milano 21 giugno 2005, in *Lav. giur.*, 2006, 2, p. 196; Cass. 13 agosto 1996, n. 7525, in *Not. giur. lav.*, 1996, p. 741; Cass. 24 gennaio 1997, n. 716, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 257, con nota di Cammalleri; Cass. 13 dicembre 1999, n. 13992, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, p. 4, con nota di Cattani). Sotto tale profilo, la sentenza che si commenta sembra discostarsi dall'orientamento indicato. Infatti, la Suprema Corte accoglie il ricorso presentato dal-

la società datrice di lavoro e cassa la sentenza emessa dalla Corte d'Appello, ritenendo che nella lettera di licenziamento, intimato per superamento del periodo di comportamento, in assenza di richiesta di chiarimenti e motivazione del recesso da parte del lavoratore licenziato, il datore non debba indicare dettagliatamente i giorni di assenza.

Infatti, da un lato, la Suprema Corte ribadisce la piena applicabilità delle norme dell'art. 2110 cod. civ. (che permette al datore di recedere dal rapporto di lavoro, in caso di superamento del periodo di assenza per malattia, oltre il limite stabilito dalla legge o dal contratto collettivo) e – nella fattispecie in esame – dell'art. 32 del Ccnl per i lavoratori addetti al settore elettrico (secondo cui il diritto alla conservazione del posto viene meno quando il lavoratore, anche a causa di una pluralità di episodi morbosi e indipendentemente dalla durata dei singoli intervalli, raggiunga comunque il limite di diciotto mesi di assenza); dall'altro, ritiene però che non sia necessaria una specifica e dettagliata indicazione dei giorni di assenza, ma è sufficiente che sia specificato che è stato superato il periodo di comportamento e che tale motivazione sia posta a fondamento dell'atto di licenziamento.

La Cassazione precisa che, una volta verificata la sussistenza della volontà di recedere da parte del datore, i giudici devono accertare se nella lettera di licenziamento sia stato indicato il presupposto di fatto che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2110 cod. civ. e dell'art. 32 del Ccnl, abbia giustificato il recesso; e i giudici, in sede di gravame, non hanno accertato se nella lettera di licenziamento fossero stati indicati gli elementi di fatto che integrano le ipotesi previste dall'art. 2110 cod. civ. e dal contratto collettivo applicato. Doveva, quindi, esser accertata la volontà datoriale di recedere dal contratto ed essere verificato che il periodo preso in esame deponesse per la volontà dell'imprenditore di avvalersi del superamento del comportamento per sommatoria, e non del comportamento *cd. secco*.

Per tali motivi il S.C. ha cassato la sentenza impugnata, affinché il giudice di rinvio accerti se nella lettera di licenziamento siano stati indicati gli elementi di fatto che legittimano il datore di lavoro a recedere dal rapporto lavorativo ai sensi dell'art. 2110 cod. civ.

Luciana Forte
Avvocato in Roma

CASSAZIONE, 7 novembre 2007, n. 40891, VI Sez. penale – Pres. Mannino, Est. Salvatore, P.M. Galati – Imp. C. W.
Annulla senza rinvio App. Lecce, 23 settembre 2005.

Demansionamento – Mobbing – Amministrazione pubblica – Abuso di ufficio.

In materia di abuso d'ufficio, integra il requisito della violazione di legge il mutamento di destinazione di una dipendente comunale, dallo svolgimento delle mansioni di coordinatrice economista a quelle di prevenzione e accertamento delle violazioni in materia di sosta, deliberato dal sindaco in violazione dell'art. 56, d.lgs. n. 29 del 1993, sui dipendenti delle pubbliche amministrazioni, e dell'art. 7 Ccnl dei dipendenti degli enti locali, recepito nel d.P.R. n. 593 del 1993 (Nella motivazione, la Corte ha precisato che tali norme, pur consentendo che un dipendente possa essere adibito a svolgere compiti di qualifica immediatamente inferiore, richiedono, tuttavia, l'occasionalità della destinazione e la possibilità che ciò avvenga con criteri di rotazione). (1)

(Omissis)

Con il proposto ricorso per Cassazione, l'imputato, a mezzo dei difensori avv.ti Pietro Quinto e Luigi Corvaglia, denuncia:

violazione dell'art. 606 cod. proc. pen., comma 1, lett. *b* ed *e*, in relazione all'art. 323 cod. pen. Si eccepisce che, in applicazione della normativa vigente, il provvedimento sindacale n. 12082 del 15 settembre 1997, che, con adeguata motivazione, disponeva che la sig.ra C. M. R. fosse destinata dal 16 settembre 1997 al 29 settembre 1997 a svolgere mansioni di «prevenzione e accertamento delle violazioni in materia di sosta», è un atto amministrativo legittimo e conforme alla legge, in quanto detta normativa consentiva di adibire il dipendente a svolgere occasionalmente e, ove possibile, con criteri di rotazione, compiti o mansioni immediatamente inferiori (*Omissis*) senza che ciò comportasse alcuna variazione del trattamento economico.

Si richiama che, a seguito dell'indagine integrativa disposta dal Gup, ai sensi dell'art. 421 cod. proc. pen., veniva acquisita una nota redatta dalla segreteria comunale di Scorrano, dalla quale si evince che, tra i dipendenti con la 6^a qualifica funzionale, l'unica che potesse essere destinata a svolgere le funzioni di ausiliaria del traffico era la sig.ra C. M. R., talché non poteva essere adottato il criterio della rotazione essendosi la stessa C. sottratta all'esplicitamento del servizio.

Comunque, non è da ritenersi configurabile il delitto di cui all'art. 323 cod. pen. allorché sussista la violazione di un contratto collettivo applicabile ai rapporti di pubblico impiego (Cass., Sez. VI, 3 novembre 2005, n.

13511), per mancanza del presupposto necessario della «violazione di legge o di regolamento».

Peraltro, tutti i provvedimenti che hanno interessato la sig.ra C., e che sono stati oggetto di imputazione, sono stati adottati in forma scritta e puntualmente motivati, mentre non può ritenersi integrata la violazione dell'obbligo di motivazione, entrando nel merito della stessa al fine di dividerla o meno, poiché in tal modo si travalica il compito consentito al giudice penale, al quale compete solo l'accertamento dell'esistenza della motivazione e non la «qualità della stessa».

In conclusione, la condotta del ricorrente nell'adozione degli atti amministrativi indicati nel capo d'imputazione è da ritenersi legittima e conforme alle norme di legge regolanti la materia, talché nella fattispecie non può ravvisarsi il dolo come richiesto dall'art. 323 cod. pen.

4. Il reato ascritto all'imputato – abuso d'ufficio continuato – va dichiarato estinto per prescrizione, per essere decorso dal *tempus commissi delicti* (15 settembre 1997) il termine previsto dalla legge, non sussistendo i presupposti per il proscioglimento nel merito, *ex* art. 129 cod. proc. pen., comma 2 – come difensivamente richiesto –, poiché dagli atti non risulta «evidente» che il fatto non sussiste o non costituisce reato.

Osserva il Collegio: la censura mossa dal ricorrente alla sentenza impugnata è che la condotta posta in essere dall'imputato, nella sua veste di pubblico ufficiale (quale sindaco del Comune di Scorrano), nei confronti della dipendente comunale C. M. R., non possa sussumersi nella fattispecie delittuosa *ex* art. 323 cod. pen., non avendo in alcun modo inciso sul buon funzionamento e imparzialità dell'azione amministrativa, in quanto non in contrasto con norme «specificamente mirate a inibire o prescrivere la condotta stessa» norme che, comunque, non presenterebbero i caratteri formali e il regime giuridico della legge o dei regolamenti.

Tale assunto non può ritenersi fondato, in quanto le risultanze processuali evidenziate nelle decisioni di merito, attestano inequivocamente la ricorrenza degli elementi costitutivi del contestato reato di abuso d'ufficio.

Quanto alla violazione delle norme di legge, il demansionamento della dipendente comunale C. M. R., da economo e ragioniere presso l'asilo nido di Scorrano a mansioni di «prevenzione e di accertamento delle violazioni in materia di sosta», appare essere stato adottato dal sindaco C. in evidente violazione del disposto del d.lgs. n. 29 del 1993, art. 56, sui dipendenti delle pubbliche amministrazioni, e dell'art. 7 Ccnl dei dipendenti degli enti locali recepito nel d.P.R. n. 593 del 1993. Pur consentendo tali norme che un dipendente possa essere adibito a svolgere compiti di qualifica immediatamente inferiore, evidenziano, tuttavia, l'occasionalità di tale destinazione e la possibilità che ciò avvenga con criteri di rotazione.

Tale *ratio legis* risulta inosservata dal sindaco C.:

- per non avere dato conto con adeguata motivazione dei criteri d'individuazione del dipendente da demansionare, sia pure occasionalmente;
- per aver omesso di prevedere una rotazione per tutti i dipendenti a strattamente idonei a essere nominati;
- per aver omesso di motivare sulle cause che hanno reso impossibile il ricorso a tali canoni di comportamento espressamente richiamati dalla legge.

Quanto all'elemento soggettivo del reato, l'avverbio intenzionalmente, che figura nel testo della norma incriminatrice, esclude la configurabilità del dolo sotto il profilo indiretto o eventuale, e richiede che l'evento costituito dall'ingiusto vantaggio patrimoniale o dal danno ingiusto sia voluto dall'agente e non già semplicemente previsto e accettato come possibile conseguenza della propria condotta, in ipotesi diretta a un fine pubblico, sia pure perseguito con una condotta illegittima. Ciò, beninteso, a patto che il perseguimento di tale fine non rappresenti un mero pretesto, col quale venga mascherato l'obiettivo reale della condotta.

Ne deriva che per escludere il dolo sotto il profilo dell'intenzionalità occorre ritenere, con ragionevole certezza, che l'agente si proponga il raggiungimento di un fine pubblico, proprio del suo ufficio. Un'ipotesi del genere, in *subiecta materia*, è stata motivatamente esclusa dai giudici del merito, che hanno ritenuto indubbia la ricorrenza dell'intenzionalità dell'abuso in danno, sia per quanto dianzi rilevato, sia perché la reiterata condotta del sindaco C., a destinare persistentemente la C., piuttosto che altri dipendenti comunali, a svolgere le mansioni di ausiliario del traffico, appare costituire il suggello di tutta una serie di elementi caratterizzanti quel fenomeno sociale noto come *mobbing*, consistente in atti e comportamenti posti in essere dal datore di lavoro o dal superiore gerarchico che mira a danneggiare il dipendente, così da coartarne o da piegarne la volontà: comportamenti tesi, nella fattispecie, a dequalificare professionalmente la parte lesa, tali da concretare oltre che il reato di abuso d'ufficio in danno di costei, da integrare, altresì, l'illecito di cui all'art. 2043 cod. civ., essendo derivata, quale ulteriore conseguenza di detti comportamenti «mobbizzanti» del C., una seria patologia neuro-psichiatrica a carico della C.; attività amministrativa illegittima, dunque, da cui è derivata, in una con la lesione dell'interesse legittimo in sé considerato, quella dell'interesse al bene della vita, che risulta meritevole di protezione, con conseguente risarcibilità del danno causato (cfr.: Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2000, Genazzani).

Per quanto sopra va disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata per essere il reato estinto per prescrizione, ferme restando le statuizioni civili.

Il ricorrente va, altresì, condannato alla rifusione delle spese sostenute dalla parte civile in questo grado di giudizio; spese che vengono liquidate in complessivi euro 2.168,44, oltre Iva e Cpa.

(*Omissis*)

(1) IL RUOLO DELLA CASSAZIONE NELLA TUTELA DAL *MOBBING*

1. — La Sesta Sezione penale della Corte di Cassazione – con la sentenza n. 40891 del 2007 che si prende in esame – attribuisce rilevanza penale a condotte illecite mobbizzanti. Questa pronuncia riveste notevole interesse, in quanto rappresenta un ulteriore sforzo della giurisprudenza penale di legittimità di ricondurre il fenomeno del *mobbing* nell'alveo di distinte e ben delineate fattispecie criminose, soprattutto in considerazione del fatto che continua a mancare sia una disciplina legislativa sul *mobbing*, sia la configurazione di uno specifico reato di *mobbing* (Vedi in particolare Perini, *La tutela penale del mobbing*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, n. 29, pp. 155 ss.).

Al riguardo, si rileva che esiste un precedente indirizzo giurisprudenziale orientato a «frantumare» il *mobbing* in più specifici e tradizionali illeciti penali (Vedi Cass. pen., Sez. VI, 8 marzo 2006-21 settembre 2006, n. 31413, in *Cass. pen.*, n. 6/2007, p. 2489, e in *Ambiente e sicurezza*, n. 13/2007, pp. 45 ss.; Cass. pen., Sez. III, 15 gennaio 2001, n. 255, a quanto consta inedita; Cass. pen., Sez. IV, 12 marzo 2001, n. 10090, in *Ambiente e sicurezza*, n. 8/2002, pp. 66 ss.), data l'impossibilità attuale di fare ricorso a una precisa normativa penale in materia. Ma su questo profilo ci soffermeremo più avanti, procedendo ora a esaminare il caso.

2. — Il caso – sottoposto al giudizio della Corte di Cassazione – trae origine da comportamenti vessatori e persecutori posti in essere dal sindaco del Comune di Scorrano nei confronti di una propria dipendente; comportamenti, questi, ritenuti ampiamente provati dai giudici di merito. Più precisamente, il sindaco, abusando della propria qualifica e del proprio ufficio, aveva adottato tre provvedimenti con cui disponeva che la propria dipendente – inquadrata nella 6^a qualifica funzionale e con mansioni di coordinatrice economista dell'asilo nido comunale – fosse destinata a svolgere le mansioni di «prevenzione e accertamento delle violazioni in materia di sosta». E ciò in evidente violazione dell'art. 17, commi 132 e 133, della legge n. 127 del 1997, nonché della Circolare ministeriale del 25 settembre 1997, esplicitiva del citato art. 17, commi 132 e 133, e dell'art. 56 del d.lgs. n. 29 del 1993 (oltre che dell'art. 7 Ccnl approvato con d.P.R. n. 593 del 1993), per avere egli, prima di pervenire all'individuazione della dipendente quale destinataria dei citati provvedimenti, ommesso di procedere a una comparazione fra il personale dipendente di pari qualifica, nonché di valutarne preventivamente l'idoneità e l'indispensabile qualificazione professionale, così recando un ingiusto danno alla dipendente stessa, destinata allo svolgimento di mansioni inferiori rispetto a quelle per le quali era stata assunta e «costretta a esercitare un lavoro all'aperto più gravoso rispetto a quello esercitato in precedenza».

Nel caso di specie, i giudici di primo (Tribunale di Lecce) e secondo grado (Corte d'Appello di Lecce) hanno ravvisato nella condotta del sindaco, in qualità di datore di

lavoro, «gli estremi del *mobbing*, rilevabili in quei comportamenti con cui il datore di lavoro o il superiore gerarchico esercita una sorta di terrorismo psicologico (fatto di vessazioni, umiliazioni, dequalificazioni professionali, eccessivo ricorso alle visite mediche di controllo anche a fronte di referti confermativi della patologia denunciata dal lavoratore) nei confronti di uno o più dipendenti, così da coartarne o piegarne la volontà, e che sovente è causa di gravi patologie interessanti la sfera neuropsichica del soggetto esposto». In particolare, i giudici di merito hanno ritenuto il sindaco/datore di lavoro colpevole del reato di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 cod. pen., condannandolo alla pena – sospesa – di un anno di reclusione. Ma v'è di più. Ritenuta la fondatezza delle doglianze della dipendente vessata e, quindi, l'illegittimità dei provvedimenti adottati intenzionalmente dal sindaco nei confronti della predetta per supposte e non provate ragioni di pubblico interesse (e costituenti il suggello di tutta una serie di condotte «mobtizzanti», tese a dequalificare professionalmente la parte lesa), veniva ravvisato un comportamento da parte del sindaco/datore di lavoro idoneo a integrare altresì l'illecito di cui all'art. 2043 cod. civ., non potendosi dubitare che la descritta condotta del pubblico ufficiale avesse prodotto un evidente danno alla parte lesa, costituito dalla dequalificazione professionale conseguente all'esercizio di mansioni inferiori rispetto a quelle di appartenenza, da cui era derivata una serie patologia neuro-psichiatrica, analiticamente descritta dal consulente della parte civile (in cui si evidenziava come la sintomatologia lamentata dalla parte lesa – puntate ipertensive, tachicardia, stato d'ansia, agitazione e tensione emotiva – fosse dovuta allo stato di *stress* derivatole dai fatti oggetto di giudizio).

Orbene, la Cassazione – preso atto che le risultanze processuali, evidenziate nelle decisioni di merito, attestavano inequivocamente la ricorrenza degli elementi costitutivi del contestato reato di abuso d'ufficio – ha ravvisato la condotta mobtizzante rilevante sia sotto il profilo penale, sia sotto il profilo civilistico.

Sotto il profilo penale, infatti, la Suprema Corte ha sostenuto che per escludere il dolo sotto il profilo dell'intenzionalità occorre ritenere, con ragionevole certezza, che l'agente si proponga il raggiungimento di un fine pubblico, proprio del suo ufficio (un'ipotesi del genere, in *subiecta materia*, è stata motivatamente esclusa dai giudici del merito, che hanno ritenuto indubbia la ricorrenza dell'intenzionalità dell'abuso in danno).

Sotto il profilo civilistico, il demansionamento della dipendente comunale, da economo e ragioniere presso l'asilo nido di Scorrano a mansioni di «prevenzione e di accertamento delle violazioni in materia di sosta», è illegittimo perché si pone in evidente violazione del disposto dell'art. 56 del d.lgs. n. 29 del 1993 sui dipendenti delle pubbliche amministrazioni e dell'art. 7 Ccnl dei dipendenti degli enti locali recepito nel d.P.R. n. 593 del 1993 (pur consentendo tali norme, in effetti, che un dipendente possa essere adibito a svolgere compiti di qualifica immediatamente inferiore, evidenziano, tuttavia, l'occasionalità di tale destinazione e la possibilità che ciò avvenga con criteri di rotazione).

Detto diversamente, si tratta di comportamenti tali da concretare, oltre che il reato di abuso d'ufficio in danno della dipendente, l'illecito di cui all'art. 2043 cod. civ., essendo derivata, quale ulteriore conseguenza di detti comportamenti «mobtizzanti» del datore, una seria patologia neuro-psichiatrica a carico della dipendente: attività amministrativa illegittima, dunque, da cui è derivata, in una con la lesione dell'interesse

legittimo in sé considerato, quella dell'interesse al bene della vita, che risulta meritevole di protezione, con conseguente risarcibilità del danno causato (Cfr. Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2000, n. 4881, in *Riv. pen.*, 2000, p. 575).

In definitiva, la Cassazione si è però vista costretta a disporre l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata per essere il reato estinto per prescrizione, ferme restando le statuizioni civili. Ma questo non inficia minimamente la rilevanza penale e civile attribuita dalla Suprema Corte alle condotte mobbizzanti, a conferma e sulla scia delle argomentazioni elaborate dalla Corte d'Appello.

3. — Come si è già in precedenza evidenziato, la perdurante assenza di una fattispecie unitaria, penalmente rilevante, etichettata *mobbing* costringe la dottrina e la giurisprudenza penale a fare ricorso ad altri strumenti – naturalmente presenti nell'ordinamento giuridico – per realizzare la repressione penale delle condotte mobbizzanti. Tornando a considerare i precedenti giurisprudenziali, fuggacemente richiamati sopra, pare interessante soffermarsi – sempre muovendosi nell'ottica della frantumazione – sulle pronunce di legittimità che hanno inquadrato determinati comportamenti vessatori nell'alveo della responsabilità penale per molestie sessuali [Cfr. Castelnuovo, *Mobbing e Diritto penale*, in Pedrazzoli (a cura di), *Vessazioni e angherie sul lavoro*, Milano, 2007, pp. 419 ss.]. Di particolare interesse sono alcune pronunce della Cassazione, ove la condotta mobbizzante integra gli estremi della violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* cod. pen. Si fa riferimento alla sentenza della Cassazione, Sez. III penale, 26 maggio 2003, n. 22927 (a quanto consta inedita), concernente il caso di un direttore di un ufficio postale condannato a un anno e tre mesi di reclusione per avere compiuto atti sessuali su alcune proprie dipendenti (*ex art. 609-bis* cod. pen., che punisce il reato di violenza sessuale), nonché alla sentenza della Cass., Sez. III penale, 15 gennaio 2001, n. 255 (a quanto consta inedita), riguardante il direttore sanitario di un ospedale e direttore generale dell'Asl di zona che veniva condannato per i reati di cui agli artt. 660, 609-*bis* e 609-*septies* cod. pen., in quanto – nell'esercizio delle sue funzioni e con violenza, minaccia e abuso di autorità – compiva atti o molestie sessuali nei confronti di alcune donne dipendenti.

Alla luce della disamina fino a ora effettuata, il problema si pone anche a fronte di molestie sessuali non degenerate in vera e propria violenza sessuale, dovendosi in tali casi procedere a un inquadramento dei comportamenti mobbizzanti in diverse fattispecie penalmente rilevanti, come, ad esempio, maltrattamenti (572 cod. pen.), ingiuria (art. 594 cod. pen.), diffamazione (art. 595 cod. pen.), violenza privata (610 cod. pen.), minaccia (art. 612 cod. pen.), molestia o disturbo alle persone (660 cod. pen.) (Cfr. Castelnuovo, *op. cit.*, p. 422; Monea, *Il mobbing: una realtà penale «frantumata»*, in *Ambiente e sicurezza*, 2007, n. 13, p. 45 ss.).

Il ruolo di supplenza della giurisprudenza in campo penale è stato determinante e ancor più faticoso di quello svolto dalla giurisprudenza in campo civile, ove la norma di riferimento per la repressione delle condotte mobbizzanti è rappresentata dall'art. 2087 cod. civ. (Vedi Raffi, *Il mobbing nell'ordinamento comunitario*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, n. 29, pp. 253 ss., in particolare pp. 255 ss.); e ciò perché in campo penale non esiste una norma quadro di riferimento, ma occorre fare uso delle varie fattispecie criminose legislativamente tipizzate per reprimere e sanzionare i comportamenti vessatori. Il che rende più complessa l'opera interpretativa della giurisprudenza stes-

sa, che deve procedere «a una lettura disaggregata del *mobbing*» (Monea, *op. cit.*, p. 53), come emerge anche nella decisione della Cass. pen., Sez. VI, n. 31413 del 2006, cit., ove si condanna il comportamento mobbizzante mediante il reato di violenza privata *ex art.* 610 cod. pen. Con tale sentenza, la Suprema Corte, infatti, ha ritenuto configurabile il reato di violenza privata, consumata o tentata, a carico di datori di lavoro i quali costringano o cerchino di costringere taluni lavoratori dipendenti ad accettare una novazione del rapporto comportante il loro «demansionamento» (nella specie, dalla qualifica di impiegato a quella di operaio) mediante minaccia di destinarli, altrimenti, a forzata e umiliante inerzia in ambiente fatiscente ed emarginato dal resto del contesto aziendale, nella prospettiva di un susseguente licenziamento.

Il percorso argomentativo seguito nella pronuncia sopra menzionata trova un suo precedente nella decisione della Cass. pen., Sez. VI, n. 10090 del 12 marzo 2001 (Udienza 22 gennaio 2001, in *Riv. pen.*, 2001, p. 442): decisione nella quale i giudici di legittimità hanno ritenuto il datore di lavoro colpevole, con riferimento al reato di violenza privata, per avere permesso che i suoi collaboratori attuassero pesanti vessazioni di natura psicologica e fisica nei confronti di neo-dipendenti per costringerli a lavorare oltre ogni limite giuridico e umano. E ciò in applicazione del principio statuito dall'art. 40 cod. pen., secondo cui non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo. In altri termini, il fatto di avere consapevolmente tollerato – senza impedirlo né porvi fine – il compimento di vessazioni fisiche o morali a danno dei propri dipendenti equivale ad averle compiute e giustifica appieno la condanna per reato continuato di cui all'art. 610 cod. pen.

In definitiva, abbozzando una sintetica – e, volutamente, non esaustiva – comparazione fra tutela penale nel settore pubblico e tutela penale nel settore privato contro i fenomeni di *mobbing*, si può osservare che nell'ambito del pubblico impiego si può – se ci sono sufficienti elementi di prova – facilmente fare ricorso al reato di abuso di ufficio di cui all'art. 323 cod. pen., dal momento che spesso il pubblico ufficiale, abusando della sua posizione di supremazia funzionale e strumentalizzando certe norme giuridiche, pone in essere aggressioni e danni ingiusti alla sfera della personalità costituzionalmente tutelata (Cfr. Trib. Busto Arsizio 18 maggio 2004, in *Foro amm.*, 2004, p. 166).

D'altra parte, nel settore privato – a fronte di comprovati comportamenti vessatori morali – si può utilizzare lo strumento giuridico rappresentato dal reato di violenza privata di cui all'art. 610 cod. pen. Norma, questa, che tutela il bene della *libertà morale* contro ogni forma di aggressione e violazione alla *libertà del volere*, «intesa, da una parte, come *libertà psichica* o *invulnerabilità della sfera psichica*, nonché *libertà di coscienza e di pensiero* (libertà morale rispetto al *foro interno* del soggetto), e, dall'altra, come *libertà di determinazione o autodeterminazione* ovvero *libertà di agire* (relativa al *foro esteriore* della personalità del soggetto)» (Mezzetti, voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, Utet, 1999, vol. XV, pp. 264 ss., specie p. 265).

4. — Il caso esaminato risulta – anche sulla base di comprovati elementi di fatto emersi nei vari gradi di giudizio – perfettamente riconducibile al fenomeno del *mobbing*, che è ravvisabile in ogni «situazione lavorativa di conflittualità sistematica, persistente, e in costante progresso in cui una o più persone vengono fatte oggetto di azioni ad alto contenuto persecutorio da parte di uno o più aggressori in posizione supe-

riore, inferiore o di parità, con lo scopo di causare alla vittima danni di vario tipo e gravità. Il mobbizzato si trova nell'impossibilità di reagire adeguatamente a tali attacchi e a lungo andare accusa disturbi psicosomatici, relazionali e dell'umore che possono portare anche a invalidità psico-fisiche permanenti di vario genere e percentualizzazione» (Ege, *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Milano, 2002, p. 39).

Nonostante il ruolo creativo della giurisprudenza svolto in materia di definizione di *mobbing* – unitamente agli studi sul fenomeno dal carattere interdisciplinare (Vedasi, per tutti, Ege, *Dalle origini del mobbing alla valutazione del danno*, in *Il danno alla persona del lavoratore* - Atti Aidlass, Napoli, 31 marzo-1° aprile 2006, Milano, 2007, pp. 155 ss.) – si avverte ancora il problema di colpire le zone grigie ovvero i casi di *mobbing strisciante*; e ciò specialmente in ambito penalistico.

Pertanto, in assenza di una legislazione penale sul *mobbing*, come quella francese sull'*harcèlement moral* (Ovvero violenza psicologica sul luogo di lavoro; vedasi Hirigoyen, *Le harcèlement moral*, Paris, 1992, tradotto e pubblicato in Italia sotto il titolo *Molestie morali. La violenza perversa nella vita quotidiana*, Torino, 2002), il giudice penale – a fronte di condotte dai contorni nitidi – può servirsi delle «difese» offerte specificamente dall'ordinamento giuridico in materia di fattispecie criminose idonee a sussumere nella propria sfera di applicazione determinati comportamenti mobbizzanti, come si è potuto sottolineare in precedenza, ma si trova senza margine d'azione dinanzi a fenomeni più ibridi, grigi e formalmente leciti, pur se sostanzialmente vessatori; e ciò a differenza del giudice civile, che gode indubbiamente di un maggior raggio d'azione, avvalendosi degli strumenti più elastici rappresentati dagli artt. 2087 cod. civ. e 2043 cod. civ.

E v'è di più. Talora è la stessa giurisprudenza penale ad autolimitarsi, cadendo perfino in argomentazioni contraddittorie e non condivisibili, come quelle rinvenibili nella sentenza della Cassazione n. 33624 del 2007, chiamata a giudicare una sentenza di non luogo a procedere pronunciata dal Gup di Santa Maria Capua Vetere in una causa intentata da un'insegnante di sostegno nei confronti del proprio preside d'istituto (Cfr. Cass. pen., Sez. V, 29 agosto 2007, n. 33624, in *Foro it.*, 2007, c. 16). Secondo la linea argomentativa espressa con tale pronuncia «il *mobbing* non è reato perché non rientra nei casi penalmente perseguibili dal codice penale ma è solo un illecito civile per il quale si può chiedere il risarcimento del danno. La condotta di *mobbing* suppone non tanto un singolo atto lesivo, ma una mirata reiterazione di una pluralità di atteggiamenti, anche se non singolarmente connotati da rilevanza penale, convergenti sia nell'esprimere l'ostilità nel soggetto attivo verso la vittima, sia nell'efficace capacità di mortificare e di isolare il dipendente nell'ambiente di lavoro». Dalla lettura di questo brano di motivazione della sentenza sembrerebbe precluso ogni possibile spiraglio di tutela penale, rimanendo percorribile esclusivamente la via della tutela civile. Ma la Corte, dopo avere posto queste preclusioni e avere negato qualsiasi rilevanza penale del *mobbing*, afferma – cadendo in contraddizione – che: «affinché questa condotta abbia effetti penali e quindi non porti solo a una causa civile, la figura di reato maggiormente prossima ai connotati caratterizzanti il *mobbing* è quella descritta dall'articolo 572 del codice penale "maltrattamenti commessi da persona dotata di autorità per l'esercizio di una professione" che devono compiersi in modo continuativo (nel caso specifico, inoltre, il P.M. non aveva contestato azioni reiterate e continuative ma solo casi di diffamazione, ingiuria e una pluralità di gesti ostili non specificati; azioni prive in sé, se-

condo la Corte, di potenzialità direttamente lesive dell'integrità della vittima o di riscontri obiettivamente dimostrabili)».

Ora, non si comprende questo percorso tortuoso e alquanto contraddittorio e, soprattutto, non si condivide assolutamente l'apodittica conclusione di restringere la rilevanza penale del *mobbing* alla sola ipotesi di maltrattamenti di cui all'art. 572 cod. pen., in quanto – in conformità al più recente indirizzo della Cassazione di cui alla sentenza in commento – è da conferire rilevanza al principio secondo il quale i comportamenti che integrano il *mobbing* possono essere penalmente rilevanti, se sussumibili in una precisa fattispecie di reato, senza ingiustificate limitazioni *ex lege* non consentite.

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

CASSAZIONE, 17 luglio 2007, n. 15892, Sez. lav. – Pres. Senese, Est. Stile, P.M. Fuzio (concl. conf.) – P. S. (avv.ti Panici e Giovannelli) c. Eni Spa (avv. Morrico).

Cassa App. Milano 17 marzo 2005.

Controlli del datore di lavoro – Sistema informatico di rilevazione degli accessi – Art. 4 Stat. lav. – Violazione della procedura di partecipazione di cui al comma 2 della disposizione – Licenziamento – Illegittimità.

Integra una violazione dell'art. 4 Stat. lav. il controllo a distanza operato nei confronti di un lavoratore tramite l'incrocio di dati legittimamente acquisiti, rispettando la procedura di cui al comma 2 della disposizione, con altri per i quali non è stata osservata la medesima procedura. (1)

I dati raccolti mediante una forma di controllo a distanza illegittima non possono essere utilizzati per fondare il licenziamento del lavoratore. (2)

(Omissis)

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato in data 17 marzo 2005 Eni Spa conveniva, dinanzi alla Corte d'Appello di Milano, P. S. chiedendo la parziale riforma della sentenza n. 108/04 del Tribunale della stessa città nel capo in cui aveva ritenuto illegittimo il licenziamento in tronco adottato il 3 luglio 2002.

Il Tribunale, infatti, aveva ritenuto violato l'art. 4, comma 2, della legge n. 300/1970, non avendo la società trovato l'accordo con le Rsa circa l'adozione di apparecchiature che consentivano la possibilità di controllo a distanza dell'attività lavorativa.

L'appellante lamentava che il giudice, in contrasto con quanto disposto dall'art. 112 cod. proc. civ., avesse ritenuto decisivo, per affermare la illegittimità del licenziamento, un motivo neppure specificato in ricorso, né indicato come vizio del licenziamento nelle conclusioni; avesse ritenuto applicabile l'art. 4, nonostante si trattasse di controlli diretti a reprimere comportamenti scorretti del lavoratore, estranei all'attività lavorativa e tenuti fuori dell'ambiente di lavoro; non avesse considerato che l'apparecchiatura era finalizzata a garantire la sicurezza dei *garage* dove erano parcheggiate le vetture dei lavoratori, i quali consapevolmente inserivano il *badge*, essendo la sbarra aperta solo all'orario di entrata e uscita.

Rilevava che il prodotto Accordo del 5-6 agosto 1999 era stato concordato non in applicazione dell'art. 4 Stat. lav., ma per regolare l'orario di lavoro e altre materie. Sosteneva che il comportamento del lavoratore, mali-

zioso e ripetutamente inadempiente, era comunque idoneo a ingenerare sfiducia, considerando che le sue mansioni non richiedevano un'assidua presenza in ufficio; che andava considerata sia la specifica recidiva nel comportamento sia gli addebiti precedenti di due anni l'ultimo, che non potevano essere considerati ai fini della recidiva; che il fatto poteva essere valutato come giustificato motivo soggettivo.

Si costituiva P., resistendo all'appello con articolate argomentazioni. Ribadiva, con appello incidentale condizionato, che la società aveva contestato due volte la stessa mancanza concernente l'anomalia della prestazione, con lettera 27 maggio 2002 per il periodo 6 maggio-24 maggio, cui era seguita la sospensione di otto giorni, e con lettera 6 giugno 2002, sette giorni prima dell'irrogazione della sospensione, per il periodo 10 maggio-31 maggio, cui era seguito il licenziamento.

Con sentenza del 17 marzo-26 aprile 2005 la Corte di Milano accoglieva il gravame, rigettando tutte le domande avanzate dal P. nell'atto introduttivo. Riteneva la Corte che le due contestazioni erano diverse e che i fatti contestati («il lavoratore usciva ed entrava [...] per propri affari privati») erano risultati provati, dissentendo dal primo giudice circa la liceità dell'acquisizione dei dati.

Secondo la Corte, infatti, in forza dell'art. 4, comma 2 («che qui interessa»), il controllo vietato sarebbe solo quello «continuo del comportamento del lavoratore o comunque attuabile in qualsiasi momento a discrezione della direzione aziendale». I controlli con il *badge* anche da un altro varco non invaderebbero la riservatezza non lasciando – si afferma – «alcuna possibilità di rilevare spostamenti all'interno dell'azienda». E per le medesime ragioni non si riteneva sussistere neppure la violazione della *privacy*. E ciò, in particolare, perché il P. neppure poteva essere considerato inattività quando, eludendo i controlli, varcava altri accessi e/o entrava dal *garage* o ne usciva con la sua auto privata». Considerati legittimi i controlli, la Corte riteneva che l'accertato comportamento del lavoratore, svoltosi in maniera sistematica, fosse di gravità tale da spezzare il vincolo fiduciario determinando la legittimità del recesso.

Per la cassazione di tale pronuncia ricorre S. P. con tre motivi.

Resiste l'Eni Spa con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memorie *ex art. 378 cod. proc. civ.*

Motivi della decisione

Con il primo motivo di ricorso il P., denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nonché motivazione omessa e contraddittoria su punti decisivi della controversia (art. 360, nn. 3 e 5, cod. proc. civ.), sostiene che la sentenza impugnata sarebbe pervenuta

a una conclusione errata basata su di una interpretazione altrettanto errata dell'art. 4, comma 2, della richiamata legge n. 300/1970, trascurando di considerare che per il legislatore è sufficiente la mera ipotetica possibilità che dall'impianto «derivi» un controllo «a distanza» per far scattare il divieto (parziale e superabile) di installazione. E sarebbe contraddittoria laddove non tiene conto della sostanza dei fatti pacifici, omettendo al contempo di affrontare il problema del controllo non «diretto ed esclusivo» ma «possibile e derivato...», rispetto a entrambi i casi essendovi pericolo di invasione della sfera privata del lavoratore inconsapevole.

Il motivo è fondato nei termini che seguono.

Come è noto, l'art. 4 della legge n. 300/1970, la cui violazione è penalmente sanzionata ai sensi dell'art. 38 della stessa legge, fa parte di quella complessa normativa diretta a contenere in vario modo le manifestazioni del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro che, per le modalità di attuazione incidenti nella sfera della persona, si ritengono lesive della dignità e della riservatezza del lavoratore.

Detto art. 4, infatti, sancisce, al suo comma 1, il divieto di utilizzazione di mezzi di controllo a distanza, tra i quali, in primo luogo, gli impianti audiovisivi, sul presupposto – espressamente precisato nella «Relazione ministeriale» – che la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria nell'organizzazione produttiva, vada mantenuta in una dimensione «umana», e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro.

Lo stesso articolo, tuttavia, al comma 2, prevede che esigenze organizzative, produttive ovvero di sicurezza del lavoro possano richiedere l'eventuale installazione di impianti e apparecchiature di controllo, dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. In tal caso è prevista una garanzia procedurale a vari livelli, essendo la installazione condizionata all'accordo con le rappresentanze sindacali aziendali o con la commissione interna, ovvero, in difetto, all'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro.

In tal modo il legislatore ha inteso temperare l'esigenza di tutela del diritto dei lavoratori a non essere controllati a distanza e quello del datore di lavoro, o, se si vuole, della stessa collettività, relativamente alla organizzazione, produzione e sicurezza del lavoro, individuando una precisa procedura esecutiva e gli stessi soggetti a essa partecipi.

Nel caso di specie – come emerge dalle pronunce di merito e dalle stesse difese delle parti – la società, al fine di agevolare i propri dipendenti muniti di autovettura, aveva predisposto per essi un locale *garage* ove posteggiarla durante l'orario lavorativo, inserendo, tuttavia, un congegno di sicurezza vol-

to a consentire l'ingresso a tale *garage* solo mediante un meccanismo elettronico attivato da un tesserino – *badge* – personale assegnato a ciascun dipendente, lo stesso che attivava gli ingressi agli uffici.

Oltre a consentire l'elevazione della sbarra di ingresso al (e uscita dal) *garage*, il meccanismo rilevava, dal *badge*, e registrava l'identità di chi passava nonché l'orario del passaggio. Il che permetteva, mediante l'incrocio di tali dati con quelli rilevati elettronicamente all'ingresso degli uffici, di controllare il rispetto o non degli orari di entrata e uscita e presenza sul luogo di lavoro da parte dei dipendenti.

Un'apparecchiatura di controllo, dunque, predisposta per il vantaggio dei dipendenti, ma utilizzabile anche in funzione di controllo dell'osservanza da parte di questi dei loro doveri di diligenza nel rispetto dell'orario di lavoro e della stessa correttezza della esecuzione della prestazione lavorativa. Tale apparecchiatura – a differenza di quella analoga installata agli ingressi dell'ufficio – non era stata concordata con le rappresentanze sindacali, né era stata autorizzata dall'Ispettorato del lavoro.

Secondo la Corte territoriale la società, nel caso concreto, non avrebbe agito in violazione del menzionato art. 4, comma 2, poiché «la rilevazione dei medesimi dati da altro varco non è in sé modalità occulta e insidiosa di controllo, né invade la dignità e la riservatezza del lavoratore nello svolgimento dell'attività; non riguarda, inoltre, aspetti della prestazione diversi da quelli per i quali già avveniva il controllo con il medesimo *badge* (nominativo, orario di entrata e uscita al varco)».

Osserva il Collegio che tale assunto – fondamentalmente volto a escludere dall'ambito del divieto del controllo a distanza dell'attività lavorativa posto dall'art. 4 citato i meccanismi di rilevazione dei dati di entrata e uscita dall'azienda – non appare condivisibile.

E invero, posto – come sembra indubitabile, in mancanza di indicazioni di segno contrario – che il riferimento all'attività lavorativa, oggetto della fattispecie astratta, non riguarda solo le modalità del suo svolgimento, ma anche il *quantum* della prestazione, il controllo sull'orario di lavoro, risolvendosi in un accertamento circa la quantità di lavoro svolto, si inquadra, per ciò stesso, in una tipologia di accertamento pienamente rientrante nella fattispecie prevista dal comma 2 del richiamato art. 4.

Né l'insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore.

Tale esigenza, che, con tutta evidenza, ha indirizzato il giudice *a quo* a decidere nel senso censurato, con il conforto, peraltro, anche di pronunce di questa Corte (in particolare, Cass. 3 aprile 2002, n. 4746), non consente di espungere dalla fattispecie astratta i casi dei cosiddetti controlli difensivi, os-

sia di quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori quando tali comportamenti riguardino, come nel caso, l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela di beni estranei al rapporto stesso ove la sorveglianza venga attuata mediante strumenti che presentano quei requisiti strutturali e quelle potenzialità lesive, la cui utilizzazione è subordinata al previo accordo con il sindacato o all'intervento dell'Ispettorato del lavoro.

Consegue a tale rilievo la necessità, *ex art. 4, comma 2, dello Stat. lav.*, che l'installazione della contestata apparecchiatura sia oggetto di accordo con le Rsa o consentita dall'intervento dell'ufficio pubblico, affinché i dipendenti ne possano avere piena conoscenza e possano eventualmente essere stabilite in maniera trasparente misure di tutela della loro dignità e riservatezza.

Nel caso di specie, costituisce circostanza divenuta pacifica, in seguito alla espletata istruttoria in sede di merito, che nessun accordo, neppure tacito, è al riguardo intervenuto tra la direzione aziendale e le Rsa e non è stato in alcun modo interessato l'ufficio pubblico in sede di installazione e funzionamento delle apparecchiature in questione, che consentono, per i rilievi appena esposti, «la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori».

Per tale ragione il controllo operato nei confronti del ricorrente, mediante l'incrocio dei dati, legittimamente acquisiti in quanto comunque concordati, rilevati agli ingressi dell'ufficio con quelli registrati alla sbarra di passaggio del *garage* aziendale, è stato effettuato illegittimamente e quindi i risultati di tale controllo sull'attività del P. non possono essere posti a fondamento dell'intimato licenziamento.

L'esaminato motivo va, quindi, accolto, con assorbimento degli ulteriori due, prospettati dal ricorrente.

L'impugnata sentenza va, per l'effetto, cassata, e sussistendo i presupposti per la decisione nel merito, *ex art. 384 cod. proc. civ.*, il licenziamento in oggetto, conformemente alla decisione di primo grado, va annullato, con le conseguenze stabilite all'art. 18 Stat. lav., come modificato dall'art. 1 della legge n. 108/1990. Pertanto, la società resistente va condannata a reintegrare il ricorrente nel suo posto di lavoro e a risarcirgli il danno, versandogli una indennità corrispondente alla retribuzione globale di fatto di euro 1.545,90 per quattordici mensilità dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione, con detrazione di quanto eventualmente corrisposto in esecuzione della sentenza di primo grado, oltre rivalutazione e interessi.

L'accertata condotta, tutt'altro che commendevole, del P. induce a compensare tra le parti le spese dell'intero processo.

Per questi motivi

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso e dichiara assorbiti gli altri. Cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, conferma la sentenza di primo grado. Compensa le spese dell'intero processo.

Roma, il 13 marzo 2007.

(*Omissis*)

(1-2) CONTROLLI A DISTANZA E NECESSITÀ DEL RISPETTO
DELLA PROCEDURA DI CUI AL COMMA 2 DELL'ART. 4 STAT. LAV.

1. — La sentenza in commento è, senza dubbio, di grande importanza. Infatti, qui la Cassazione si pronuncia nuovamente sull'interpretazione dell'art. 4 Stat. lav. e prende posizione a favore di una lettura dell'enunciato che dipana le perplessità emerse in occasione del varo di un'altra decisione della stessa Suprema Corte, la quale ha costituito, per qualche anno, un precedente tale da giustificare tentativi di letture sterilizzanti della portata della disposizione dello Statuto o da spingere i giudici di merito, desiderosi di giungere a soluzioni diverse, ad adottare argomentazioni da fare invidia a equilibristi raffinati (Cfr. Trib. Milano 18 marzo 2006, in *Or. giur. lav.*, 2006, pp. 279 ss.).

Basti ricordare che nella sentenza 3 aprile 2002, n. 4746 (In q. *Riv.*, 2003, II, p. 71, con nota di L. D'Arcangelo) la Cassazione aveva escogitato un ragionamento non particolarmente limpido, giungendo alla paradossale conclusione di individuare una tipologia di comportamenti del lavoratore (tendenzialmente indefinita e suscettibile di espansione arbitraria), legittimamente controllabile a distanza e perciò non rientrante nella sfera di applicazione dell'art. 4 Stat. lav. La conclusione raggiunta trovava consacrazione nell'affermazione secondo cui «ai fini dell'operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori previsto dall'art. 4 Stat. lav. è necessario che il controllo riguardi (direttamente o indirettamente) l'attività lavorativa, mentre devono ritenersi certamente fuori dell'ambito di applicazione della norma i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore (cosiddetti controlli difensivi), quali, ad esempio, i sistemi di controllo dell'accesso ad aree riservate, o, appunto, gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate». In questo modo, siffatti controlli non rientravano nella sfera di operatività né del comma 1 né del comma 2 dell'art. 4 Stat. lav. Questa soluzione però era chiaramente contraddetta dalla semplice osservazione secondo cui per accertare la condotta illecita dei lavoratori, e quindi per effettuare un controllo difensivo, è quasi sempre necessario controllare la loro attività lavorativa: pertanto, anche in questo caso si rientrerebbe comunque nell'ambito di operatività della disposizione (Cfr. L. Nogler, *Abuso di telefono aziendale: la decisione su controlli e rimedi*, in *Giur. lav.*, 2002, n. 21, p. 14). La stessa giurisprudenza di merito, più coerentemente, nelle fattispecie concrete affrontate, ha infatti ammesso che anche nell'ipotesi di cosiddetti controlli difensivi va quanto meno applicato il comma 2 dell'art. 4 Stat. lav. (Cfr. Corte d'App. Milano 30 settembre 2005, in *Dir. prat. lav.*, 2006, n. 10, p. 571; Trib. Milano 31 marzo 2004, in *Or. giur. lav.*, 2004, pp.

108 ss., con nota di L. Cairo; Trib. Roma 4 giugno 2005 e Trib. Milano 11 aprile 2005, in q. *Riv.*, 2005, II, pp. 763 ss., con nota di A. Bellavista).

2. — Nel caso in esame, il datore di lavoro aveva predisposto un *garage* dove i dipendenti potessero parcheggiare le loro autovetture durante l'orario lavorativo, «inserendo, tuttavia, un congegno di sicurezza volto a consentire l'ingresso a tale *garage* solo mediante un meccanismo elettronico attivato da un tesserino – *badge* – personale assegnato a ciascun dipendente, lo stesso che attivava gli ingressi agli uffici». Sicché, «oltre a consentire l'elevazione della sbarra di ingresso al (e uscita dal) *garage*, il meccanismo rilevava, dal *badge*, e registrava l'identità di chi passava nonché l'orario del passaggio». Ciò «permetteva, mediante l'incrocio di tali dati con quelli rilevati elettronicamente all'ingresso degli uffici, di controllare il rispetto o non degli orari di entrata e uscita e presenza sul luogo di lavoro da parte dei dipendenti». Si trattava di «un'apparecchiatura di controllo, dunque, predisposta per il vantaggio dei dipendenti, ma utilizzabile anche in funzione di controllo dell'osservanza da parte di questi dei loro doveri di diligenza nel rispetto dell'orario di lavoro e della stessa correttezza nell'esecuzione della prestazione lavorativa». E «tale apparecchiatura – a differenza di quella analoga installata agli ingressi dell'ufficio – non era stata concordata con le rappresentanze sindacali, né era stata autorizzata dall'Ispettorato del lavoro», come invece prescrive il comma 2 dell'art. 4 Stat. lav.

Così, il datore di lavoro, grazie all'incrocio dei dati rilevati tramite le apparecchiature collocate presso la sbarra di passaggio del *garage* e all'ingresso degli uffici, ha potuto accertare che il lavoratore si era allontanato dalla sua postazione durante l'orario di lavoro passando per il *garage*, e non per il varco ordinario, probabilmente pensando che tale movimento non fosse oggetto di registrazione. Di conseguenza il lavoratore è stato licenziato. Il giudice di primo grado ha ritenuto illegittimo il licenziamento «in quanto l'accertamento delle mancanze è stato operato dalla società violando la disposizione di cui all'art. 4 Stat. lav.». In particolare, «il controllo operato nei confronti del ricorrente mediante l'incrocio dei dati, legittimamente acquisiti in quanto comunque concordati, rilevati agli ingressi dell'ufficio, con quelli registrati alla sbarra di passaggio del *garage* aziendale è stato effettuato illegittimamente e quindi i risultati di tale controllo sull'attività del lavoratore non possono fondare l'intimato licenziamento» (Trib. Milano 9 gennaio 2004, in *Note informative*, n. 32, 2005, p. 38).

Tuttavia il giudice di secondo grado ribaltava la prima decisione e riteneva giustificato il controllo così effettuato e il conseguente licenziamento. Il nucleo del ragionamento del giudice di appello va rintracciato nell'affermazione secondo cui il datore di lavoro «ha riscontrato le anomalie controllando un aspetto della prestazione, l'orario di lavoro in entrata e in uscita dall'azienda, con modalità non occulte né continue e perfettamente note sia al sindacato sia ai lavoratori»; e pertanto «la rilevazione dei medesimi dati da altro varco non è in sé una modalità occulta e insidiosa di controllo, né invade la dignità e la riservatezza del lavoratore nello svolgimento dell'attività; non riguarda, inoltre, aspetti della prestazione diversi da quelli per i quali già avveniva il controllo con il medesimo *badge*» (Corte d'App. Milano 17 marzo 2005, inedita).

La debolezza del ragionamento del giudice di appello è colta dalla Cassazione che, infatti, sottolinea che «tale assunto» è «fondamentalmente volto a escludere dall'ambito del divieto del controllo a distanza posto dall'art. 4 citato i meccanismi di rilevazio-

ne dei dati di entrata e uscita dall'azienda». Così, per la Suprema Corte, «posto che il riferimento all'attività lavorativa, oggetto della fattispecie astratta, non riguarda solo le modalità del suo svolgimento, ma anche il *quantum* della prestazione, il controllo sull'orario di lavoro, risolvendosi in un accertamento circa la quantità di lavoro svolto, si inquadra, per ciò stesso, in una tipologia di accertamento pienamente rientrante nella fattispecie prevista dal richiamato art. 4, comma 2, Stat. lav.». E «l'insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti» non «può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e della riservatezza del lavoratore». Né consente «di espungere dalla fattispecie astratta i casi dei cosiddetti controlli difensivi, ossia di quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori quando tali comportamenti riguardino, come nel caso, l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela di beni estranei al rapporto stesso ove la sorveglianza venga attuata mediante strumenti che presentano quei requisiti strutturali e quelle potenzialità lesive, la cui utilizzazione è subordinata al previo accordo con il sindacato o all'intervento dell'Ispettorato del lavoro».

Sicché, la Cassazione fa ricorso al tradizionale principio in base al quale le prove e i fatti storici scaturenti dal controllo illegittimo non possono essere utilizzati per giustificare qualunque sanzione a carico del lavoratore (Cfr. Cass. 17 giugno 2000, n. 8250, in *Not. giur. lav.*, 2000, p. 711). E di conseguenza la Suprema Corte cassa la sentenza d'appello e conferma la decisione di primo grado, pur mettendo in luce come la condotta del lavoratore sia stata «tutt'altro che commendevole».

3. — Un aspetto significativo della decisione in commento sta nella circostanza che la Suprema Corte sembra accogliere il ragionamento di Cass. n. 4746/2002 sull'inapplicabilità dell'art. 4 Stat. lav. ai cosiddetti controlli difensivi e sull'operatività della disposizione nei confronti della sorveglianza sulla sola attività lavorativa. Tuttavia, l'argomentazione di Cass. n. 4746/2002 è, opportunamente, utilizzata in modo tale da giungere alla conclusione che comunque, nel caso specifico, il tipo di sorveglianza cade nell'ambito di applicazione dell'art. 4 Stat. lav., in quanto riguardante l'attività lavorativa. In sostanza, il *dictum* di Cass. n. 4746/2002 viene sterilizzato, lasciando intendere che difficilmente il controllo possa essere solo «difensivo» e, cioè, esclusivamente diretto ad accertare condotte illecite del lavoratore.

Va così sottolineato che la pronuncia in esame rappresenta un significativo precedente, perché indurrà la successiva giurisprudenza, specie di merito, ad atteggiamenti prudenti ed equilibrati: con ciò evitando il rischio che i valori fondamentali della persona che lavora vengano sacrificati sull'altare delle contrapposte esigenze aziendali all'accertamento di eventuali condotte illecite della medesima.

Però, per risolvere problemi analoghi a quelli posti dall'uso delle tecnologie vecchie e nuove a fini di controllo a distanza dei lavoratori, sia consentito suggerire un percorso argomentativo che appare più conforme alla lettera e alla *ratio* dell'art. 4 Stat. lav. e che si discosta da quello seguito dalla sentenza in commento. In primo luogo, va sottolineato che l'espressione «attività dei lavoratori», contenuta nell'art. 4 Stat. lav., riguarda tutta l'attività dei lavoratori sia lavorativa sia esorbitante dall'area della subordinazione tecnico-funzionale, e quindi ricadente in uno spazio estraneo alla sfera solutoria. Infatti, la lettera della disposizione è chiara: si parla di «attività dei lavoratori», men-

tre negli artt. 2 e 3 della stessa legge ci si riferisce alla sola «attività lavorativa» (Cfr., esplicitamente, Cass., sez. pen., 8 ottobre 1985, in *Not. giur. lav.*, 1986, pp. 162 ss., e anche Cass. 11 marzo 1986, n. 1490, *ivi*, p. 159). Peraltro, va detto che, se si ammettesse l'applicazione dell'art. 4 Stat. lav. limitatamente alla sorveglianza dell'attività lavorativa, allora potrebbe essere consentito al datore controllare, con strumenti tecnici, senza alcun limite, tutte le azioni del lavoratore estranee alla fase di svolgimento del lavoro e di per sé lecite: l'andare al bagno, il modo in cui si trascorrono le pause o si consuma il pasto e così via. E questo sarebbe un risultato paradossale. Né va trascurato il fatto che, come s'è già osservato, per controllare la condotta illecita è quasi sempre necessario controllare anche l'attività lavorativa.

D'altra parte, non si vede come nell'ambito del concetto di controllo difensivo non possano rientrare sia i controlli sui comportamenti illeciti dei lavoratori, di cui il rapporto contrattuale costituisce l'occasione (come il furto o il danneggiamento di beni aziendali), sia i controlli sugli illeciti contrattuali, quali per esempio l'inadempimento della prestazione lavorativa. In entrambi i casi appare evidente che il datore possa avere ragionevoli e imprescindibili esigenze di effettuare la sorveglianza attraverso l'uso della tecnologia. Beninteso, i controlli tecnologici giustificati dall'esigenza di evitare condotte illecite dei lavoratori (e cioè tutti i controlli cosiddetti difensivi) possono non ricadere nel divieto di cui al comma 1 dell'art. 4 Stat. lav. Ma sicuramente gli stessi controlli integrano la fattispecie di cui al comma 2 dello stesso art. 4 Stat. lav. E pertanto saranno legittimi soltanto qualora siano autorizzati attraverso la procedura co-determinativa *ivi* regolata; la quale permette di verificare la presenza delle condizioni sostanziali, indicate dalla disposizione, che giustificano il controllo. Infatti, tale procedura rende possibile non solo l'emersione in modo trasparente delle ragionevoli esigenze aziendali che giustificano il controllo, ma pure di concordare modalità che riducano lo spazio della sorveglianza al minimo indispensabile e che evitino aggressioni inopportune della sfera della personalità del lavoratore (In questa direzione cfr. Corte d'App. Milano 30 settembre 2005, cit.). Si pensi soltanto al fatto che il controllo sulle telefonate effettuate dal dipendente potrebbe consentire di ottenere informazioni relative a fatti eccedenti quelli rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del medesimo lavoratore, ponendo in essere la violazione dell'art. 8 Stat. lav. Perciò, anche da questo punto di vista, solo la procedura co-determinativa del comma 2 dell'art. 4 Stat. lav. sarebbe in grado di assicurare che il controllo sia ragionevole e proporzionato alla pur legittima finalità perseguita (Cfr. E. Stenico, *L'esercizio del potere di controllo «informatico» del datore di lavoro sugli strumenti tecnologici di «ultima generazione»*, in *q. Riv.*, 2003, I, pp. 128 ss.; nonché, volendo, A. Bellavista, *Controlli elettronici e art. 4 St. lav.*, *ivi*, 2005, II, pp. 772 ss.).

4. — Infine, va sottolineato che la sorveglianza tecnologica rappresenta una forma di raccolta di dati personali e quindi un «trattamento» alla stregua del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Perciò la legittimità di tale tipo di controllo dipende anche dal rispetto delle prescrizioni della normativa sulla protezione dei dati personali, le quali stabiliscono condizioni e limiti ulteriori rispetto a quelli desumibili dall'art. 4 Stat. lav. Di tale aspetto non s'è occupata la sentenza in commento. Pertanto, qui è sufficiente rinviare a un altro momento un esame più approfondito della materia [Cfr., comunque, A. Bellavista, *La disciplina del-*

la protezione dei dati personali e i rapporti di lavoro, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, II ed., vol. II, Utet, Torino, 2007, pp. 447 ss.]. Tuttavia, è necessario ricordare un fatto di indubbio rilievo. Infatti, la tesi secondo cui l'art. 4 Stat. lav. trova piena applicazione a tutte le forme di controllo rese possibili grazie alle più svariate tecnologie ha trovato totale e autorevole accoglimento anche in numerosi provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, che è l'organo istituzionale deputato a vigilare sull'applicazione della disciplina italiana sulla protezione dei dati personali. E va segnalata al riguardo l'importanza del provvedimento del 1° marzo 2007 del Garante per la protezione dei dati personali che detta le linee guida per conformare alla disciplina vigente il trattamento di dati personali, effettuato per verificare il corretto utilizzo nel rapporto di lavoro della posta elettronica e della rete *Internet*. In tale documento, al punto n. 4, il Garante, nel ribadire la necessità del rispetto dell'art. 4 Stat. lav., osserva che «il controllo a distanza vietato dalla legge riguarda l'attività lavorativa in senso stretto e altre condotte personali poste in essere nel luogo di lavoro». Insomma, pare del tutto fallito il tentativo, esperito da alcuni operatori giuridici, di annullare l'effettività di una norma posta a presidio dei valori fondamentali della persona e che, nel diritto vivente, s'è dimostrata più vitale che mai.

Alessandro Bellavista
*Professore ordinario di Diritto del lavoro
nella Facoltà di Scienze Politiche presso l'Università degli Studi di Palermo*

CASSAZIONE, 5 aprile 2007, n. 8596, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Est. Vidiri – N. M. (avv.ti Afeltra e Zezza) c. Poste Italiane Spa (avv. Trifirò).
Conf. App. Venezia 21 gennaio 2003.

Mansioni e qualifiche – *Ius variandi* – Divieto di *reformatio in peius* – Sopravvenute modifiche aziendali – Giustificato motivo oggettivo di licenziamento – Impossibilità di impiego in mansioni equivalenti – Demansionamento quale unico mezzo per conservare il rapporto di lavoro – Legittimità.

La disposizione dell'art. 2103 cod. civ. sulla regolamentazione delle mansioni del lavoratore e sul divieto del declassamento di dette mansioni va interpretata – stante le statuizioni di cui alla sentenza delle Sezioni Unite del 24 novembre del 2006 n. 25033, e in coerenza con la ratio sottesa ai numerosi interventi in materia del legislatore – alla stregua della regola del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente con quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti l'esternalizzazione dei servizi o la loro riduzione a seguito di processi di riconversione o ristrutturazione aziendali, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, e anche inferiori, a quelle precedentemente svolte – restando immutato il livello retributivo – non si pone in contrasto con il dettato codicistico, se essa rappresenti l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. (1)

(Omissis)

Motivi della decisione

(Omissis) Il ricorso è infondato e, pertanto, va rigettato. Con sentenza del 24 novembre 2006, n. 25033, le Sezioni Unite di questa Corte di Cassazione hanno ritenuto che il disposto dell'art. 2103 cod. civ., nella formulazione introdotta dallo Statuto dei lavoratori, garantisce la professionalità acquisita dal prestatore di lavoro, e che la violazione della prescrizione del citato articolo è sanzionata dalla nullità di ogni regolamento negoziale o clausola con essa confliggente. Hanno, però, poi affermato che la contrattazione può introdurre meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale prevedendo, con apposita clausola, la fungibilità funzionale tra mansioni nella stessa area per sopperire a contingenti esigenze aziendali ovvero per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale di tutti i lavoratori inquadrati in quella qualifica, senza per questo incorrere nella sanzione di nullità del comma 2 della citata disposizione dell'art. 2103 cod. civ. In particolare i giudici di legittimità hanno evidenziato come le parti sociali possano legittimamente in-

trovare nella contrattazione collettiva clausole di fungibilità compatibili con l'articolo 2103 cod. civ., collocando plurime e diverse mansioni nella stessa qualifica, sicché il lavoratore inquadrato in quella qualifica è idoneo, e sa di poter essere chiamato a svolgere mansioni diverse, in ipotesi anche di livello diverso. Deve, pertanto, considerarsi legittima una clausola che, per contingenti esigenze aziendali (il riferimento è alle «necessità di servizio» di cui all'art. 46 del contratto di categoria), consente al datore di lavoro l'esercizio dello *ius variandi* indirizzando il lavoratore verso altre mansioni contrattualmente equivalenti. In tal modo le parti sociali finiscono per farsi carico di un'esigenza «collettiva» di estrinsecazione della professionalità dei lavoratori inquadrati nella medesima qualifica. La dimensione individuale della garanzia dell'articolo 2103 cod. civ. crea degli steccati che certamente valgono a protezione del lavoratore nei confronti di un indiscriminato *ius variandi* del datore di lavoro, ma possono rappresentare anche un attrito di resistenza alla progressione professionale della collettività dei lavoratori inquadrati in quella stessa qualifica. E allora, se, come deve ritenersi in materia, rileva non solo quello che il lavoratore fa, ma anche quello che sa fare (ossia la professionalità potenziale), la contrattazione collettiva può legittimamente farsi carico di ciò, prevedendo e disciplinando meccanismi di scambio o di avvicendamento o di rotazione che non violano la garanzia dell'articolo 2103 cod. civ., ma che con quest'ultima sono compatibili. In questo quadro ricostruttivo può portarsi a ulteriori sviluppi la giurisprudenza sulle mansioni promiscue e vicarie. Più specificamente la contrattazione collettiva può prevedere che le mansioni corrispondenti alla qualifica di appartenenza siano costituite dallo svolgimento (promiscuo, appunto) di plurime attività diverse, talune anche con carattere di prevalenza rispetto ad altre (Cassazione, Sezione lavoro, n. 1987/04; n. 16461/03), ovvero che le mansioni assegnate comprendano eventualmente anche attività vicarie di diverso livello (Cassazione, Sezione lavoro, n. 9141/04; n. 14738/99); analogamente la stessa contrattazione collettiva può introdurre clausole di fungibilità che, verificandosi specifici presupposti di fatto, consentano una mobilità orizzontale tra le mansioni svolte e quelle, pur diverse, rispetto alle quali sussiste un'originaria idoneità del prestatore a svolgerle secondo un criterio di professionalità potenziale per ciò che il lavoratore sa fare, anche se attualmente non fa. In sintesi, e in conclusione, va affermato, come principio di diritto, che la contrattazione collettiva se, da una parte, deve muoversi all'interno, e quindi nel rispetto della prescrizione posta dal comma 1 dell'articolo 2103 cod. civ., dall'altra, fa però divieto di un'indiscriminata fungibilità di mansioni che esprimano in concreto una diversa professionalità, pur confluendo nella medesima declaratoria contrattuale e quindi pur essendo riconducibili alla matrice comune che connota la qualifica secondo la declaratoria contrattua-

le. Le convenzioni delle parti sociali pongono, dunque, legittimi e razionali meccanismi di mobilità orizzontale prevedendo, con apposita clausola, la fungibilità funzionale tra mansioni diverse ma con un nucleo di omogeneità e affinità al fine di sopperire, come detto, a contingenti esigenze aziendali ovvero per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale di tutti i lavoratori inquadrati in quella qualifica senza per questo incorrere in alcuna sanzione di nullità. (*Omissis*)

È stato ripetuto più volte che il disposto dell'art. 2103 cod. civ., che pone – come detto – un limite allo *ius variandi* del datore di lavoro, offrendo una tutela contro i provvedimenti unilaterali di quest'ultimo, sancisce la nullità di ogni patto contrario, al fine di eliminare ogni possibilità di elusione del divieto di variazione *in peius* delle mansioni del lavoratore e della regolamentazione legale del trasferimento, impedendosi in tal modo con tale sanzione di nullità che attraverso l'adesione del lavoratore interessato al provvedimento unilaterale del datore di lavoro possa derogarsi al rigido meccanismo di tutela approntato dall'art. 2103 cod. civ., anche per quanto riguarda il principio dell'intangibilità della retribuzione (cfr. Corte Cass. 5 novembre 1987, n. 8125, cui *adde*, più di recente, tra le altre: Cass. 27 settembre 2003, n. 16106; Cass. 3 maggio 1990, n. 3683). Come detto, però, un siffatto indirizzo deve essere radicalmente rivisitato alla stregua della più volte citata sentenza delle Sezioni Unite, n. 25033 del 2006, atteso che detta decisione – è opportuno ribadirlo –, con l'affermare che attraverso clausole del contratto collettivo si possa legittimare «una fungibilità funzionale tra mansioni diverse al fine di sopperire a contingenti esigenze aziendali», da un lato, legittima una ponderata valutazione della professionalità dei lavoratori – non disgiunta dall'interesse dell'impresa a perseguire un efficace e produttivo assetto organizzativo – e, dall'altro, riconosce al sindacato un potere suscettibile di incidere in modo rilevante sulla stessa gestione dei rapporti lavorativi all'interno delle imprese in momenti qualificanti della vita delle stesse, con l'assunzione di una doverosa responsabilizzazione che ne deve caratterizzare la istituzionale funzione. Le considerazioni ora fatte inducono a ribadire che una interpretazione dell'art. 2103 cod. civ. – abbandonando l'ottica di una cristallizzata tutela del «singolo lavoratore» a fronte dello *ius variandi* dell'imprenditore – debba privilegiare un ponderato esame del dato normativo che tenga pure conto dei complessi problemi di riconversione e di ristrutturazione delle imprese (che impongono una attenuazione di una rigidità della regolamentazione del rapporto di lavoro capace di ostacolare detti processi) e che, in tale direzione, venga a configurarsi come naturale evoluzione di un indirizzo giurisprudenziale volto ad assegnare alla contrattazione collettiva incisivo rilievo nella gestione dei rapporti lavorativi delle imprese anche nelle sue articolazioni locali, in ragione delle specifiche situazioni che si posso-

no verificare nelle varie realtà aziendali e territoriali, e che possono richiedere un adeguamento degli organici con una accentuata flessibilità proprio per soddisfare le diverse esigenze sopravvenute in dette realtà (cfr., al riguardo, per alcune ricadute della contrattazione collettiva nell'assetto delle relazioni industriali: Cass., Ss.Uu., 2 marzo 2006, n. 4588). (*Omissis*)

Così, la recente decisione delle Sezioni Unite si pone come intervento volto ad autorevolmente confortare quell'indirizzo giurisprudenziale che, in una logica di bilanciamento dei contrapposti interessi, ha cercato un equilibrio tra il diritto dell'imprenditore a una gestione razionale ed efficiente delle proprie risorse e il diritto, anche esso costituzionalmente tutelato, al posto di lavoro, individuando numerose fattispecie di legittima assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori. Così si sono ritenuti legittimi patti di assegnazione a mansioni di minore rilevanza a garanzia dell'interesse a evitare il licenziamento (cfr., *ex plurimis*: Cass. 5 ottobre 2004, n. 10339; Cass. 29 marzo 2000, n. 3827; Cass. 6 aprile 1999, n. 3314; Cass. 7 settembre 1993, n. 9386. *Contra*, però, 26 gennaio 1984, n. 624; Cass. 13 febbraio 1980, n. 1026) o anche di un diverso interesse del lavoratore (cfr. Cass. 2 novembre 1993, n. 10793; Cass. 20 maggio 1993, n. 5693; Cass. 1° dicembre 1988, n. 6515); si è legittimata l'assegnazione unilaterale a mansioni non equivalenti per un limitato periodo di tempo al fine dell'apprendimento di nuove tecniche (cfr. Cass. 1° marzo 2001, n. 2948, che, infatti, ha reputato non configurare inadempimento – ovvero adempimento in contrasto con il requisito della buona fede – l'adibizione temporanea del lavoratore a diverse mansioni, seppure non strettamente equivalenti a quelle di appartenenza, al fine dell'acquisizione di una più ampia professionalità), ovvero per improrogabili esigenze aziendali (cfr. Cass. 12 luglio 2002, n. 10187), ovvero ancora per la necessità di limitare le ricadute dannose derivanti da uno sciopero (cfr. Cass. 4 luglio 2002, n. 9709, che ha reputato non configurabile una condotta antisindacale nel comportamento del datore di lavoro che, in concomitanza di uno sciopero da parte delle organizzazioni sindacali, aveva assegnato a mansioni inferiori il personale rimasto in servizio); e si è, infine, reputato consentito – in una fattispecie presentante connotati di qualche somiglianza con quella in esame – un mutamento *in peius* delle mansioni a seguito anche di una deliberazione datoriale unilaterale sul presupposto che il divieto di una siffatta variazione, sancito dall'art. 2103 cod. civ., non trovi applicazione nel caso in cui vi sia una sopravvenienza che non consenta la conservazione della precedente posizione lavorativa né lo spostamento a mansioni non pregiudizievoli della professionalità pregressa (cfr. Cass. 9 marzo 2004, n. 4790, in un caso in cui la sentenza impugnata, confermata dalla Suprema Corte, aveva escluso l'applicabilità dell'art. 2103 cod. civ. in riferimento alla posizione di un dipendente delle Poste Italiane che, originaria-

mente inquadrato nel quarto livello con la qualifica di pittore, era stato poi addetto alle mansioni di portalettere, appartenenti alla medesima area funzionale, a seguito di ristrutturazione aziendale che aveva comportato la soppressione delle mansioni di pittore). Né può sottacersi, al fine di confortare ulteriormente una interpretazione della contrattazione collettiva e delle sue clausole che voglia risultare rispettosa del criterio letterale e di quello logico-sistematico, e nello stesso tempo coerente con l'attuale assetto normativo delle relazioni industriali nel settore giuslavoristico, che deve assegnarsi, nell'opera ermeneutica, il dovuto rilievo alla considerazione che la ricerca di un equilibrato bilanciamento degli interessi in gioco risulta sottesa a ogni intervento legislativo in materia, sì da costituirne l'elemento unificante, come è attestato in maniera palmare da numerose norme, quali: quelle riguardanti le lavoratrici madri, che durante il periodo di gestazione e sino a sette mesi dopo il parto – se il tipo di attività o le condizioni ambientali sono pregiudizievoli alla loro salute – devono essere spostate ad altre mansioni anche inferiori a quelle abituali, conservando la retribuzione precedente (cfr. art. 7, comma 5, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151); quella relativa ai lavoratori divenuti inabili durante il rapporto lavorativo, che possono essere licenziati solo se risulti impossibile adibirli in mansioni disponibili in azienda, anche se non equivalenti, con la conservazione del trattamento della precedente qualifica (cfr. art. 1, comma 7, legge 12 marzo 1999, n. 68); e infine, in modo ancora più significativo in considerazione di quanto interessa in questa sede, quella attinente i lavoratori esuberanti, il cui licenziamento può essere evitato proprio attraverso un accordo collettivo che permetta loro di essere adibiti a mansioni anche inferiori alle precedenti ai fini della conservazione nel posto di lavoro (cfr. art. 4, comma 11, d.lgs. 23 luglio 1991, n. 223). (*Omissis*)

(1) QUALI TUTELE PER IL DEMANSIONAMENTO DEL LAVORATORE
CHE RISCHI IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO?

1. — *Il fatto* — La vicenda che ha occasionato la pronuncia della Suprema Corte riguarda la richiesta di un lavoratore dipendente della Spa Poste Italiane il quale, precedentemente addetto a mansioni di natura tecnica (manutenzione apparecchiature; servizio poi esternalizzato dalla società resistente perché ritenuto antieconomico), era stato assegnato a compiti di sportelleria; di conseguenza, ritenutosi demansionato, aveva chiesto di essere assegnato alle mansioni precedentemente svolte o, in caso di loro soppressione, ad altre equivalenti, però sempre di natura tecnica.

Il lavoratore risultava soccombente nei giudizi di merito. In particolare la sentenza di appello affermava la legittimità della condotta aziendale pur trattandosi di un demansionamento, essendo le nuove mansioni del dipendente *non equivalenti* a quelle da lui precedentemente svolte, in quanto ciò rappresentava l'unica alternativa al suo licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

2. — *Il principio di diritto* — Con la sentenza 5 aprile 2007, n. 8596, la Corte di Cassazione, nell'aggiornare il principio di diritto riportato in epigrafe, ha confermato l'orientamento giurisprudenziale (Cass. 06 marzo 2007, n. 5112; Cass. 10 ottobre 2005, n. 19686; Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375; Cass. 9 marzo 2004, n. 4790; Cass. 13 ottobre 2004, n. 20240; Cass. 5 ottobre 2000, n. 10339; Cass. 29 marzo 2000, n. 3827) secondo cui è ammessa la *reformatio in peius* quando, con il consenso del prestatore, il cosiddetto *patto di dequalificazione* costituisca l'unico mezzo per conservare il rapporto di lavoro.

Detto orientamento trova origine nella pronuncia con cui la Corte di Cassazione aveva verificato la legittimità di tale patto alla stregua dell'art. 2103, comma 2, cod. civ., e aveva affermato che la nullità ivi prevista non è riferibile all'ipotesi in cui la modifica *in peius* delle mansioni sia stata «concordata nell'interesse del lavoratore e al fine di evitare il licenziamento del medesimo», poiché, in detta ipotesi, il patto «configura, per il lavoratore, una soluzione più favorevole di quella – ispirata a un'esigenza di mero rispetto formale della norma – rappresentata dal licenziamento con successiva riasunzione» (Cass. 12 gennaio 1984, n. 266, in *Foro it.*, 1985, I, 234).

3. — *La sentenza delle Sezioni Unite 24 novembre 2006, n. 25033* — La sentenza in commento richiama ampiamente la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 24 novembre 2006, n. 25033 (In *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 17, con nota di C. Pisani, *Le mansioni promiscue secondo le Sezioni Unite: consensi e dissensi*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 24; in *Gdir*, 2007, 1, p. 23, con nota di M. Tatarelli; in *Glav*, 2007, 1, p. 18, con nota di M. Papaleoni).

È, quindi, indispensabile prendere le mosse da questa pronuncia allo scopo di verificare se in virtù della disposizione di cui all'art. 374, comma 3, cod. proc. civ. sia condivisibile il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite e, quindi, se la Sezione lavoro doveva uniformarsi a esso.

Com'è noto, le Sezioni Unite, con un'interpretazione fortemente creativa (Così esplicitamente definita da C. Pisani, *op. cit.*, p. 17), hanno introdotto due deroghe al divieto di *reformatio in peius* contenuto nell'art. 2103 cod. civ.

Esse sarebbero consentite, da un lato, quando vi sia una *clausola di fungibilità* contenuta nella contrattazione collettiva che sia occasionata da contingenti e temporanee esigenze aziendali oppure, d'altro lato, che preveda meccanismi di scambio o di avvicendamento finalizzati alla valorizzazione della professionalità potenziale (testualmente: «per ciò che il lavoratore sa fare, anche se attualmente non fa») di tutti i lavoratori inquadri in quella qualifica.

Invero il percorso argomentativo della sentenza della Corte a Sezioni Unite non sembra, però, impeccabile e coerente. Essa prende le mosse e riconferma con vigore il principio secondo cui, ai sensi dell'art. 2103 cod. civ. il lavoratore non può essere assegnato a mansioni nuove e diverse che compromettano la professionalità raggiunta, ancorché rientranti nella medesima qualifica professionale, in sostanza salvaguardando il bagaglio professionale del lavoratore (Sull'equivalenza oggettiva e soggettiva cfr. M. Tatarelli, *I poteri del datore di lavoro privato e pubblico*, 1996, pp. 10 ss.; sull'onere della prova circa l'equivalenza delle mansioni: Cass. 4 settembre 2007, n. 18580). Ciò in quanto l'articolo 2103, comma 1, cod. civ. rappresenta una norma di protezione del complesso di capacità e di attitudini del lavoratore che costituisce la sua professiona-

lità, la cui lesione viola la dignità del dipendente e ne compromette le attese di miglioramento anche all'esterno dell'azienda. Di conseguenza, secondo le Sezioni Unite, il lavoratore non può essere adibito a mansioni nuove e diverse che mettano a repentaglio la professionalità raggiunta, ancorché rientranti nella medesima qualifica contrattuale.

Più avanti nella sentenza, però, le Sezioni Unite affermano che una prospettiva collettiva con cui si realizzi il bilanciamento delle garanzie individuali con le esigenze dell'impresa può esprimersi in una *clausola di fungibilità*.

La prima delle due ipotesi formulate dalle Sezioni Unite riguarda la possibilità di un bilanciamento fra il bene della professionalità e il valore delle esigenze dell'impresa, vagheggiando la possibilità di assegnazione al dipendente di diverse mansioni *contrattualmente* equivalenti (ma non riferibili al suo bagaglio professionale, quindi *legalmente* non equivalenti) quando ciò avvenga in modo temporaneo per «contingenti esigenze aziendali».

Ma è di tutta evidenza l'assenza di qualsivoglia ragionevole appiglio normativo per sostenere questa inaspettata reintroduzione del giustificato motivo di demansionamento abolito con l'art. 13 della legge 20 maggio 1970, n. 300, che ha novellato l'art. 2103 cod. civ.

Il dato testuale dell'art. 2103 cod. civ. esclude che le ragioni organizzative possano giustificare l'adibizione del lavoratore a mansioni non equivalenti anche se collocate nella medesima qualifica contrattuale.

La stessa Corte di Cassazione ha affermato, anche di recente, che la tutela della professionalità del lavoratore non può essere sacrificata per ragioni aziendali in quanto tali motivi risultano esplicitamente richiamati nell'ultima parte dell'art. 2103 cod. civ. quale giustificazione soltanto del trasferimento del lavoratore e non di certo per recare pregiudizio alla dignità umana, alla quale va ricondotta, appunto, la professionalità del lavoratore (Cass. 26 luglio 2006, n. 17022; anche il richiamo operato dalle Sezioni Unite alle disposizioni di legge che contemplano delle ipotesi di legittima utilizzazione del prestatore in mansioni inferiori non sembra pertinente: si tratta dell'art. 4, comma 11, della legge 23 luglio 1991, n. 223, per il caso delle procedure di riduzione di personale, dell'articolo 4, comma 4, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per il caso del lavoratore disabile dell'art. 7 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, per il caso della lavoratrice in stato di gravidanza. Tali ipotesi confortano la tesi secondo cui possono esservi solo deroghe espresse al divieto di *reformatio in peius*. Inoltre appare decisivo il rilievo secondo cui quando il legislatore ha voluto autorizzare la contrattazione collettiva a derogare alla regola dell'equivalenza lo ha esplicitamente previsto con l'art. 52, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001; sul punto cfr. C. Pisani, *op. cit.*, pp. 24 ss.).

Una volta assegnata alla nozione di equivalenza l'univoca valenza di salvaguardia del patrimonio professionale del lavoratore nessuna ragione produttiva ne può limitare la portata.

La seconda ipotesi formulata dalle Sezioni Unite riguarda la clausola di fungibilità che preveda meccanismi di scambio o di avvicendamento per lo sviluppo della professionalità potenziale di tutti i lavoratori inquadrati nella medesima qualifica.

Ma qui si annida un vizio logico: se le premesse sono il divieto di adibizione a mansioni non riferibili alla professionalità raggiunta e la necessità di valorizzare la professionalità potenziale (ovvero ciò che *si sa fare e si potrebbe fare e ancora non si*

fa) allora non si capisce perché la conseguenza dovrebbe consistere nella cancellazione della prima delle due premesse. Ciò che non si vede nel ragionamento delle Sezioni Unite, poiché posto in ombra dall'argomento (espresso con enfasi) secondo cui occorre rivedere gli steccati posti dall'art. 2103 cod. civ. per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale, è che per tale valorizzazione non è l'impresa a pagarne il corrispettivo (oltre a trarne anche il beneficio), bensì alcuni lavoratori che dovrebbero veder sacrificata la loro professionalità per permettere ad altri colleghi di acquisire la loro. Se, utilizzando il caso esaminato dalle Sezioni Unite, ci si colloca nella prospettiva non del postino addetto al recapito che vuole acquisire, legittimamente (ove ciò sia possibile), un'accresciuta professionalità, bensì nella prospettiva dell'impiegato di sportello che deve retrocedere nella posizione di consegna della posta, allora si capisce che il suo illogico sacrificio non trova ragione se non a costo della cancellazione del divieto di adibizione a mansioni *legalmente* non equivalenti.

4. — *Esigenze aziendali e tutela della professionalità* — Dall'esame della sentenza delle Sezioni Unite appare inopportuna l'enfatizzazione dei suoi approdi operata dalla Cassazione con la sentenza 5 aprile 2007, n. 8596, nella quale si sostiene una «radicale» e «globale» revisione della precedente giurisprudenza che affermava senza incertezze il divieto di variazione *in peius* delle mansioni del lavoratore.

Infatti, la sentenza in commento prende le mosse dalle più volte citate «contingenti esigenze aziendali» per affermare, sulla scorta delle Sezioni Unite, che, in una logica di bilanciamento dei contrapposti interessi, vi sarebbe un equilibrio tra il diritto dell'imprenditore a una gestione razionale ed efficiente delle proprie risorse e il diritto, anch'esso costituzionalmente tutelato, del lavoratore al posto di lavoro e alla assegnazione a mansioni equivalenti.

Ma alla luce del dato testuale (sopra ricordato) dell'art. 2103 cod. civ. è del tutto evidente come sia fuorviante un ragionamento che possa condurre alla reintroduzione di un giustificato motivo di demansionamento utilizzando le esigenze tecnico-produttive quale contrappeso della professionalità del lavoratore.

5. — *Il patto di demansionamento. Adeguamento del contenuto della prestazione esigibile* — Nella giurisprudenza di legittimità si è affacciato con ricorrenza il caso del lavoratore che sia stato costretto a un cd. *patto di demansionamento* per evitare il licenziamento ed è stata considerata a esso inapplicabile la sanzione di nullità prevista dall'art. 2103, comma 2, cod. civ.

In particolare si è formata un'opinione in forza della quale è consentita la pattuizione che introduca modifiche peggiorative della posizione del lavoratore allorché il patto peggiorativo corrisponda all'interesse del lavoratore medesimo (*Ex plurimis*, Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727). In tal caso è stata scelta la via del contenimento del divieto anzidetto con la tutela di altri interessi prioritari del lavoratore subordinato, quale quello alla conservazione del posto di lavoro da preferirsi rispetto a un'esigenza di mero rispetto formale dell'art. 2103 cod. civ.

In sostanza la scelta del male minore (la prosecuzione del rapporto con mansioni inferiori) doveva condurre a superare il male maggiore (perdita totale del posto di lavoro) con un'interpretazione ispirata all'argomento del «legislatore ragionevole» (C.

Pisani, *op. cit.*, pp. 24 ss.) per evitare la sussistenza di una norma paradossale che per tutelare troppo non consentiva la permanenza del vincolo lavorativo.

Non può tacersi che *però* una siffatta interpretazione teleologica della norma non è consentita dal nostro ordinamento per gli evidenti e pericolosi abusi cui si presta. La stessa Suprema Corte ha ritenuto che il criterio di interpretazione teleologica, previsto dall'art. 12 preleggi, può assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione di legge sia incompatibile con il sistema normativo; non è infatti consentito all'interprete correggere la norma, nel significato tecnico-giuridico proprio delle espressioni che la compongono, nell'ipotesi in cui ritenga che l'effetto giuridico che ne deriva sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa (Così Cass., Sez. lav., 13 aprile 1996, n. 3495).

E allora è preferibile la scelta della Corte di Cassazione, operata in altra pronuncia, che ha corretto tale impostazione e precisato che, in tal caso, non si tratta di derogare all'art. 2103 cod. civ., ma di realizzare un «adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto, sorretto dal consenso e dall'interesse del lavoratore» (Cass. 06 marzo 2007, n. 5112), e ciò proprio perché la regolamentazione dello *ius variandi* costituisce una norma inderogabile e insuperabile per espressa disposizione contenuta nel comma 2 dell'art. 2103, cit.

È indubbio che tale soluzione riconsideri la questione in modo coerente con la disposizione di legge citata e con l'altro principio, di cui tener conto, costituito dalla contrattualità delle mansioni (Per tutti: G. Giugni, voce *Mansioni e Qualifica*, in *Enc. dir.*, p. 552). In sostanza, in presenza di un effettivo pericolo di licenziamento, la prestazione esigibile muta per concorde volontà delle parti.

Tale soluzione sembra preferibile a quella scelta dalla sentenza in commento che, invece, riconduce l'argomento nell'ambito dell'art. 2103, comma 2, cod. civ., e, in tal modo, si avventura in una scivolosa prospettiva che considera derogabile il principio di equivalenza delle mansioni cui adibire un prestatore di lavoro.

6. — *Modifica unilaterale delle mansioni al fine di evitare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo o patto di demansionamento?* — La sentenza in commento, in modo molto eclatante, enuncia un principio di diritto nel quale non tiene conto della volontà del dipendente. Certo, nel corso della motivazione c'è un cenno alla conoscenza da parte del lavoratore della ristrutturazione aziendale, e alla sua consapevolezza che le sue precedenti mansioni erano in via di esaurimento per l'esternalizzazione delle stesse e che comunque i posti disponibili erano quelli di sportelleria ai sensi del dispositivo della disciplina contrattuale.

Ma resta il fatto che nel principio di diritto si fa riferimento all'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, e anche inferiori, a quelle precedentemente svolte, e quindi a un provvedimento unilaterale del datore di lavoro. Di esso si afferma la legittimità ove rappresenti l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Invece, nella prospettiva che si è preferita, e che è stata sostenuta nelle sentenze della Corte di Cassazione sopra citate, è centrale il patto fra lavoratore e datore di lavoro per ridisegnare la prestazione esigibile alla luce del mutamento pregiudizievole e al fine della conservazione del posto di lavoro.

È evidente che la premessa essenziale per la legittimità di tale patto, oltre alla effettività del pericolo di licenziamento, è la concorde volontà del lavoratore, il quale deve prestare un valido consenso esente da vizi.

Oltre alle esposte ragioni di natura giuridica vi sono delle considerazioni di ordine concreto che militano a favore di tale impostazione. Un lavoratore, invero, potrebbe non tollerare l'adibizione alle mansioni inferiori assegnategli dall'azienda e ritenere meno umiliante perdere il posto di lavoro e tentare di spendere la professionalità sino allora acquisita all'esterno dell'azienda. Nella prospettiva che ritiene legittima l'iniziativa unilaterale del datore di lavoro il dipendente si vedrebbe costretto a rassegnare le dimissioni, e non per giusta causa, poiché si troverebbe al cospetto di una condotta lecita, mentre il datore di lavoro non avrebbe neanche il fastidio di dover licenziare il ricorrente e concedergli il preavviso. Inoltre in presenza di una molteplicità di mansioni dequalificanti disponibili, anche di diverso livello, sarebbe rimessa al datore di lavoro la scelta delle mansioni da assegnare col solo limite della ragionevolezza e non discriminazione.

Allora sembra opportuno il richiamo alla pronuncia della Suprema Corte nella quale viene affermato che il patto di demansionamento stipulato ai soli fini di evitare un licenziamento «è valido non solo ove sia promosso dalla richiesta del lavoratore – il quale deve manifestare il suo consenso non affetto da vizi della volontà – sebbene anche allorché l'iniziativa sia stata presa dal datore di lavoro, sempre che vi sia il consenso del lavoratore e sussistano le condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento in mancanza dell'accordo» (Così Cass. 22 agosto 2006, n. 18269; Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375).

7. — *Effettività del licenziamento e onere della prova* — Alcune questioni irrisolte dalla sentenza in commento riguardano la verifica della effettività della ragione del licenziamento e l'onere della prova in ordine ai suoi presupposti (Sul punto D. Culotta, in *Lav. giur.*, 2008, 2, pp. 157 ss.).

Sul punto non può però che richiamarsi quanto già affermato da altre sentenze di legittimità secondo cui quando il datore di lavoro desiste dall'intento di licenziare per addivenire a un cd. patto di demansionamento, occorre che l'intento di porre fine al rapporto sia stato «serio, giustificato e non un espediente per ottenere prestazioni lavorative in elusione a una norma imperativa» (Cass. 22 agosto 2006, n. 18269, cit.).

E in modo ancora più incisivo in ordine all'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni di fatto che avrebbero giustificato il licenziamento è pacifico, nella citata giurisprudenza, che esso «incombe sul datore di lavoro, in osservanza tanto del disposto dell'art. 5 della legge 15 luglio 1966, n. 604, che del divieto posto dall'art. 2103 cod. civ.» (Cass. 22 agosto 2006, n. 18269, cit.).

8. — *Conclusioni* — Affinché al varco aperto dalle Sezioni Unite rispetto all'art. 2103 cod. civ. non segua il precipizio (Così S. Laforgia, in *Lav. giur.*, 12, 2007, p. 1238) sembra opportuno un grande impegno da parte del sindacato nella gestione delle cd. clausole di fungibilità cui è opportuno accompagnare la temporaneità (S. Laforgia, *op. cit.*, p. 1238) delle rotazioni e l'introduzione di vere politiche formative delle maestranze.

In ultimo, in ordine al cd. *patto di demansionamento* sembra utile, *de iure condendo*, un intervento normativo che introduca un sistema di assistenza al lavoratore (anche sindacale), il quale al momento della stipulazione si trova in una posizione di soggezione e di debolezza e necessita di una tutela appropriata affinché non si verifichino abusi (come, del resto, è avvenuto per il caso delle dimissioni con la legge 17 ottobre 2007, n. 188).

Filippo Aiello
Avvocato in Roma

CASSAZIONE, 4 aprile 2007, n. 8463, Sez. lav. – Pres. Ianniruberto, Est. Maiorano, P.M. Matera (conf.) – O. (avv.ti Proia e Persiani) c. M. (avv.ti Cerreti e Zanello).

Cassa con rinvio App. Roma 30 marzo 2006, n. 8721/05.

Lavoro subordinato – Patto di prova – Prova preassuntiva – Preordinazione a mera finalità esplorativa – Violazione art. 2096 cod. civ. – Instaurazione del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato – Esclusione.

Le parti nella loro autonomia negoziale possono stipulare tanto un contratto di lavoro con patto di prova, quanto lo svolgimento di una semplice attività «esplorativa» dell'ambiente di lavoro che sia finalizzata unicamente all'acquisizione delle opportune, reciproche, informazioni concernenti l'instaurando rapporto. (1)

(Omissis)

La Corte territoriale, dopo aver enunciato corretti principi di diritto in ordine alla distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato, riporta quello che ritiene essere il dato saliente delle deposizioni assunte e quindi giunge alla conclusione che il primo giudice nel rigettare la domanda ha trascurato l'elemento essenziale che la lavoratrice è stata sottoposta alla «prova» che deve essere stipulata per iscritto, ai sensi dell'art. 2096 cod. civ. a pena di nullità del patto, mentre il contratto di lavoro è a forma libera e si perfeziona nello schema ordinario della offerta e dell'accettazione dell'altra parte. Nella specie, c'era stata, secondo il giudice d'appello, l'offerta con «l'annuncio di ricerca di una segretaria» e la accettazione dell'altra parte in data 9 aprile 1997, senza la pattuizione per iscritto del patto di prova, anteriore o contestuale alla conclusione del contratto, con la conseguenza che si era costituito il rapporto di lavoro a tempo indeterminato; il recesso quindi doveva avvenire con la forma prevista dall'art. 2, comma 1, legge n. 604/66, mentre la M. era stata estromessa con congedo verbale perché ritenuta «inidonea» allo svolgimento delle mansioni assegnatele «in prova»; da qui conseguiva la permanenza giuridica del rapporto e il diritto al risarcimento del danno, pari alle retribuzioni non percepite meno l'*aliunde perceptum*.

Si osserva in proposito che tutti i principi di diritto affermati dal giudice d'appello sono corretti e conformi alle pronunce di questa Corte, ma non l'applicazione che ne viene fatta, per non avere il giudice d'appello effettuato tutti gli accertamenti di sua competenza: non ha esaminato in concreto l'offerta, per accertare se la stessa contenga o meno tutti gli elementi per essere considerata impegnativa per l'offerente e tale da condurre alla conclusione del contratto in caso di accettazione pura e semplice dell'altra parte;

non ha esaminato tutti gli elementi di prova emergenti dalla istruttoria epletata per accertare se il rapporto si sia instaurato con patto di prova, oppure se si sia trattato di una prova preassuntiva come potrebbe desumersi dalla deposizione del teste C. riportata in sentenza, secondo cui dopo una prova di 4-5 giorni «il rapporto non si instaurò»; non indica in base a quale elemento è giunto a determinare la data dell'inizio della «prova» che pacificamente si è conclusa il 22 aprile 1997 e che secondo le deposizioni riportate in sentenza sarebbe durata al massimo 4-5 giorni e quindi certamente non può avere avuto inizio il 9 aprile; non ha specificato quali siano gli elementi presuntivi, complementari e sussidiari, in concreto accertati, dai quali abbia dedotto la sussistenza degli elementi tipici della subordinazione indicati dalla giurisprudenza di legittimità cui afferma di volersi attenere.

Sussistono quindi i vizi lamentati di violazione di legge e insufficiente motivazione, perché in sostanza la Corte territoriale ha deciso la causa sulla base di un solo elemento sicuramente provato in giudizio (che sia cioè stata effettuata una «prova» non stipulata per iscritto e che non ha avuto esito positivo). Questo accertamento da solo è sicuramente inidoneo a sorreggere la decisione in quanto le parti nella loro autonomia negoziale possono stipulare tanto un contratto di lavoro con patto di prova, quanto lo svolgimento di una semplice attività «esplorativa» dell'ambiente di lavoro che sia finalizzata unicamente all'acquisizione delle opportune, reciproche, informazioni concernenti l'instaurando rapporto (Cass. n. 3910/99). Non basta quindi accertare che vi sia stata una «prova» non stipulata per iscritto per concludere che sia stato stipulato un contratto di lavoro a tempo indeterminato, ma è necessario approfondire l'indagine come sopra precisato.

Il primo motivo va quindi accolto, con conseguente assorbimento del secondo. La sentenza deve essere cassata con rimessione ad altro giudice.

(*Omissis*)

(1) LA RIPROPOSIZIONE DEL PATTO DI PROVA COME RAPPORTO DI LAVORO SPECIALE: IL PROBLEMA DELLA CD. PROVA PREASSUNTIVA

1. — *Il caso* — Il caso riguarda un rapporto di lavoro di cui era in contestazione tra le parti la subordinazione (eterodirezione e indici sintomatici): rapporto caratterizzato dal fatto che la sua incardinazione sarebbe stata preceduta da una *prova* di pochi giorni, ovvero da un servizio prestato per pochi giorni continuativi *in regime di prova*, all'esito della quale il rapporto di lavoro non venne in vita.

In particolare vi era stato un avviso-offerta (annunzio sul giornale) da parte di uno studio professionale per la ricerca di una segretaria, cui, dopo che la lavoratrice aveva risposto all'interpello (non è detto se vi era stata una fase selettiva), aveva fatto seguito una prova preassuntiva con finalità esplorativa.

A seguito dell'esito negativo della prova, l'offerente, ritenuto non sussistere il proprio gradimento, non dava corso ulteriore al rapporto per sua unilaterale volontà, e la lavoratrice, ritenuto, per suo conto, comunque incardinato il rapporto di lavoro sorretto da un patto di prova nullo per difetto di forma scritta, impugnava il presunto licenziamento orale che le sarebbe stato intimato a seguito del rifiuto della formale assunzione.

Il Tribunale in primo grado rigettava la pretesa della ricorrente (non ne sono indicate le ragioni e nemmeno si intuiscono dallo svolgimento del processo riassunto in sentenza), ma la Corte d'Appello, in sede di gravame, riformava la sentenza in quanto, pur non essendovi prova diretta della eterodirezione, sulla base degli indizi indiziari suppletivi sarebbe stata provata la subordinazione per aver la appellante svolto lavoro subordinato in regime di prova.

Dunque, ritenuto incardinato il rapporto, il giudice di secondo grado accoglieva il ricorso in quanto la parte appellata non poteva darne disdetta *ad nutum* sul presupposto che, in difetto di forma scritta *ad substantiam*, il patto di prova, configurabile nel caso di specie, non sarebbe stato validamente stabilito tra le parti.

Ne conseguiva che il giudizio di idoneità in esito a una prova negativa, che aveva portato alla estromissione della lavoratrice con congedo verbale, non era sufficiente a escludere la permanenza del rapporto, mentre la deduzione tra le parti di un autonomo patto di prova non era di per sé sufficiente a escludere l'essersi instaurato tra le parti un rapporto di lavoro, con conseguente riammissione al lavoro e risarcimento del danno.

Con la pronuncia quivi recensita, la Suprema Corte, sulla base del contrario assunto, cassava con rinvio la sentenza della Corte territoriale ritenendo che non era stata raggiunta la prova del vincolo della subordinazione, ma solo quella della volontà delle parti di non costituire un rapporto di lavoro, che, per tale effetto, più verosimilmente avrebbero posto in essere una prova preassuntiva meramente esplorativa.

Qualcosa del genere era già stata detta in tempi molto risalenti dalla giurisprudenza in merito alla possibilità riconosciuta al datore di lavoro di valutare l'attitudine del lavoratore prima dell'assunzione; tale giurisprudenza, però, si era limitata a dare rilievo all'apprezzamento del datore nella fase di preassunzione limitatamente alla verifica ulteriore della idoneità del lavoratore alle mansioni specifiche intesa prioritariamente in termini di idoneità fisica, ma non aveva certo esteso tale possibilità all'accertamento *tout court* della capacità professionale (Trib. Monza 18 giugno 1981, in *Or. giur. lav.*, 1982, p. 54): proprio perché la Cassazione, nella sentenza in commento, ha ammesso l'ipotesi quivi esclusa, la novità della questione e le implicazioni che può comportare rendono meritevole la pronuncia di qualche annotazione.

2. — *Considerazioni preliminari* — Come visto nel passare sommariamente in rassegna il caso, la sentenza in commento si segnala per la specificità della ipotesi presa in considerazione: la possibilità di far precedere la instaurazione del rapporto di lavoro da una prova preassuntiva.

Si tratta di una pronuncia che, allo stato, pare essere poco significativa: costituisce un precedente per il momento isolato in discontinuità con gli orientamenti giurisprudenziali emersi in materia di lavoro in prova e che oggi possono essere conside-

rati saldamente consolidati; solo con il tempo si vedrà se, riproponendosi il caso, la sentenza farà anch'essa orientamento.

L'applicazione pratica al momento dovrebbe essere estremamente limitata: lo stato di incertezza che ha creato rende assai improbabile l'assunzione nella pratica dell'alea di una soccombenza giudiziale anche da parte di datori più disponibili a darvi seguito, essendo elevato il rischio di vedersi imputare un rapporto fuori dalle proprie previsioni.

Tuttavia, ove ne fossero confermati gli assunti, tanto da sedimentare un indirizzo giurisprudenziale, potrebbe validare una discutibile prassi che evoca meccanismi di applicazione potenzialmente elusivi della normativa sul patto di prova e sul lavoro in genere: un ulteriore conforto dalla giurisprudenza, infatti, potrebbe portare non poca incertezza nel programma ordinamentale di tutela del lavoratore per l'abuso cui la prassi facilmente si presta a causa della equivocità della fattispecie che sottende (fruire, anche se per brevi periodi, di prestazioni di lavoro subordinato senza imputazione del rapporto; risolvere il rapporto senza alcuna limitazione; eseguire la prova fuori da ogni garanzia ecc.).

Anche se la fattispecie è stata esaminata dalla Suprema Corte solo per le implicazioni sulla risoluzione del rapporto, senza pretesa di esaustività nella elencazione dei potenziali pregiudizi, il meccanismo a essa sotteso ha molte altre implicazioni: comporta la sommersione dell'obbligazione retributiva, non fa sorgere il rapporto contributivo-previdenziale e, soprattutto, consente di sottrarsi alle ristrettezze derivanti dall'art. 2096 cod. civ. e di eseguire la prova fuori dalle regole poste dall'ordinamento per le sue specifiche finalità (clausola preformata, forma *ad substantiam*, indicazione dell'oggetto, durata minima e massima, corrispondenza delle mansioni, effettività della prova ecc.).

Il fatto è che, posta fuori dal rapporto di lavoro, la prova si presta a sfuggire al controllo giudiziale cui, invece, è sottoposta l'intera esecuzione del rapporto di lavoro anche per il periodo di prova, anche perché, per la loro connotazione di canoni modulari, si modificano le modalità di osservanza delle regole della correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.).

Sulla questione la Cassazione, almeno in tempi relativamente recenti, si è pronunciata una sola altra volta con un precedente conforme: l'unico monitorato è quello citato dalla stessa sentenza in commento (Cass., Sez. lav., 5 maggio 1997, n. 3910, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 354), rispetto al quale la pronuncia in esame, a parere di chi commenta, rappresenta una progressione *in nuce* verso la ammissione della *prova* prima dell'assunzione (la nuova categoria della cd. *prova preassuntiva*) proprio in virtù del ragionamento per presupposizione e per sintesi nell'aderire al precedente specifico richiamato.

Prima di procedere all'esame delle questioni rilevanti vi è da premettere che, in verità, la sentenza, posto il problema, non ha poi fornito una effettiva soluzione a esso; l'incertezza che permane è data dal fatto che, ammessa la prova preassuntiva, la sentenza non ha indicato il *quantum* e il *quomodo* della complessiva prestazione lavorativa dedotta nel futuro rapporto rispetto ai quali è possibile condurre la prova prima dell'assunzione; cioè, se, da una parte, ha considerato legittima l'indagine esplorativa antecedente l'assunzione, dall'altra, non ne ha definito il contenuto, omettendo di circoscriverne l'oggetto e le modalità.

Non solo nulla si evince dalla sentenza circa l'attività lavorativa su cui sarebbe consentita la prova in via preventiva, ma addirittura permane il dubbio se la Corte di Cassazione abbia ritenuto possibile che oggetto della prova possa essere, in tutto o in parte, l'attività che avrebbe dovuto formare oggetto della prestazione lavorativa nel successivo contratto di lavoro (ipotesi esclusa dal precedente citato: vedi Cass. n. 3910/1997, cit.).

Una tale situazione di incertezza, da una parte, sembrerebbe legittimare l'esecuzione della prova *ante* rapporto, ma, dall'altra, finisce per essere un deterrente per coloro che intendessero fare ricorso alla prassi, almeno se e fino a quando la fattispecie non assumerà contorni definiti e più precisi, sia per la elaborazione che ne potrà fare la giurisprudenza sulla base dell'ulteriore casistica, sia a causa dell'apporto che potrà dare la dottrina in sede di interpretazione.

3. — *La cd. prova preassuntiva e la reviviscenza del lavoro in prova come rapporto di lavoro speciale* — Queste poche riflessioni, svolte senza confutazione e senza adesione rispetto a quanto assunto dalla Cassazione, vogliono essere proprio un piccolo contributo per fare chiarezza sulla questione; cioè vogliono contribuire a fornire, dal punto di vista di uno dei tanti osservatori, un apporto, per quanto modesto esso sia, finalizzato ad accertare se effettivamente l'ordinamento lascia spazio a una tale fattispecie e, in caso di risposta affermativa, con quali limiti e condizioni.

Prendendo a riferimento la soluzione positiva come quella che, con tutto il beneficio di incertezza sopra rappresentato, avrebbe in sé sostenuto (anche solo per approssimazione) la Suprema Corte, l'ipotesi non può che reggersi sul presupposto che, al di fuori dello schema tipico stabilito dall'art. 2096 cod. civ., alle parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, è consentito di convenire l'esecuzione della prova prima dell'assunzione facendo ricorso evidentemente a un contratto atipico.

Il sistema, insomma, sarebbe sorretto dalla coesistenza di una duplice possibilità: quella di fare applicazione dell'art. 2096 cod. civ., e aggiungere al contratto di lavoro un patto di prova da eseguire secondo il paradigma fissato dalla norma eseguendo la prova dentro il rapporto già sorto; quello di addivenire a un contratto innominato deducendo la prova fuori e prima del rapporto cui si riferisce la sperimentazione.

Nel presupporre la menzionata alternativa, apparentemente la sentenza sembra aver conferito una veste giuridica a una categoria dogmatica di nuovo conio: quella della *cd. prova preassuntiva*; nella sostanza, invece, solo il caso è nuovo, la questione invece è vecchia.

La Cassazione, infatti, più verosimilmente dovrebbe essersi limitata a rievocare e ripresentare sotto nuove vesti una vecchia disputa che nel lontano passato aveva impegnato la dottrina e che la giurisprudenza (come si vedrà appresso), molto meno avvezza ai ragionamenti astratti, ha già definito in senso negativo; si tratta della questione della natura giuridica del *lavoro in prova* e sulla possibilità di conferire autonomia al rapporto (contratto) di lavoro in prova rispetto al rapporto (contratto) di lavoro definitivo.

La tesi non è nuova; anche se ciò non emerge con immediata evidenza, la sentenza in esame, in effetti, ripropone il problema della qualificazione e della natura del patto di prova, sottendendo come nuovo elemento la sola postulazione, in parallelo all'art. 2096 cod. civ., di una alternativa riconducibile all'art. 1322, comma 2, cod. civ. in

virtù della quale, a fianco della clausola di prova *post-assuntiva* (quella tipica *ex art.* 2096 cod. civ.), alle parti è data la facoltà di stipulare una clausola di prova *pre-assuntiva* quale forma di estrinsecazione della libertà negoziale.

La configurazione del patto di prova come contratto atipico autonomo non è una novità: la tesi è già stata prospettata, in verità senza molta fortuna, da quella dottrina che ha avallato «... l'ipotesi secondo cui il cosiddetto patto di prova può configurarsi *anche* come un contratto di lavoro *speciale*, per sé stante, rivolto a un suo fine particolare che è il puro e semplice *esperimento* della capacità del lavoratore...» (Mazzoni, *Manuale di Diritto del lavoro*, II, Milano, 1988, p. 425).

Più in particolare tale dottrina ha ritenuto che «Il collegamento tra patto di prova e contratto di lavoro [...] non impedisce che si possa talora trattare anche di due negozi *distinti*, che possono essere considerati separatamente e vivere ciascuno di vita propria se questa è stata l'intenzione dei contraenti. È per questa ragione che noi consideriamo e studiamo il patto di prova, oltre che come un elemento accidentale del contratto di lavoro [...], anche come un vero e proprio *contratto speciale* da tenersi distinto da quello di lavoro perché ha le sue regole e principi particolari» [Mazzoni, *Manuale di Diritto del lavoro*, II, cit., p. 425; conf. Greco, *Il contratto di lavoro*, in Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1938, p. 142; *contra* Varesi, *Il patto di prova nel rapporto di lavoro*, in *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, in P. Schlesinger (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano, 1990, p. 68].

Si tratta di una posizione minoritaria definitivamente superata che, tranne l'incidentale ed estemporanea applicazione che ne ha fatto la Suprema Corte nella sentenza in commento, non ha avuto alcun seguito significativo nella giurisprudenza perché l'orientamento cui essa è approdata è divenuto costante e si è consolidato su altre soluzioni.

4. — *Il problema della qualificazione del lavoro in prova e la soluzione maggioritaria* — La giurisprudenza ormai da molto tempo non fornisce granché attenzione al problema, limitandosi, sotto molti aspetti, a prendere atto che la clausola di prova, ove apposta al contratto di lavoro, lo subordina a una *condizione sospensiva potestativa*.

È questa la soluzione cui è pervenuta la maggiore dottrina, a giudizio della quale il lavoro in prova può essere definito come un contratto sottoposto a *condizione sospensiva potestativa*, nel cui schema trova inquadramento [Così Delitala, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1949, p. 107; Cassì, *Il rapporto di lavoro in prova*, Milano, 1950, pp. 139 ss.; Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Milano, 1962, pp. 220 ss.; Riva Sanseverino, *Lavoro*, in Scialoja e Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Roma-Bologna, 1986, pp. 276 ss.; Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966, p. 31].

Detta rappresentazione trova riscontro nella giurisprudenza della Corte Costituzionale che, sotto il profilo qualificatorio, ha rappresentato l'apposizione della clausola come la sottoposizione del rapporto proprio a una condizione sospensiva potestativa, in esito alla quale, se non è sopravvenuta la risoluzione, l'assunzione diviene definitiva (Corte Cost. 28 luglio 1976, n. 204, in q. *Riv.*, 1976, II, p. 691, secondo cui l'elemento di connotazione del lavoro in prova è «... la subordinazione del rapporto di lavoro alla condizione sospensiva negativa che nessuna delle parti receda entro il termine fissato dal legislatore»).

Dopo l'intervento della Corte Costituzionale a questa tesi ha fornito adesione senza riserve e quasi per omologazione la consolidata giurisprudenza di legittimità e di merito (Vedi, *ex plurimis*, Cass. 11 novembre 1988, n. 6096, in *Dir. prat. lav.*, 1989, p. 596; Cass. 27 gennaio 1978, n. 400, in *Mass. giur. lav.*, 1978, p. 533; Cass. 30 maggio 1977, n. 2217, in *Lav. prev. oggi*, 1978, p. 984; Cass. 17 gennaio 1977, n. 232, in *Or. giur. lav.*, 1977, p. 627; Cass. 25 giugno 1987, n. 5608, in *Not. giur. lav.*, 1987, p. 563; per la giurisprudenza di merito, cfr. Pret. Napoli 24 dicembre 1982, in *Or. giur. lav.*, 1984, p. 135).

Oggi questi assunti sono pacifici, ma non lo erano certamente nel passato, come dimostra la coesistenza nel tempo di orientamenti diversi.

La *summa divisio* è tra due contrapposti indirizzi: quello che ha sostenuto la tesi della unicità del rapporto e quello che ha ravvisato nella fattispecie due distinti e autonomi rapporti.

Come detto, maggiore condivisione è data alle tesi che hanno prospettato la soluzione della unicità del rapporto (nel cui ambito è annoverabile anche quella della *condizione sospensiva potestativa* accolta dalla giurisprudenza): per esse la clausola di prova non incide sulla modulazione causale, bensì su quella modale, e, in quanto elemento accidentale e non semplicemente incidentale del rapporto di lavoro, si pone per intero all'interno di un unico contratto di lavoro, di cui, però, condiziona l'efficacia.

Il prototipo di questo indirizzo, al suo interno disaggregato in una molteplice varietà di opzioni, è dato dalla rappresentazione di una duplicazione in fasi della conformazione dell'unico contratto posto in essere dalle parti, ovvero, dalla rappresentazione, nell'ambito di un unico contratto, di un duplice rapporto: il primo connotato dalla provvisorietà, che copre il periodo di vigenza del patto di prova, e il secondo dalla definitività, dispiegato per il periodo successivo alla trasformazione.

In proposito è stato sostenuto che nella clausola si combinano «... i due elementi della condizione e del termine. Il rapporto di lavoro provvisorio, al quale si applica la speciale disciplina indicata [quella del lavoro in prova], è un rapporto a termine finale incerto, di cui è stabilita la durata massima ed eventualmente anche minima; il rapporto definitivo è subordinato alla condizione sospensiva potestativa del gradimento e del mancato recesso dell'una e dell'altra parte e del termine iniziale incerto coincidente con la fine del periodo di prova, salvo il cumulo, legislativamente disposto, dei due periodi di lavoro per l'anzianità del prestatore di lavoro, che è ulteriore argomento dell'unità dei contratti costitutivi dei due rapporti di lavoro» (Santoro Passarelli, *Nozioni di Diritto del lavoro*, Napoli, 1995, p. 166; in giurisprudenza, per la combinazione degli elementi della condizione e del termine, conf. Corte d'App. Napoli, 24 gennaio 1958, in *Or. giur. lav.*, 1958, p. 383).

Questa teoria, certamente invisa a chi è incline alla semplificazione e pur avversata dalla prevalente dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria proprio in ragione della sua complessità, è destinata comunque, per la compendiosità e il rigore della ricostruzione teorica, a essere il punto di riferimento anche per coloro che alla unicità del contratto fanno corrispondere la unicità del rapporto.

L'elemento comune a tutti coloro che propugnano questo indirizzo è quello di ritenere il patto di prova, nella struttura complessiva del contratto di lavoro, parte integrante dell'unico rapporto di lavoro, un elemento accessorio con cui le parti forniscono rilievo al gradiente dei motivi; variegata, invece, è la gamma delle proposte per definire la configurazione della clausola.

Qui ritorna la strutturazione complessa propugnata dalla dottrina sopra citata; infatti, mentre nella qualificazione del patto di prova da essa resa si individuano due elementi accessori coesistenti e interagenti nell'unico contratto di lavoro, cioè la condizione e il termine, l'eterogenea dottrina a essa collegata ha variamente e alternativamente individuato nel patto di prova, pur nella costante del riconoscimento della sua natura di elemento accidentale del contratto, la *condizione* o il *termine*, la *condizione sospensiva* o il *termine iniziale*, la *condizione risolutiva* o il *termine finale*, a seconda della natura dell'evento condizionale deducibile e del punto di emersione della efficacia (all'inizio e con effetto risolutivo o alla fine e con effetto sospensivo) del contratto definitivo (tesi sostanzialmente sorretta da una estremizzazione della qualificazione del patto di prova come condizione risolutiva).

Pur non mancando posizioni a sostegno della condizione risolutiva [Così si è espressa parte della dottrina: Barassi, *Il Diritto del lavoro*, II, Milano, 1949, pp. 188 ss.; Palermo, *Manuale di Diritto del lavoro e della sicurezza sociale*, Milano, 1957, II, p. 268; Calabrò, voce *Periodo di prova (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pp. 70 ss.; Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, Milano, 1965, p. 467; Del Punta, voce *Lavoro in prova*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, XVIII, pp. 1 ss., con sporadici, quanto isolati riscontri nella giurisprudenza di merito: «Il patto di prova non è altro che una condizione risolutiva potestativa apposta al contratto di lavoro» (Pret. Milano 29 ottobre 1986, in *Or. giur. lav.*, 1986, p. 1059)], è però prevalsa, come detto, la tesi di coloro che definiscono il lavoro in prova come contratto sottoposto a *condizione sospensiva potestativa*.

Non sono mancate, infine, opinioni che hanno considerato il lavoro in prova come un normale rapporto di lavoro unico e senza condizioni, dovendosene ritenere la semplice variante della deroga, per un tempo definito, al regime limitativo del recesso (In tal senso vedi Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982, p. 272; nel medesimo senso, anche se con diverse argomentazioni, Zagari, *Il contratto di lavoro con clausola di prova*, Milano, 1965, pp. 79 ss.).

Contrapposti al gruppo di tesi che variamente definiscono il rapporto in prova e il rapporto definitivo come accedenti a un unico contratto, si sono sviluppati altri orientamenti che, pur nella eterogeneità delle soluzioni, sono accomunati dal fatto che tutti descrivono la collocazione del lavoro in prova come estrinseca e autonoma rispetto al rapporto di lavoro definitivo.

La differenza tra le due tesi è notevole, in quanto nel primo caso si configura un unico contratto di cui la clausola di prova condiziona la definitività, mentre nel secondo caso i contratti sono due, pur nel loro collegamento, e ciascuno di essi rimane distinto perché sorretto da una differente causa o giustificazione funzionale.

La teoria del doppio contratto è sostenuta da una varietà di indirizzi: un primo indirizzo dottrinario, ormai risalente nel tempo e per lo più rimasto isolato, si è sviluppato sotto la vigenza del vecchio codice, e ha configurato la clausola di prova come contratto preliminare (Toffoletto, *Il periodo di prova nella giurisprudenza*, in *Dir. lav.*, 1927, II, p. 656; Idem, *Il periodo di prova nel contratto di lavoro operaio*, Roma, 1927).

La tesi, così come proposta, è rimasta senza seguito in quanto, come le è stato da subito opposto, la dinamica del particolare fenomeno sotteso al contratto preliminare obbliga le parti semplicemente a concludere un futuro contratto, e non anche a cristallizzare prestazioni destinate a svolgere effetti ultrattivi nel successivo contratto definitivo (Vedi Greco, *I contratti di lavoro*, cit., p. 140).

Adesioni più significative, ma confutazioni altrettanto poderose, ha suscitato la tesi della *specialità del rapporto* (e atipicità del contratto): quella che implicitamente la sentenza in commento ha assunto quale presupposto per giungere al riconoscimento della categoria della cd. prova preassuntiva.

Questo orientamento, partendo dal presupposto che tra lavoro a prova e rapporto definitivo non vi è unitarietà della fattispecie, ha definito la natura del lavoro in prova come contratto a sé il cui svolgimento, tranne la successiva ed eventuale trasformazione nel rapporto definitivo, non implica e non coinvolge alcun atto esecutivo di quest'ultimo (Assanti, *Il contratto di lavoro a prova*, Milano, 1957, pp. 11 ss.).

Sicché, difettando la unitarietà della fattispecie, viene meno anche la unicità del contratto, e il lavoro a prova non potrebbe che «... configurarsi come un contratto speciale di lavoro che ha per oggetto l'esperimento ed è del tutto autonomo rispetto al contratto definitivo» (Assanti, *Il contratto di lavoro a prova*, cit., p. 37).

Pur nella assoluta differenza con la tesi del contratto preliminare, il criterio della specialità si pone sul medesimo versante del doppio contratto.

A questa soluzione, in sé rimasta isolata, successivamente si è allineata altra parte della dottrina; consta che essa è stata ripresa e riproposta in tempi relativamente più recenti (ma senza altro seguito), anche se con una veste diversa e rilevanti correttivi, da una parte della dottrina che, pur nel quadro di una bivalenza del lavoro in prova, dopo aver confermato che «... il patto di prova non è che lo stesso contratto di lavoro stipulato a titolo non definitivo, ma provvisorio...», ha aggiunto anche che non si può escludere «... l'ipotesi secondo cui il cosiddetto patto di prova può configurarsi anche come un contratto di lavoro speciale, per sé stante, rivolto a un suo fine particolare, che è il puro e semplice esperimento della capacità del lavoratore [...]. Il collegamento tra patto di prova e contratto di lavoro [...] non impedisce che si possa talora trattare anche di due negozi giuridici distinti, che possono essere considerati separatamente e vivere ciascuno di vita propria se questa è stata l'intenzione dei contraenti...» (Mazzoni, *Manuale di Diritto del lavoro*, II, cit., p. 424; vedi anche pp. 1058 ss., in cui vi è una chiara opzione dell'Autore per la tesi della natura del lavoro in prova come autonomo rapporto speciale di lavoro: «Innegabile connessione che esiste tra rapporto in prova ed eventuale rapporto di lavoro non deve trarre in inganno: si tratta di due rapporti distinti e diversi anche nell'oggetto. Il primo ha carattere di contratto a termine che può precedere e precede, normalmente, il rapporto di lavoro vero e proprio ed è relativo principalmente all'attuazione dell'esperimento della capacità tecnica da parte del lavoratore; il secondo ha per oggetto esclusivo la prestazione di lavoro e ha carattere di contratto definitivo...», vedi pp. 1063 s.).

In genere, comunque, alle tesi che hanno sostenuto la duplicità del contratto, ciascuno rispondente a una propria e specifica causa, è stata obiettata una assoluta incongruenza con la disciplina positiva del lavoro in prova, atteso che l'art. 2096 cod. civ. suppone un automatismo nella continuità del rapporto che collide con la possibilità di configurare una duplicazione di fonti costitutive.

5. — *Il patto di prova e il patto di prova preassuntiva: il problema della duplicazione e l'inammissibilità della prova fuori dal rapporto di lavoro* — Proprio per ovviare a tale obiezione oggi la giurisprudenza ripropone la tesi nei termini esposti nella sentenza in commento, ponendo una possibile alternativa tra la prova eseguita dentro il rapporto di

lavoro (l'ipotesi tipica disciplinata dall'art. 2096 cod. civ.) e la prova esperibile nella fase preliminare alla costituzione del rapporto di lavoro (ipotesi atipica sorretta dall'art. 1322, comma 2, cod. civ.), con la conseguenza che, se la prova è possibile prima della instaurazione del rapporto senza alcun obbligo per il datore di lavoro (retributivo, contributivo ecc.) e senza alcun limite di recesso, saranno pari a zero i contratti di lavoro cui verrà apposto il patto di prova, portando a desuetudine l'art. 2096 cod. civ. proprio in conseguenza della sua natura ordinatoria che necessariamente ne consegue.

Anche se non vi fa cenno direttamente, la sentenza in esame incidentalmente ritorna sulla questione proprio perché, per giustificare la possibilità di separare il lavoro in prova dal rapporto di lavoro definitivo, non può che postulare la duplicità e l'autonomia dei due rapporti.

Il rigore logico del ragionamento della Suprema Corte sicuramente è ineccepibile, ma si consenta di dissentire sul presupposto: il dubbio che sorge agli occhi dell'interprete, infatti, emerge dalla perplessità che suscita la assertiva configurabilità, in termini di contratto atipico sorretto dal giudizio di meritevolezza (art. 1322 cod. civ.), di una pattuizione che consenta alle parti di dare in qualche modo esecuzione a prestazioni di lavoro prima che sorga il relativo rapporto e in vista della sua instaurazione, ossia che consenta di duplicare lo stesso rapporto di lavoro, scisso in due rapporti autonomi e distinti, di cui il primo, prodromico e atipico, con finalità esplorativa, e il secondo, tipico e meramente eventuale, preordinato al rapporto definitivo.

È proprio questo il caso delle clausole cd. di prova preassuntiva, con cui le parti convengono (o meglio, al lavoratore sovente è imposto) di esperire fuori del rapporto l'accertamento dell'idoneità personale e professionale allo svolgimento delle mansioni dedotte a oggetto del contratto di lavoro.

Nulla vieta che la valutazione delle parti circa la convenienza a instaurare il futuro rapporto di lavoro sia valutata prima e fuori dal rapporto, ma dubbi sorgono allorché la prova venga eseguita mediante prestazioni di lavoro rese nell'organizzazione aziendale del (futuro) datore di lavoro.

In questo caso sarebbe difficile spiegare come la prestazione rimanga estranea al rapporto di lavoro cui è preordinata, soprattutto ove ricorra una pur minima evidenza di eterodirezione, anche di semplice indole indiziaria secondo uno o alcuni degli indici di presunzione giurisprudenziale.

L'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale e lo svolgimento dell'attività lavorativa sono elementi in sé sufficienti a far sorgere il rapporto di lavoro: il dato obiettivo prevale su quello soggettivo di una volontà difforme.

Le parti, nella loro autonomia negoziale, possono tanto stipulare un contratto di lavoro senza patto di prova, quanto convenire un periodo di prova per verificare la reciproca convenienza a dare definitività al rapporto; ma, nell'una e nell'altra ipotesi, non si può negare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, con la specifica che nella seconda ipotesi l'apposizione della clausola accessoria comporta lo svolgimento del rapporto secondo lo schema definito dall'art. 2096 cod. civ. (lavoro in prova).

Il concetto di «prova» nell'ordinamento giuslavoristico ha un suo significato tipico e non può essere diverso da quello che la giurisprudenza ha desunto dall'art. 2096 cod. civ.; questa tipicità fa in modo che ogni variante rispetto al paradigma tassativamente definito dalla disposizione dà vita a una fattispecie atipica in contrasto con la norma inderogabile.

Se si vuole accertare la qualificazione che il lavoratore già dovrebbe avere per accedere al particolare rapporto di lavoro, si deve tener conto che detta qualificazione è funzionale allo svolgimento di una data attività all'interno di quel dato rapporto di lavoro; conseguentemente, «... la prova ha una funzione di conferma di qualificazioni tecniche che si presuppongono già formalmente acquisite» (Corte Cost. n. 204/1976, cit.); dunque, se la prova è «... giustificata dalla obiettiva necessità di valutare in concreto le capacità lavorative del soggetto...» (Corte Cost. n. 204/1976, cit.), non può che essere esperita in esecuzione e nello svolgimento di quel rapporto di lavoro cui inerisce, che, per tale ragione e per l'addenda che il patto di prova apporta al suo contenuto, è temporaneamente posto in una condizione di stabilità precaria «... senza sconvolgerne l'intima funzione...» (Corte Cost. n. 204/1976, cit.).

Solo in questi termini di quel rapporto si può postulare la *specialità*, ma detta *specialità* non ne potrà mai comportare l'*autonomia*, perché il rapporto di lavoro rispetto alla prova è il *presupposto* e non la *conseguenza*: è causa e non effetto della sua legittimazione.

Dunque, l'acquisizione in deroga delle reciproche informazioni concernenti l'instaurando rapporto che la sentenza in commento ha ritenuto legittima, può giustificarsi solo nel caso in cui le parti, nello svolgimento di tale fase *esplorativa*, non diano corso ad alcuna attività lavorativa, ovvero la sua legittimità è subordinata al fatto che il lavoratore non esegua prestazioni di lavoro nella organizzazione aliena.

In ciò la sentenza in commento non è d'ausilio: in materia ha frantumato consolidate certezze e ha seminato nuove incertezze.

Molti sono i buchi nella sua piattaforma motivazionale, in quanto ha ommesso di definire, come avrebbe dovuto per dare completezza di ragionamento, il *quantum* e il *quomodo* della complessiva prestazione lavorativa dedotta nel futuro rapporto rispetto ai quali è possibile condurre la prova prima dell'assunzione; cioè: se, da una parte, ha considerato legittima l'indagine esplorativa antecedente l'assunzione, dall'altra, non ne indicato il contenuto, mancando di definirne l'oggetto e le modalità.

È come dire che ha posto il problema, ma si è astenuta dal dare la soluzione o, quanto meno, dall'indicare il paradigma per la declinazione dei casi concreti, lasciando ai giudici di merito l'arduo compito di definire (se e in quanto dovranno mai interessarsi di clausole *preassuntive*) ogni singolo caso facendo applicazione di criteri empirici (almeno fino alla elaborazione di indici sintomatici).

Ritornando allo specifico della questione, il merito che si può riconoscere alla sentenza recensita è sicuramente quello di aver ribadito che l'interesse alla verifica della convenienza delle parti a instaurare il rapporto ha una sua rilevanza; il rimprovero che, invece, gli si può opporre è la scarsa chiarezza sui profili dinamici, che ingenera equivoci sulle modalità di esercizio.

Infatti, la rilevanza di tale interesse è stata posta fuori dalla sua naturale collocazione: se esso deve estrinsecarsi con l'ausilio di prestazioni di lavoro, il ruolo che gli ha assegnato l'ordinamento è quello che emerge dalla valutazione tipica che ne ha fatto il legislatore nell'art. 2096 cod. civ.

Ne consegue che la verifica del gradimento è *dentro* il rapporto e si giustifica solo in quanto il rapporto di lavoro è già sorto e si è nella fase della sua esecuzione.

La prova, infatti, non può collocarsi *prima* del rapporto, tanto meno nella fase precontrattuale o delle trattative, altrimenti si dovrebbe spiegare perché, in presenza di un principio di esecuzione, il rapporto debba considerarsi come ancora non sorto.

Il postulato è che il contratto non può avere esecuzione prima del perfezionamento dell'accordo, altrimenti l'adempimento posto avanti alla stipulazione è esso stesso il fatto da cui deriva, *per facta concludentia o volontà implicita*, la conclusione del contratto (Vedi Smuraglia, *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, pp. 87 ss.; conf. Mazzoni, *Manuale di Diritto del lavoro*, II, cit., p. 315).

Argomentando al contrario, si renderebbe configurabile una fase preliminare alla conclusione del contratto di lavoro e, comunque, preliminare alla sua efficacia, in cui le parti deducono, in un apposito patto, una specie di clausola di gradimento atipica, in quanto destinata a sostituire, per assorbenza o per rilevanza, la pattuizione tipica che l'art. 2096 cod. civ. riserva alla clausola di prova.

Facendo applicazione delle categorie civilistiche, solo per tale fatto se ne dovrebbe supporre la invalidità (*sub specie di nullità*) in quanto diretta a conseguire in maniera sviata un risultato che l'ordinamento riserva ad altra fattispecie (è il fenomeno della elusione della norma imperativa sanzionata dall'art. 1344 cod. civ. per illiceità della causa).

6. — *I limiti degli accertamenti di idoneità professionale prima dell'assunzione e precarizzazione del rapporto* — Certamente si può escludere *a priori* ogni possibile interpretazione che conduca a una sovrapposizione tra clausola di prova preassuntiva e contratto di lavoro con patto di prova, in quanto la loro equivalenza, anche parziale, determinerebbe un uso *improprio* del patto di prova, con effetto elusivo della prescrizione inderogabile posta dall'art. 2096 cod. civ.

Ma si deve anche prendere atto del fatto che la questione per ben due volte ha superato il vaglio della Suprema Corte: è questa la ragione per la quale se ne rende necessario il vaglio ulteriore per individuarne la soglia della liceità e della legittimità.

Il limite è implicito nella stessa fattispecie: ciò che può escludere la instaurazione del rapporto di lavoro non è la finalità imposta dalle parti all'attività svolta dal lavoratore (Il *nomen iuris* non è determinante per la qualificazione del rapporto e vale al massimo come indice secondario: vedi, da ultimo, Cass. 7 dicembre 2007, n. 25666, inedita), ma la eliminazione alla radice del dato presupposto, cioè il mero dato di fatto che non vi è stata prestazione lavorativa (la prestazione eventualmente eseguita, ancorché resa per mera finalità di prova, deve ritenersi eseguita in posizione di presunta subordinazione).

Dunque, il profilo che rileva in via dirimente nel giudizio di accertamento della sussistenza o meno del rapporto di lavoro subordinato oggetto di deduzione non è il criterio dello scopo (questo riguarda il profilo della interpretazione: la ricostruzione della comune intenzione delle parti), bensì quello della funzione (questo riguarda il profilo della qualificazione: l'accertamento della natura del rapporto posto in essere dalle parti): se le modalità del rapporto realizzano la causa del patto di prova secondo la indicazione tipica che emerge dall'art. 2096 cod. civ. (e, correlata, dell'art. 2094 cod. civ.) il rapporto di lavoro è esistente, pur se condizionato in quanto a efficacia, e si qualifica per il tipo cui corrisponde (lavoro subordinato).

Appare evidente che riconoscere la facoltà di eseguire la prova *fuori* dal rapporto comporta una legittima evasione dal complesso di diritti e obblighi di prestazioni e controprestazioni che con il patto di prova, invece, si pongono all'interno di un complesso di corrispettività afferente un rapporto già sorto e vincolante tra le parti.

L'effetto che sostanzialmente ne può derivare è quello della introduzione nell'ordinamento per via giurisprudenziale di un nuovo modello di precarizzazione del rappor-

to fuori dalle tante forme flessibili di lavoro ideate e volute da un legislatore mostratosi di per sé già molto fantasioso in materia (vedi d.lgs. n. 276/2003).

In questo senso è inevitabile ritornare nell'alveo della correttezza ordinamentale, supportando con la sanzione della invalidità e con la sostituzione automatica (o conversione) ogni pattuizione finalizzata a derogare all'art. 2096 cod. civ., perché il lavoratore che ha eseguito una prestazione secondo il paradigma dell'art. 2094 cod. civ., anche se a mera finalità esplorativa o di prova, deve essere considerato parte di un rapporto di lavoro già in atto, e la prestazione stessa trova considerazione nel sinallagma di un contratto secondo la causa che è propria del tipo contrattuale, senza che la variante introdotta con una pattuizione in deroga, cui l'ordinamento riconosce valore di elemento accessorio della fattispecie legale, possa dar vita a un contratto *atipico* (contratto di prova) diverso da quello *tipico* (contratto di lavoro con patto di prova), con la conseguenza di trasformare, nel contratto atipico, in requisito essenziale (ovvero, nell'oggetto della prestazione) ciò che nel contratto tipico è solo un elemento accidentale (ovvero, una modalità della prestazione).

Sulla base di queste premesse vi è da dire che, pur con tutto il corredo di incertezze rinvenibili nella motivazione, il precedente giurisprudenziale citato nella sentenza in commento (Cass. n. 3910/1997, cit.) pare muoversi in simmetria con i principi assunti in questa recensione.

Lo fa sicuramente nella parte in cui, nel presumere che la *prova* esperita nella fase preliminare dell'instaurando rapporto di lavoro non ha originato alcuna attività riconducibile a prestazioni di lavoro, esclude conseguentemente che possa configurarsi un rapporto di lavoro di tal guisa («... nel caso in esame la [lavoratrice] si era presentata presso la [azienda], non per lavorare ma per vedere cosa c'era da fare e per consentire alla società di controllare la conoscenza della lingua; la medesima, durante i giorni precedenti l'assunzione non lavorava ma guardava lavorare la persona che avrebbe dovuto sostituire...»).

Né può essere fuorviante il richiamo nella massima alla *attività esplorativa*, atteso che detta attività non è riferita a una prestazione di lavoro, ma più semplicemente si trattava di una attività *extra* lavorativa diretta a conoscere l'ambiente di lavoro («Le parti del contratto di lavoro subordinato possono legittimamente, nella loro autonomia negoziale, convenire che il lavoratore, prima dell'effettiva assunzione, si limiti a svolgere una semplice *attività "esplorativa" dell'ambiente di lavoro* che sia finalizzata unicamente all'acquisizione delle opportune, reciproche informazioni concernenti l'instaurando rapporto»; Cass. n. 3910/1997, cit.).

La sentenza in commento, invece, non facendo coerente applicazione del precedente giurisprudenziale preso a riferimento, rispetto a esso ha fatto un passo avanti e ha dedotto che una attività lavorativa svolta nell'ambito di una prova preassuntiva (meramente esplorativa) non può costituire rapporto di lavoro se le parti non hanno inteso costituire tale rapporto.

7. — *La prova e l'irriducibilità dell'art. 2096 cod. civ.* — Il rilievo, al di là della portata immediata riferita alla fattispecie presa in considerazione, in effetti pone in evidenza la volontà delle parti quale indice primario (esclusivo) della qualificazione del rapporto, ignorando l'unanime giurisprudenza secondo cui la volontà delle parti segna il limite della interpretazione del contratto, mentre la qualificazione del rapporto è data dalle sue concrete modalità di svolgimento.

Così ha finito per dare alla *prova* quale fase sperimentale del rapporto un ulteriore terreno entro cui operare, ponendosi in contrasto con la tendenza giurisprudenziale più recente, orientata, invece, a ridurne la potenzialità esplicativa.

Infatti, nei casi in cui la giurisprudenza ha ammesso la dissociazione tra esecuzione della prova e rapporto di lavoro definitivo lo ha fatto non per estenderne ma per ridurre l'ambito operativo, allorché ha escluso la possibilità di reiterare la prova in tutti i casi in cui il datore di lavoro abbia già potuto sperimentare *aliunde* il gradimento al rapporto (Cass. 2 dicembre 2004, n. 14580, in q. *Riv.*, 2005, II, p. 247; vedi Federici, *Successione di rapporti e reiterazione della prova*, in q. *Riv.*, 2005, II, pp. 250 ss.).

La verità è che, come già sostenuto altrove, l'oggetto della prova, per quanto concerne il datore di lavoro, non è l'accertamento di un indifferenziato gradimento al rapporto, ma è la verifica della capacità di rendimento del lavoratore, «... l'attitudine del lavoratore alle mansioni della qualifica e la capacità a operare nel contesto aziendale con diligenza, disciplina e fedeltà [...] essa trova il suo indice di riferimento nella capacità del lavoratore di conferire un rendimento utile per il datore di lavoro, in modo che la capacità di rendimento, quale specificazione del dovere di diligenza [...], diviene l'oggetto centrale del patto di prova in quanto, assurgendo a parametro assoluto e decisivo nella valutazione dell'esito dell'esperimento, costituisce la giustificazione causale della sua apposizione...» (Federici, *Successione di rapporti...*, cit., p. 269).

Ciò dimostra che la *prova* non può che essere esperita quando il rapporto di lavoro è già sorto, proprio perché non ha ragion d'essere fuori dal rapporto e non può avere giustificazione causale se non si inserisce sul segmento iniziale del suo svolgimento.

Questo perché il rendimento, che nel rapporto di lavoro è l'unità di misura della prestazione (Vedi Federici, *Lo scarso rendimento e il rendimento inadeguato nelle causali di giustificazione del licenziamento*, in q. *Riv.*, 2003, p. 512), nella clausola di prova misura, invece, la capacità e l'attitudine alla prestazione, ovvero allo svolgimento delle mansioni conferibili dal datore di lavoro nel contesto organizzativo dell'impresa.

Cioè oggetto della prova e della valutazione è la professionalità del lavoratore; e la professionalità, in quanto riferita soggettivamente e oggettivamente a un rapporto di lavoro, non è l'oggetto della prestazione, ma ne è il predicato: «La professionalità [...] costituisce una sorta di presupposto, di prerequisite, essa consente l'adempimento di quanto convenuto con il contratto di lavoro, ma ciò che viene dedotto nel contratto è pur sempre una prestazione; prestazione che il lavoratore sarà in grado di adempiere solamente se possiede la *relativa* professionalità» (Loy, *Professionalità e rapporto di lavoro*, in Aa.Vv., *La professionalità*, a cura di M. Napoli, Milano, 2004, p. 7).

In definitiva, se l'oggetto della prova è la capacità di rendimento intesa quale professionalità specifica, l'esperimento non può che essere effettuato laddove il lavoratore è chiamato a eseguire la prestazione e, soprattutto, a esprimere e applicare la sua professionalità: luogo non solo fisico (organizzazione aziendale), ma anche giuridico (il rapporto di lavoro).

Antonio Federici
Cultore di Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

CORTE D'APPELLO BARI, 9 ottobre 2007, Sez. lav. – Pres. Est. Lucafò – Poste Italiane Spa (avv.ti Fiorino e Carrieri) c. M. R. (avv.ti De Michele e Mignone).

Lavoro a tempo determinato – Assunzione per esigenze sostitutive ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 368/2001 – Indicazione nel contratto delle ragioni della sostituzione, del nominativo del lavoratore sostituito e della durata dell'assenza – Necessità – Sussiste.

Nella vigenza del d.lgs. n. 368/2001, il datore di lavoro che voglia assumere a termine per esigenze sostitutive è tenuto a specificare già nel contratto le ragioni della sostituzione, il nominativo del lavoratore sostituito e la durata dell'assenza, in quanto il controllo circa l'effettività delle stesse deve essere effettuabile ab initio. (1)

(Omissis)

Con atto depositato il 19 gennaio 2006 M. R. conveniva in giudizio la società Poste Italiane. Esponeva di aver lavorato per le Poste, con le mansioni di «portalettere», presso l'Udr di Foggia per tre distinti periodi, dal 30 maggio 2005 al 15 luglio 2005 in forza di contratto a tempo determinato. Sosteneva che detto contratto era da ritenersi privo dei requisiti sostanziali e formali richiesti dalla legge e dalla contrattazione collettiva ai fini della valida apposizione del termine, con la conseguenza che il rapporto di lavoro tra il ricorrente e la società Poste Italiane doveva ritenersi tuttora persistente, perché convertito *ab origine* in rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Chiedeva la condanna della Spa Poste Italiane a riammetterlo in servizio dal momento in cui aveva posto a disposizione della società le sue energie lavorative, con gli arretrati maggiorati di rivalutazione e interessi legali.

Resisteva la società convenuta per una seria di ragioni, sostenendo la piena legittimità della apposizione del termine ai sensi del d.lgs. n. 368 del 2001.

Il giudice del lavoro del Tribunale di Foggia accoglieva la domanda, ordinando la riammissione in servizio del lavoratore con le mansioni già rivestite e condannando la resistente al pagamento delle mensilità maturate dal 19 gennaio 2006, detratto l'*aliunde perceptum* specificato in motivazione.

Proponeva appello la società Poste Italiane chiedendo la riforma integrale della sentenza e l'accoglimento del suo ricorso.

Resisteva la parte appellata.

All'udienza odierna la controversia veniva discussa e decisa.

Motivi della decisione

L'appellante ha lamentato l'erroneità della decisione in ordine alla violazione dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/01 in punto di obbligo di specificazione delle ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive.

Il contratto a termine in questione, stipulato il 30 maggio 2005, ha la seguente motivazione: «Ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, per ragioni di carattere sostitutivo correlate alla specifica esigenza di provvedere allo sostituzione del personale addetto al servizio di smistamento/recapito presso il Polo Corrispondenza Puglia/Basilicata assente nel periodo dal 30 maggio 2005 al 15 luglio 2005. Resta inteso che il rapporto di lavoro a tempo determinato si estinguerà anche anticipatamente rispetto al termine finale del 15 luglio 2005, ove le esigenze di sostituzione dovessero venir meno per il rientro in servizio del personale assente» (vedi documento allegato al fascicolo di parte attrice).

È pacifico tra le parti che, data l'epoca di stipulazione del contratto, la normativa di riferimento è costituita dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.

Sulla genesi e sui principi ispiratori di questa disciplina si rinvia a Corte d'Appello Bari 20 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 1540 ss.

L'art. 1 di tale decreto dispone: «È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo».

Il comma 2 aggiunge: «L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1».

Quindi le ragioni possono essere di varia natura e devono essere specificate nell'atto scritto.

Tra le ragioni di varia natura che devono essere specificate vi sono anche le «ragioni di carattere sostitutivo».

Il concetto di ragioni sostitutive è semplice e intuitivo. Collega la legittimità della apposizione del termine con la sostituzione di uno o più altri lavoratori.

Il problema che si pone è il seguente: è sufficiente enunciare che l'apposizione del termine avviene per ragioni di carattere sostitutivo di altri lavoratori o è necessario indicare anche di che tipo specifico di ragioni sostitutive si tratta e chi è o chi sono i lavoratori per la cui sostituzione avviene l'assunzione a termine?

Nelle riflessioni sulla norma vengono richiamati i suoi precedenti.

La legge 18 aprile 1962, n. 230, richiedeva la indicazione dei lavoratori sostituiti. Si potrebbe ipotizzare pertanto che essendo stata eliminata tale precisazione la indicazione dei lavoratori sostituiti non sarebbe più necessaria.

La soluzione è però troppo sbrigativa, perché il legislatore del 1962 e quello del 2001 hanno seguito due tecniche diverse. Il primo stabilì una presunzione generale di contratto a tempo indeterminato, ammettendo l'apposizione del termine solo in una serie di casi analiticamente specificati.

Il secondo, pur considerando sempre il contratto a tempo determinato una deroga rispetto alla regola generale (si richiama ancora una volta Corte d'Appello Bari 20 luglio 2005, cit., in *Foro it.*, cit.), ha individuato le ipotesi in cui la apposizione del termine è consentita affidandosi a una tecnica per clausole generali e collegando la legittimità alla sussistenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.

Le due norme non sono quindi confrontabili. Il secondo intervento non consiste nella eliminazione di un inciso presente nel primo a parità di struttura normativa, ma trasforma la formulazione della regola richiedendo la presenza di ragioni di cui indica solo il tipo e che in sede contrattuale devono essere «specificate» (come richiede espressamente il comma 2).

Se, ad esempio, la assunzione a termine avviene per ragioni organizzative, il contratto individuale non può limitarsi a ripetere la formula o a enunciare generiche ragioni organizzative rimanendo all'interno di una indicazione meramente tipologica e di genere, ma deve indicare le specifiche ragioni organizzative che spiegano l'apposizione del termine.

È evidente che all'interno del tipo «ragioni di carattere sostitutivo» la specificazione che il contratto individuale deve contenere non può non dare una adeguata risposta alla domanda: sostituzione di chi e per quale motivo?

Del resto, nel momento in cui si usa il termine «ragioni» si indica un concetto che per sua natura implica la possibilità della spiegazione e della verifica.

Un altro raffronto è quello con la disciplina specifica per le Poste introdotta dalla contrattazione collettiva in forza della delega in bianco (come ha spiegato la Corte di Cassazione) conferita in materia alle organizzazioni sindacali dall'art. 23 della legge n. 56 del 1987.

Come si è già visto in precedenza, l'art. 23 disponeva: «L'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro, oltre che nelle ipotesi di cui all'art. 1 della legge 18 aprile 1962, n. 230, [...] è consentita nelle ipotesi individuate nei contratti collettivi di lavoro stipulati con sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale».

Per le Poste il contratto collettivo che compì questa operazione è il Ccnl del 26 novembre 1994, il cui art. 8, comma 2, così recita: «In attuazione di quanto previsto dall'art. 23, punto 1), della legge 28 febbraio 1987, n. 56, l'ente potrà assumere con contratto a tempo determinato, oltre che nelle ipotesi previste dalle leggi di cui al comma precedente, nei seguenti casi:

- necessità di espletamento del servizio in concomitanza di assenze per ferie nel periodo giugno-settembre;
- incrementi di attività in dipendenza di eventi eccezionali o esigenze produttive particolari e di carattere temporaneo che non sia possibile soddisfare con il normale organico;
- punte di più intensa attività stagionale.

Il numero dei lavoratori assunti con contratto a termine non potrà superare la quota percentuale massima del 10% rispetto al numero dei lavoratori impegnati a tempo indeterminato».

Pertanto, con riferimento alle ferie, il Contratto collettivo Poste, in attuazione della delega di cui all'art. 23 della legge n. 56/87 e quindi in aggiunta alle ipotesi previste dalla legge n. 230/60, prevede la possibilità di assunzione a termine in caso di «necessità di espletamento del servizio in concomitanza di assenze per ferie nel periodo giugno-settembre» (la previsione è stata poi riproposta in formulazione identica con l'art. 25 del Ccnl 11 gennaio 2001).

Ci si è chiesti se tale previsione collettiva comportasse o meno la necessità della indicazione nel contratto di assunzione a termine del lavoratore da sostituire. La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha espresso orientamenti diversi. Una serie di sentenze hanno affermato che anche in sede di applicazione della normativa contrattuale è necessaria l'indicazione del lavoratore o dei lavoratori sostituiti (cfr., ad es., Cass. 1° dicembre 2003, n. 18354). Sentenze più recenti hanno invece sostenuto il contrario (un breve passaggio in Cass. 28 agosto 2006, n. 18602, già citata ad altri fini; più ampia motivazione in Cass. 9 agosto 2006, n. 17957).

Non è il caso di addentrarsi in questo confronto di orientamenti della Cassazione su di una normativa ormai superata. È necessario però sottolineare che, anche nelle sentenze che interpretano questa normativa nel senso meno garantista per i lavoratori, la Corte di Cassazione ha compiuto due affermazioni importanti, che rendono questa giurisprudenza inapplicabile alla interpretazione del decreto legislativo n. 368/2001 (e quindi ai casi del tipo di quello in esame).

La prima è che «l'interpretazione della contrattazione collettiva in tutte le implicazioni è riservata all'esclusiva competenza del giudice di merito le cui valutazioni soggiacciono, in sede di legittimità, a un sindacato limitato alla verifica del rispetto dei canoni legali di ermeneutica e al controllo della sussistenza di una motivazione logica e coerente» (Cass. n. 17957/2006, cit.).

La seconda, e più rilevante ai fini di questa decisione, è che la deroga operata dalla contrattazione collettiva in forza della delega in bianco conferitale dall'art. 23 della legge del 1987, in tanto è possibile: in quanto il legislatore nel 1987 ha costruito un sistema di regolamentazione che ha il suo perno nell'«esame congiunto» delle parti sociali, che costituisce «idonea garanzia per i lavoratori ed efficace salvaguardia dei loro diritti».

Il legislatore ha quindi creato nel 1987 un sistema con una forte componente di «garantismo collettivo» nel quale la tutela dei diritti dei lavoratori veniva in parte cospicua affidata al ruolo e ai poteri conferiti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. La conseguenza di questa ri-

costruzione è che in un nuovo sistema, in cui questo forte elemento di controllo e di controbilanciamento è stato eliminato, l'interpretazione della norma deve attenersi a criteri rigorosi, vuoi perché il punto di riferimento non sarà più la ricerca della comune intenzione delle parti contrattuali (art. 1362 cod. civ.), bensì i canoni oggettivi delineati dalle preleggi (art. 12 cod. civ.), vuoi, e soprattutto, perché il sistema delineato nel 2001 non assegna più alcuno spazio alla necessità del consenso sindacale e al riconoscimento formale e sostanziale del controllo sindacale che esso comporta.

Riassumendo, l'interprete dell'art. 1 del decreto legislativo n. 368/2001 non può utilizzare gli orientamenti ermeneutici nati all'interno di un sistema delineato nel 1987 su equilibri e poteri normativi diversi, e non può operare una comparazione letterale con la norma originaria del 1962 perché come si è visto la struttura e le tecniche utilizzate dal legislatore sono del tutto differenti.

Con l'art. 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001 il legislatore detta due regole fondamentali: l'apposizione del termine è consentita solo per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo (comma 1) ed è priva di effetto se tali ragioni non vengono specificate nell'atto scritto (comma 2).

Se ci si muove all'interno delle ragioni sostitutive, è evidente che non ci si può limitare a indicare il tipo di ragioni parafrasando la dizione legislativa, ma bisogna adempiere a quell'onere di specificazione che la norma impone alle parti che stipulano il contratto individuale di lavoro (in assenza peraltro nel nuovo sistema di una delega di funzioni regolative al sindacato).

Indicare ragioni specifiche significa non limitarsi a enunciarne il tipo delle ragioni, ma indicare chi viene sostituito, per quanto tempo e per quale ragione (ferie, gravidanza, malattia, congedi parentali, permessi per formazione ecc.).

Indicare ragioni specifiche significa fornire indicazioni che consentano il controllo delle ragioni indicate. Una ragione giustificatrice o è controllabile o non lo è, tanto più se la legge impone di specificarla.

Nel caso in esame la formula adottata nel contratto di lavoro predisposto dalle Poste è troppo generica perché possa ritenersi specificata la ragione dell'apposizione del termine.

Essa, a ben guardare, non indica neanche il tipo delle ragioni sostitutive: non precisa, infatti, se si tratta di sostituzioni per ferie o per altro tipo di assenza, limitandosi a una formula del tutto tautologica: «per ragioni di carattere sostitutivo correlate alla specifica esigenza di sostituzione».

Quando poi tenta di tracciare la specifica esigenza di sostituzione, in realtà non compie alcuna specificazione rimanendo nella massima vaghezza.

Non vengono indicati i lavoratori sostituiti, come sarebbe stato corretto e non difficile fare in presenza della necessità di coprire provvisoriamente posti di lavoro vacanti per periodi circoscritti.

Non vengono indicate neanche in generale le ragioni della sostituzione, il perché dell'assenza del sostituito: ferie (in un periodo diverso dall'estate quale è il periodo ottobre-dicembre), malattia, gravidanza, distacchi, congedi parentali ecc.

Non viene indicata la durata della assenza del dipendente o dei dipendenti sostituiti.

Non viene indicato l'ufficio in cui tale assenza si sarebbe determinata, posto che si fa riferimento a un'area vasta quale è la «Regione Sud 1».

Quelle così indicate non possono ritenersi ragioni adeguatamente specificate e non consentono il controllo che l'obbligo di specificare le ragioni deve rendere possibile.

Controllo che deve essere effettuabile *ab initio*, posto che la specificazione, per legge, deve essere contenuta nel contratto di assunzione e non può essere quindi rinviata a un momento successivo.

Peraltro, per mera completezza, deve rilevarsi che tale verifica non sarebbe stata possibile neanche *a posteriori* in sede processuale, perché le richieste istruttorie delle Poste sul punto non superano questa vaghezza di formulazioni. Le Poste hanno chiesto prova per testi in ordine a questo tema, formulando i seguenti capitoli: 33) «Il ricorrente è stato applicato presso l'ufficio postale di Canosa con mansioni di portalettere al fine di sostituire personale di uguale inquadramento assente dal servizio con diritto alla conservazione del posto di lavoro; 34) al momento della sottoscrizione del contratto *de quo* presso il predetto ufficio si sono verificate carenze di organico per l'assenza di personale con diritto alla conservazione del posto non fronteggiabili con il personale in servizio».

È evidente che, a parte i punti pacifici o facilmente provabili con documenti, le circostanze cruciali sono state indicate in maniera assolutamente generica «... al fine di sostituire personale assente dal servizio con diritto alla conservazione del posto...» «... si sono verificate carenze di organico per l'assenza di personale...». Neanche *a posteriori*, quindi, le Poste hanno spiegato in cosa sono consistite le specifiche ragioni sostitutive della assunzione a termine della appellante: chi era assente in ufficio, per quale motivo e per quale periodo è stato assente.

Il contratto a tempo determinato è pertanto illegittimo per contrasto con i commi 1 e 2 dell'art. 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.

Conseguenza prima della illegittimità è che deve essere dichiarata la nullità della clausola che pone il termine e il contratto deve essere dichiarato a tempo indeterminato.

Le Poste hanno proposto un'eccezione di non convertibilità in contratto a tempo indeterminato del contratto a termine in quanto a loro parere la disciplina dettata dal decreto legislativo n. 368 del 2001 non prevede la cd. conversione del contratto.

La tesi non è convincente. Come si è visto, non solo la mancanza di forma scritta del contratto, ma anche la mancata specificazione nel contratto delle ragioni di cui al comma 1 comporta come conseguenza che «la opposizione del termine è priva di effetto» (comma 2, art. 1, decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368).

Sul punto, comunque, si richiama la più ampia motivazione fornita in Corte d'Appello Bari 20 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, 1, 1540 ss., spec. 1548.

Quanto invece alle conseguenze economiche, le Poste hanno eccepito che il diritto alla retribuzione può sorgere solo qualora il lavoratore offra espressamente – sebbene non in forma sacramentale – di riprendere il lavoro e dia prova di tale offerta in giudizio. Nel caso in esame però il problema non si pone, perché il Tribunale adito ha disposto la condanna delle Poste al pagamento della retribuzione, non dal momento della scadenza del termine apposto al contratto, ma con decorrenza dal momento in cui ha posto a disposizione della Spa Poste Italiane le sue energie lavorative. E tale momento lo ha cautelativamente identificato nella data del deposito del ricorso introduttivo.

Quanto all'*aliunde perceptum*, il problema non si pone, perché, il giudicante ne ha già tenuto conto nella pronuncia gravata.

Restando assorbita ogni altra questione o argomentazione svolta dalle parti, la sentenza di primo grado deve essere integralmente confermata.

Le spese di questo grado del giudizio devono essere poste a carico della parte soccombente.

(*Omissis*)

(1) ASSUNZIONE A TERMINE PER RAGIONI DI CARATTERE SOSTITUTIVO

1. — Com'è testimoniato dalla mole del contenzioso sviluppatosi nelle aule giudiziarie e dall'Accordo sottoscritto con le parti sociali nel gennaio 2006 (In http://ce-doc.sirio.regione.lazio.it/DOCUMENTI/CGIL_poste.pdf), le Poste Italiane, ormai da diversi anni, hanno scelto di approvvigionarsi del personale, mediante il sistematico ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato, e, nel far questo, hanno sempre richiamato, a partire dal 1998, solo alcune delle causali – legali e contrattuali – previste per accedere legittimamente a tale tipologia contrattuale.

Se ciò è vero con riferimento ai contratti sottoscritti nella vigenza della legge n. 230/1962, lo è ancor di più per quelli stipulati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n.

368/2001, visto che, nonostante l'ampia formulazione dell'art. 1, le Poste hanno scelto di assumere personale a termine quasi esclusivamente per ragioni sostitutive.

Ed è proprio di una causale «sostitutiva» che, nella sentenza che si annota, ha avuto modo di occuparsi la Corte d'Appello di Bari, in quanto chiamata a delibare la legittimità del termine apposto a un contratto di lavoro sottoscritto per «ragioni di carattere sostitutivo correlate alla specifica esigenza di provvedere alla sostituzione del personale addetto al servizio di recapito».

Tale pronuncia ci offre l'occasione per riflettere su quali debbano essere, all'indomani del d.lgs. n. 368/2001, gli elementi che il contratto di lavoro deve contenere nel caso in cui l'assunzione a tempo determinato sia giustificata da ragioni sostitutive e, soprattutto, su quale debba essere il contenuto dell'onere probatorio a carico del datore di lavoro, nell'ambito del processo, nel caso in cui venga in contestazione la legittimità del termine.

2. — La ricerca delle conclusioni più appropriate, ovviamente, rende necessaria una ricostruzione del quadro normativo di riferimento: operazione, questa, che ci costringe a prendere le mosse dalla legge n. 230/1962, la cui norma di apertura — con grande chiarezza, all'evidente scopo di sgombrare il campo da qualsivoglia equivoco — dichiarava che «il contratto di lavoro si reputa[va] a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate», che poi consistevano in un elenco specifico e tassativo di casi nei quali era consentita l'apposizione del termine al contratto di lavoro.

Solo la legge, insomma, poteva legittimare — caso per caso — la deroga al principio generale della natura a tempo indeterminato del rapporto di lavoro, e solo nella legge, quindi, il termine poteva trarre la sua legittimità.

Così, limitando l'indagine a quello che di detta norma interessa in questa sede, l'art. 1, comma 2, lett. *b*, della legge n. 230/1962, laddove «l'assunzione» si fosse resa necessaria «per sostituire lavoratori assenti e per i quali sussiste[ss]e il diritto alla conservazione del posto», richiedeva, a fini della legittima apposizione del termine, che nel documento negoziale fosse «indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione».

La *ratio* di tale incumbente era (ed è) talmente chiara che francamente starne ad approfondire il significato ci sembra alquanto inutile.

Ciò che ci preme sottolineare è come detta previsione legale, oltre a essere assolutamente coerente con tutto l'impianto della legge n. 230/1962, rispondesse altresì all'esigenza di «cristallizzare» i motivi dell'apposizione del termine (in attuazione al principio dell'immutabilità degli stessi), legando — strettamente fra loro — la presenza in azienda del sostituto e l'assenza del sostituito, sì da facilitare nell'ambito del processo — in caso di contestazione — l'accertamento dell'effettività della sostituzione e, quindi, della causale dedotta in contratto e da impedire che vi potessero essere mutamenti in corso d'opera, non potendo eventuali e sopravvenute esigenze sostitutive (non previste, né prevedibili, alla data di sottoscrizione del contratto) andare a sanare l'originaria illegittimità del termine.

Insomma, l'esigenza «sostitutiva» doveva sussistere già all'atto dell'assunzione del lavoratore e avere — come si dice — «nomi» e «cognomi» (quelli del sostituto e del sostituito).

Sin da subito, la giurisprudenza si pose il problema di quanto ampia dovesse ritenersi tale previsione normativa, e cioè se qualunque ragione «sostitutiva» potesse legittimare il datore di lavoro all'assunzione a termine, e giunse alla conclusione che «l'art. 1, comma 2, della legge 18 aprile 1962, n. 230, [...], si applica[va] nel caso di lavoratori assenti per cause attinenti a vicende anomale ed eccezionali del rapporto di lavoro e comportanti la sospensione del sinallagma (malattia, infortunio, gravidanza, puerperio, servizio militare, adempimento di funzioni pubbliche elettive ecc.), ma non nel caso di lavoratori assenti per ferie, le quali rientra[va]no nel normale svolgimento del rapporto. Pertanto non» era «consentita, per sostituire un lavoratore assente per ferie, la stipulazione di un contratto di lavoro a termine» (Esattamente in termini, vedi Cass. 3 giugno 1976, n. 2010. Nello stesso senso, vedi: Cass. 25 luglio 1978, n. 3735; Cass. 22 marzo 1980, n. 1944; Cass. 24 ottobre 1980, n. 5733; Cass. 27 gennaio 1981, n. 634; Cass. 21 agosto 1981, n. 4967; Cass. 18 novembre 1982, n. 6212; Cass. 11 aprile 1983, n. 2561; Cass. 13 maggio 1983, n. 3293).

E fu proprio questo dibattito, in un certo senso, a convincere il legislatore del 1971 (per quanto non ce ne fosse motivo alla luce del precedente «arresto» giurisprudenziale) – per evitare che ci potessero essere dubbi in proposito – circa l'opportunità di stabilire, *expressis verbis*, che, «in sostituzione delle lavoratrici assenti dal lavoro, in virtù delle disposizioni» di cui alla legge 30 dicembre 1971, n. 1204 (recante norme a «tutela delle lavoratrici madri»), «il datore di lavoro» potesse «assumere personale con contratto a tempo determinato in conformità al disposto dell'art. 1, lettera *b*, della legge 18 aprile 1962, n. 230, sulla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato e con l'osservanza delle norme della legge stessa» (vedi art. 11): norma, questa, che è stata sostanzialmente riprodotta dall'art. 4, comma 1, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), per il quale «in sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori assenti dal lavoro, in virtù delle disposizioni del presente Testo Unico, il datore di lavoro può assumere personale con contratto a tempo determinato [...], ai sensi, [...], dell'articolo 1, comma 2, lettera *b*, della legge 18 aprile 1962, n. 230, [...], e con l'osservanza delle disposizioni delle leggi medesime».

3. — A partire dal 1987, le cose – almeno in parte – sono cambiate, visto che, con l'art. 23 della legge n. 56 dello stesso anno, la legge ha perso questa sorta di «monopolio» in tema di contratto di lavoro a tempo determinato, essendo stata attribuita anche alla contrattazione collettiva la facoltà di identificare eventuali e ulteriori ipotesi di legittima apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato.

E l'opportunità di tale facoltà, nel settore di cui ci si occupa, è stata immediatamente colta dalle parti sociali, le quali, già nel Contratto collettivo del 26 novembre 1994, hanno autorizzato le Poste Italiane, per quel che qui rileva, a «valersi delle prestazioni di personale con contratto a termine, oltre che nelle ipotesi già previste dalle leggi [...], nei seguenti casi: necessità di espletamento del servizio in concomitanza di assenze per ferie nel periodo giugno-settembre» (vedi art. 8, comma 2, del Ccnl 26 novembre 1994).

Successivamente, l'art. 25 del Ccnl dell'11 gennaio 2001 (sempre «ai sensi dell'art. 23, legge 28 febbraio 1987, n. 56, e successive modificazioni e integrazioni»), ha ribadito e confermato la precedente opzione e, quindi, tra «le [...] ipotesi aggiuntive a quel-

le di legge, per le quali la Società Poste Italiane avrebbe potuto «stipulare contratti di lavoro a tempo determinato», ha ancora una volta incluso la «necessità di espletamento del servizio in concomitanza di assenze per ferie nel periodo giugno-settembre» (con specifico riferimento alle Poste Italiane, è bene precisare che i sindacati non hanno limitato il loro intervento alla causale «sostitutiva», avendone aggiunte anche delle altre).

Com'è ovvio che fosse, non pochi problemi interpretativi hanno posto l'art. 23 della legge n. 56/1987 e le norme collettive che da questa disposizione hanno tratto la loro legittimità e di tutto ciò è dato adeguato conto nella recente sentenza n. 4588 del 2 marzo 2006, con la quale le Sezioni Unite della Cassazione, intervenendo nella materia *de qua*, hanno fugato dubbi e indicato approdi definitivi per chi è chiamato ad applicare la legge.

In tale pronuncia, le Sezioni Unite hanno confermato che l'art. 23 della legge n. 56/1987, per un verso, ha «attenuato» il rigore del sistema delineato dalla legge n. 230/1962, e, per altro verso, ha assegnato al sindacato un ruolo di primo piano nella «politica dell'impiego», riconoscendogli la facoltà di individuare, senza limitazioni di sorta, ulteriori ipotesi (anche solo di tipo «soggettivo»: nelle quali, cioè, a rilevare fosse la qualità della «persona» del lavoratore e non necessariamente le esigenze produttive) di legittima apposizione del termine al contratto di lavoro, tanto da concludere nel senso che «le assunzioni disposte ai sensi della legge 28 febbraio 1987, n. 56, art. 23, che demanda alla contrattazione collettiva la possibilità di individuare – oltre le fattispecie tassativamente previste dalla legge 18 aprile 1962, n. 230, art. 1, e successive modifiche, nonché dal d.l. 29 gennaio 1983, n. 17, art. 8-*bis*, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 marzo 1983, n. 79 – nuove ipotesi di apposizioni di un termine alla durata del rapporto di lavoro, configura una vera e propria “delega in bianco” a favore dei sindacati, i quali, pertanto, senza essere vincolati alla individuazione di figure di contratto a termine comunque omologhe a quelle previste dalla legge, possono legittimare il ricorso al contratto di lavoro a termine per causali di carattere “oggettivo” e anche – [...] – per ragioni di tipo meramente “soggettivo”, consentendo (vuoi in funzione di promozione dell'occupazione o anche di tutela delle fasce deboli di lavoratori) l'assunzione di speciali categorie di lavoratori, costituendo anche in questo caso l'esame congiunto delle parti sociali sulle necessità del mercato del lavoro idonea garanzia per i suddetti lavoratori e per una efficace salvaguardia dei loro diritti».

Per completezza di disamina, va, altresì, precisato che la Sezione lavoro della Cassazione ha, altresì, definitivamente chiarito che il contratto a termine autorizzato dalla contrattazione collettiva si inseriva pur sempre nel sistema delineato dalla legge n. 230/1962, condividendone la «sanzione della conversione del rapporto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato», la «regola in ordine all'onere della prova, imposto al datore di lavoro [...], sulla concreta sussistenza [anche] delle ipotesi di legittima apposizione del termine individuate dalla contrattazione collettiva», le «condizioni che giustificano l'eventuale proroga».

Orbene, alla luce di siffatti insegnamenti del S.C., se nessun dubbio può sorgere circa la legittimità delle clausole «sostitutive» contenute nei contratti collettivi per i dipendenti delle Poste Italiane sottoscritti nel 1994 e nel 2001, altrettanto deve ritenersi in ordine agli oneri probatori a carico del datore di lavoro e sulle conseguenze dell'eventuale illegittima assunzione a termine del lavoratore, che sono comunque rimasti quelli delineati dalla legge n. 230/1962.

Assolutamente in linea con tali conclusioni, infatti, i giudici di legittimità (Tra le tante, si veda Cass. 7 marzo 2005, n. 4862), pur avendo effettivamente riconosciuto che, ai fini della legittimità del termine, le Poste Italiane, nell'arco temporale coperto dalle disposizioni legali (Art. 23 della legge n. 56/1987) e sindacali (Art. 8, comma 2, del Ccnl 26 novembre 1994, e art. 25 del Ccnl 11 gennaio 2001) innanzi richiamate – diversamente da quanto previsto dall'art. 1, comma 2, lett. *b*, della legge n. 230/1962 –, non fossero tenute a indicare nel documento negoziale il nome del lavoratore sostituito, ha anche, però, lasciato fermo e impregiudicato l'onere, a carico del datore di lavoro, nell'ambito del processo, di «provare che nel periodo di tempo considerato dalla disposizione contrattuale sussisteva effettivamente la “necessità” di espletamento del servizio in concomitanza di assenze per ferie nel periodo giugno-settembre», visto che «l'effetto derogatorio nei confronti della legge n. 230/1962 attribuito alla contrattazione collettiva ex art. 23 della legge n. 56/1987 si arresta[va] all'art. 1 della legge del 1962 e, quindi, non intacca[va] il principio dell'onere probatorio a carico del datore di lavoro ex art. 3 di detta legge» (Esattamente in termini, vedi Cass. n. 4862/2005, che ha richiamato a conforto Cass. n. 15297/2004, Cass. n. 8366/2003, Cass. n. 3483/2000 e Cass. n. 7519/1998), dovendosi, almeno in sede giudiziale, doverosamente accertare l'effettività della sostituzione e, quanto meno, acquisirsi «la circostanza fattuale che nella filiale di assunzione il numero dei dipendenti assenti per ferie» fosse «almeno pari a quello dei dipendenti assunti a termine».

Ovviamente – è inutile sottolinearlo – la deroga al principio dettato dall'art. 1, comma 2, lett. *b*, della legge n. 230/1962, proprio perché legittimata da una norma negoziale, non ha mai avuto (né avrebbe mai potuto avere) una valenza generalizzata, potendo, al massimo, trovare applicazione alle sole categorie rappresentate dalle associazioni sindacali che quella deroga avevano voluto.

Questo significa che, al di là di quanto accaduto con riferimento alle Poste Italiane (o in altri specifici settori, come, per es., quello dell'industria alimentare e del terziario, nei quali è stata dettata, in sede sindacale, una disciplina «in deroga», analoga a quella di cui si sta qui discutendo), nel periodo di vigenza dell'art. 23 della legge n. 56/1987, la regola generale è rimasta sempre e solo quella per cui l'assunzione a termine per ragioni «sostitutive» non era consentita per la sostituzione di lavoratori in ferie e richiedeva, comunque, l'indicazione, nel documento negoziale, del lavoratore sostituito e della causa della sostituzione.

L'attribuzione al sindacato della facoltà di cui si è detto ha ovviamente creato – ma non è qui il caso di occuparsene – non pochi problemi sotto il profilo della parità di trattamento tra lavoratori (oltre che tra aziende), contribuendo a determinare una disciplina delle causali legittimanti l'apposizione a termine a «macchia di leopardo» e, quindi, uno scenario nel quale ciò che era legittimo per un'impresa non necessariamente lo sarebbe stato per un'altra.

Per quanto, su questo *thema*, molto altro ci sarebbe da aggiungere, ci si astiene dal farlo, dovendosi ritenere già sufficienti alla bisogna le informazioni fin qui date, visto che la fattispecie delibata dalla Corte barese è disciplinata dal d.lgs. n. 368/2001, che, tra le tante novità di cui si avrà modo di riferire nel prosieguo, ne ha certamente introdotta una: la «revoca» della «delega in bianco» introdotta dalla legge n. 56/1987 a favore del sindacato e, quindi, la perdita del potere sindacale di introdurre autonome fattispecie legittimanti l'apposizione del termine al contratto di lavoro.

In buona sostanza, a partire dal d.lgs. n. 368/2001, la legge ha nuovamente «monopolizzato» ogni potere di intervento sulla disciplina del contratto a tempo determinato e ha escluso che il sindacato potesse introdurre deroghe alla normativa legale.

Prova ne è che le parti sociali, nel Ccnl dei dipendenti delle Poste Italiane sottoscritto l'11 luglio 2003 (nella piena vigenza, quindi, del d.lgs. n. 368/2001), hanno doverosamente ommesso qualsiasi riferimento alle causali legittimanti l'apposizione del termine e, soprattutto, a quelle aggiuntive, già inserite nei precedenti contratti in forza dell'art. 23 della legge n. 56/1987.

Ciò significa che, quali che possano essere stati gli approdi interpretativi del S.C. nella vigenza dell'art. 23 della legge n. 56/1987 e dei contratti collettivi innanzi richiamati – che, in un certo senso, lo ribadiamo, hanno finito per convalidare regole «differenziate» da settore a settore (perché dipendenti dalla forza contrattuale del sindacato di riferimento) e di dubbia legittimità (se non altro sotto il profilo della parità di trattamento) –, correttamente la Corte d'Appello di Bari non ne ha tenuto conto, in quanto, con il d.lgs. n. 368/2001, è mutato il quadro normativo di riferimento e sono state nuovamente introdotte delle regole generali, eguali per tutti e, soprattutto, non più derogabili dalla contrattazione collettiva.

4. — Appena qualche mese dopo la stipula del Ccnl dell'11 gennaio 2001, infatti, in attuazione (per certi versi, maldestra) tanto della Direttiva n. 1999/70/Ce (relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces) che della cd. legge delega 29 dicembre 2000, n. 422 (cd. legge comunitaria del 2000), è entrato in vigore, nel nostro ordinamento interno, il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, che, com'è noto, ha ridefinito i contenuti della materia di cui oggi ci si occupa, abrogando espressamente «la legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni, [...], l'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, nonché tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo» (vedi art. 11, d.lgs. n. 368/2001).

Il significato profondo della riforma è stato chiarito dalle Sezioni Unite della Cassazione, le quali, nella già richiamata sentenza n. 4588 del 2 marzo 2006, hanno opportunamente chiarito che, con il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, si è ritornati «a limitare le assunzioni a termine soltanto a quelle connesse a ragioni di carattere oggettivo (“ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” [...])», con la conseguenza che mentre nella vigenza dell'art. 23 della legge n. 56/1987 «la fonte contrattuale» era «stata affiancata a quella legale per disciplinare l'attività imprenditoriale nella gestione della forza-lavoro», determinando un «rafforzamento del sindacato», detto «ruolo è stato poi drasticamente ridotto dal d.lgs. n. 368 del 2001, con relativa perdita di un effettivo controllo sul livello di flessibilizzazione presente in azienda».

Ciò significa che, una volta abrogato l'art. 23 della legge n. 56/1987, è venuta certamente meno (quantunque nel rispetto dei limiti temporali di cui all'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001) la legittimità delle causali collettive che in quella norma avevano trovato il loro fondamento e che, quindi, a partire dalla novella, per poter giustificare la legittimità del termine apposto al contratto di lavoro per ragioni sostitutive, nonostante la mancata menzione nel documento negoziale del nominativo del lavoratore sostituito e della causale della sostituzione, non sarebbe sta-

to più possibile, né sufficiente, fare mero riferimento alle disposizioni collettive innanzi richiamate.

A ciò va aggiunto, per completezza, che, essendo stata abrogata anche la legge n. 230/1962, la legittimità dell'assunzione a termine per ragioni sostitutive oggi trova il suo fondamento nel comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, che, pur consentendo, con una formula assai ampia, «l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere [...] sostitutivo», certamente non si sottrae a quegli stessi dubbi interpretativi che già furono dell'art. 1, comma 2, lett. *b*, della legge n. 230/1962 e che portarono, come già riferito, i giudici di legittimità a ritenere che il datore di lavoro potesse assumere a termine solo per causali sostitutive «attinenti a vicende anomale ed eccezionali del rapporto di lavoro e comportanti la sospensione del sinallagma (malattia, infortunio, gravidanza, puerperio, servizio militare, adempimento di funzioni pubbliche elettive ecc.), ma non nel caso di lavoratori assenti per ferie, le quali rientrano nel normale svolgimento del rapporto».

Quale che possa essere l'opinione che ciascun interprete abbia sul punto – e, per noi, non v'è dubbio che, dopo la novella (come, del resto, anche prima, quanto meno nei settori nei quali le parti sociali non vi abbiano derogato, nell'esercizio della facoltà accordata dalla legge n. 56/1987), la sostituzione legittimante l'apposizione del termine non possa mai riguardare i lavoratori assenti per ferie, trattandosi di fenomeno assolutamente fisiologico e prevedibile, al quale il datore di lavoro è tenuto a porre rimedio in maniera strutturale – non v'è dubbio che, laddove la disposizione *de qua* fosse interpretata nella maniera più ampia possibile (tanto da legittimare l'apposizione del termine tutte le volte che vi siano – e qualunque esse siano – delle esigenze sostitutive), vi sarebbe un arretramento di tutela per il lavoratore, tale da far ritenere violata la «clausola di non regresso» (clausola n. 8) di cui all'Accordo quadro recepito dalla Direttiva comunitaria, secondo cui «gli Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo» e in forza della quale «l'applicazione del [...] accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso».

Ed è proprio la «clausola di non regresso», in un certo senso, a ingessare l'interpretazione – per il vero di per sé già chiara – del comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, imponendo al datore di lavoro, in caso di assunzione a termine per esigenze sostitutive (sebbene non più sulla base dell'art. 1, comma 2, lett. *b*, della legge n. 230/1962, perché definitivamente abrogato), l'onere di indicare già nel contratto il nominativo del lavoratore sostituito e la causale della sostituzione.

Di tanto si ha la diretta, immediata e autorevole conferma nella più volte richiamata sentenza n. 4588/2006 delle Sezioni Unite della Cassazione, nella quale è stato opportunamente sottolineato come il legislatore del 2001, «nel momento in cui ha inteso innovare la materia con il superamento delle forme di assunzione a termine contrattualizzate», abbia «ritenuto di dovere ammortizzare il ridimensionamento delle tutele con il richiedere la specificazione in forma scritta delle ragioni giustificatrici del contratto a termine (di carattere tecnico, organizzativo o sostitutivo), al chiaro fine di agevolare il controllo giudiziario (chiamato a sostituire quello sindacale che si concretizzava nella tipizzazione delle diverse forme di assunzione al lavoro) sull'operato del datore di lavoro (Cfr., al riguardo, il d.lgs. n. 368 del 2001, art. 1, comma 2)».

5. — A seguito del d.lgs. n. 368/2001, l'onere della prova circa l'effettiva sussistenza della causale legittimante la conclusione del contratto a tempo determinato non è cambiato assolutamente.

Se è vero, infatti, che, nella vigenza della legge n. 230/1962, era espressamente previsto che «l'onere della prova relativa all'obiettiva esistenza delle condizioni che giustifica[va]no sia l'apposizione del termine al contratto di lavoro sia l'eventuale temporanea proroga del termine stesso» era «a carico del datore di lavoro» (art. 3) e che oggi, invece, il d.lgs. n. 368/2001 prevede espressamente tale onere solo in relazione «all'obiettiva esistenza di ragioni che giustificano l'eventuale proroga del termine stesso» (art. 4, comma 2), questo non significa affatto che, con riferimento al contratto iniziale, tale onere sia oramai venuto meno.

In tal senso, depongono gli atti parlamentari (Il rappresentante del governo, infatti, il 1° agosto 2001, ascoltato dalla Commissione lavoro, previdenza sociale del Senato della Repubblica sullo «schema di decreto legislativo recante attuazione della Direttiva n. 1999/70/Ce», ha precisato «che l'onere di provare le ragioni oggettive che giustificano l'apposizione del termine, anche per il primo contratto di lavoro, deve certamente intendersi a carico del datore di lavoro»: vedi <http://www.parlamento.it/Commissioni/Comm11/home2.htm>), i principi generali in tema di prova fissati dall'art. 2697 cod. civ. e la necessità, ancora una volta, di non violare la cd. «clausola di non regresso».

Spetta sempre e solo al datore di lavoro, dunque, l'onere di provare i fatti costitutivi dell'eccezione di legittimità del termine apposto al contratto di lavoro.

6. — Una volta ricostruito il quadro normativo di riferimento nei termini di cui innanzi, appaiono assolutamente condivisibili le conclusioni cui è pervenuta la Corte barese, che ha stigmatizzato la mancanza, nel documento negoziale, della causale della sostituzione (malattia, ferie, maternità, infortunio, aspettativa ecc.) – non essendo assolutamente sufficiente, a tal fine, la tautologica affermazione che l'assunzione si sarebbe resa necessaria per sostituire i lavoratori assenti – e del nominativo del soggetto (o dei soggetti) che il lavoratore avrebbe sostituito, rilevando che solo conoscendo in anticipo tali «essenziali» elementi contrattuali sarebbe stato possibile – per il ricorrente, prima, e per il giudice, dopo – verificare l'effettiva sussistenza del necessario nesso eziologico tra l'assunzione a tempo determinato del sostituto e l'assenza del sostituito.

Così, coerentemente con tale statuizione, la Corte d'Appello, dalla lacunosità del contratto individuale, ha fatto discendere l'inammissibilità delle richieste istruttorie datoriali, perché tese a provare una causale solo genericamente indicata nel documento negoziale e a sanare un vizio (assolutamente insanabile) del negozio.

7. — Quanto al grado di specificità che la prova deve avere nel processo – specie quando nel contratto non siano indicati né le ragioni dell'assenza del lavoratore da sostituire né il suo nominativo (e nonostante ciò, come spesso accade, il giudice consenta l'istruttoria) – va precisato che il datore di lavoro, per assolvere in maniera compiuta ai suoi oneri probatori, è, innanzi tutto, tenuto a dimostrare che le esigenze sostitutive fossero già in atto (o, quanto meno, gli fossero già note) alla data della stipula del contratto di lavoro a termine, non potendosi ritenere utile il riferimento a delle esigenze sostitutive solo casualmente sopravvenute e, quindi, non programmate.

Ciò significa che il datore di lavoro deve dimostrare che, all'epoca della sottoscrizione del contratto individuale di lavoro, avesse già contezza del personale che si sarebbe assentato nei mesi successivi e dei singoli periodi di assenza di ciascun dipendente (e in particolare di quelli che il lavoratore assunto a termine avrebbe eventualmente sostituito).

La prova datoriale deve, inoltre, essere diretta a dimostrare sia l'integrale copertura dei posti di lavoro in organico (in modo da escludere che l'assunzione a termine risponda alla necessità di far fronte a carenze di tipo strutturale) e sia l'inesistenza di altri contratti a tempo determinato con la medesima causale sostitutiva (si da evitare che le assunzioni a termine eccedano addirittura il numero dei lavoratori assenti).

Solo in questo modo si potrà, nel processo, raggiungere la prova della legittimità del contratto a termine e impedire abusi da parte dell'imprenditore.

8. — Qualche esempio servirà certamente a spiegare meglio quanto si va sostenendo.

Si faccia l'ipotesi che vi siano due dipendenti assenti per ferie e che il datore di lavoro provveda a sostituirli, assumendo altrettanti lavoratori a tempo determinato, ovviamente per la durata della loro assenza.

Se in ciascuno dei contratti individuali l'imprenditore andrà a indicare il nominativo del dipendente sostituito, ogni rapporto a termine sarà necessariamente condizionato solo dalle vicende di quest'ultimo (e, quindi, in caso di anticipato rientro di uno dei due lavoratori sostituiti, il datore di lavoro potrà risolvere solo il contratto a termine stipulato per la sostituzione di quel lavoratore).

Nel caso in cui, invece, nei contratti non vi sia questa indicazione, ma solo la generica previsione di sostituzione del personale assente, il datore di lavoro, in caso di rientro di uno dei due lavoratori assenti, potrà, a suo piacimento (*rectius*: in maniera assolutamente arbitraria), scegliere chi mandare via (e chi no) dei due lavoratori assunti a tempo determinato, arrogandosi, in tal modo, un diritto che certamente non gli compete, o, addirittura, far proseguire il rapporto con ambedue i lavoratori assunti a termine, nonostante sia venuta meno la ragione della sostituzione.

Ma v'è di più: si faccia il caso che al momento dell'assunzione «per ragioni sostitutive» non vi siano lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto e sia, invece, necessario assumere solo per far fronte a strutturali carenze organiche aziendali: ove mai dovessero sopravvenire, alla sottoscrizione del contratto, successive e imprevedibili assenze di uno o più lavoratori a tempo indeterminato, queste ultime – per quanto assolutamente estranee alla causale del contratto a tempo determinato – potrebbero essere «utilizzate» dall'imprenditore per dare legittimità a quel contratto.

E ancora: si pensi a un'azienda che abbia la necessità di sostituire un certo numero di dipendenti assenti e, contestualmente, di far fronte a delle carenze strutturali del personale, e che, nonostante ciò, proceda all'assunzione a termine del personale complessivamente necessario, utilizzando – per tutti – solo la causale «sostitutiva».

In questo caso, solo imponendo al datore di lavoro l'indicazione, in ciascun documento negoziale, del nominativo del lavoratore sostituito gli si potrà impedire di opporre a tutti i dipendenti assunti a tempo determinato l'esigenza sostitutiva (nonostante la parzialità della stessa).

Questo significa che, in corso di causa, il datore di lavoro non può e non deve limitarsi ad allegare e a provare che vi erano uno o più lavoratori assenti, ma che l'assunzione a termine del lavoratore sia stata effettuata per la consapevole necessità di sostituire proprio quel dipendente (o quei dipendenti) – della cui assenza, alla data di sottoscrizione del contratto, aveva già contezza – e che, nello stesso periodo, non ci sono state altre assunzioni con la stessa causale.

Insomma, la prova della legittimità del termine va data specificando la causale sostitutiva (per ferie, o per malattia, o per maternità ecc.), producendo l'organigramma aziendale (onde escludere carenze strutturali di personale), i fogli giornalieri delle presenze (al fine di verificare quali fossero, nel periodo in cui si è proceduto all'assunzione del lavoratore, i dipendenti a termine e quelli a tempo indeterminato e chi fosse rimasto assente e per quanto tempo), la copia dei contratti a termine sottoscritti nello stesso periodo (al fine di accertare quali fossero le causali utilizzate e da escludere che i dipendenti assunti a termine per ragioni «sostitutive» fossero addirittura superiori a quelli assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro) e delle domande di ferie (se l'assenza era dovuta a ferie) presentate dai lavoratori a tempo indeterminato (in modo da raggiungere la prova che, già alla data di assunzione del lavoratore, la società avesse consapevolezza delle effettive esigenze sostitutive e che queste non fossero eventualmente sopravvenute alla sua assunzione), nonché documentando, se del caso anche a mezzo di prova orale, l'effettiva sostituzione di questo o quel lavoratore assente (al fine di evitare che l'azienda eccepisca che più lavoratori a termine abbiano sostituito uno stesso lavoratore).

Per queste ragioni, assolutamente condivisibili devono, pertanto, ritenersi le conclusioni cui è pervenuta la Corte d'Appello di Bari anche con riferimento al contenuto che la prova deve avere in ipotesi di causale «sostitutiva».

9. — Abbiamo già avuto modo di segnalare come la diversa formulazione dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 rispetto all'art. 1 della legge n. 230/1962, più che i contenuti, riguardi la tecnica di individuazione delle fattispecie nelle quali sia legittima l'apposizione del termine.

Mentre, nel secondo caso, infatti, il legislatore ha individuato analiticamente le fattispecie nelle quali è consentita la stipula del contratto a tempo determinato, nel primo, invece, ha preferito procedere alla loro individuazione con una formulazione «astratta» e aperta (che, come già osservato in dottrina, richiama la terminologia usata in tema di trasferimenti dall'art. 13 Stat. lav. e, in parte, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dall'art. 3 della legge n. 604/1966), rimettendosi all'eventuale valutazione del giudice per il controllo circa la riconducibilità della causale specifica dedotta nel negozio individuale a quella astratta indicata nella legge.

Ciò sta a significare che il giudice è tenuto a valutare se le «ragioni» inserite nel contratto individuale, in quanto meramente e pedissequamente riproduttive di quelle legali, siano sufficientemente specifiche, tanto da ritenersi rispettato il contenuto precativo dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001, a mente del quale, nell'atto scritto, a pena di inefficacia, oltre al termine, devono «specificate [anche] le ragioni» per le quali si era fatto ricorso a tale tipologia contrattuale.

L'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001, lo si ribadisce, non lascia spazio a equivoci di sorta, visto che espressamente prevede che «la apposizione del termine è priva

di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1».

Tale disposizione è tanto chiara da non rendere assolutamente necessario il ricorso all'interpretazione.

Non a caso, la Cassazione, a Sezioni Unite, nella sentenza n. 4588/2006, ha affermato che «ciò emerge con indiscussa evidenza dal d.lgs. n. 368 del 2001, che, nel momento in cui ha inteso innovare la materia con il superamento delle forme di assunzioni a termine contrattualizzate, ha ritenuto di dovere ammortizzare il ridimensionamento delle tutele con il richiedere la specificazione in forma scritta delle ragioni giustificatrici del contratto a termine (di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo), al chiaro fine di agevolare il controllo giudiziario (chiamato a sostituire quello sindacale che si concretizzava nella tipizzazione delle diverse forme di assunzione al lavoro) sull'operato del datore di lavoro (cfr., al riguardo: d.lgs. n. 368 del 2001, art. 1, comma 2)».

Nel momento in cui sorge l'obbligo della motivazione, così come accade in forza dell'art. 3 della legge n. 604/1966 (per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo) e dell'art. 13, legge n. 300/1970 (per il trasferimento del lavoratore) – obbligo che, con riferimento al licenziamento e al trasferimento, sorge, a carico del datore di lavoro, solo a seguito di una specifica richiesta del lavoratore, mentre nei contratti a termine, per espressa previsione della norma innanzi richiamata, deve già essere assolto nel documento negoziale –, anche nel contratto a tempo determinato la causale dell'apposizione del termine deve essere «specifica», e cioè avere riguardo alla sede di assegnazione del lavoratore (non potendo il datore di lavoro credere di liberarsi dall'obbligo impostogli dalla legge limitandosi a dichiarare genericamente la sussistenza di «ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive», o, il che è lo stesso, a ritrascrivere il generico testo della normativa collettiva).

Diversamente – lo ribadiamo – al lavoratore, prima, e al giudice, poi, sarebbe impedito qualsivoglia controllo circa la riconducibilità di queste ragioni all'astratta fattispecie legale e/o contrattuale.

Absolutamente insufficiente deve, quindi, ritenersi la mera «trascrizione» della «causale» legale nel negozio individuale.

Il giudice – se, nel regime della legge n. 230/1962, era tenuto a verificare se il termine fosse giustificato dalla riconducibilità della causale dedotta in contratto nell'ambito della specifica casistica legale – nella vigenza del d.lgs. n. 368/2001, deve svolgere la stessa verifica, con un margine di «valutazione» ancor più ampio, dovendo accertare se la causale negoziale sia riconducibile alle esigenze indicate dalla legge in maniera più generale.

Solo la cristallizzazione di queste «specifiche» esigenze nel documento negoziale o, quanto meno, la loro indicazione nel processo può, per un verso, consentire di accertare la loro effettiva sussistenza, la loro liceità e il loro collegamento con le «sostituzioni» richiamate in contratto e, per altro verso, impedire all'azienda datrice di lavoro di modificarle – a suo piacimento, in corso d'opera e a seconda della «piega» presa dal processo – costringendola a rispettare i principi di specificità, di tempestività e di immutabilità dei motivi determinanti l'apposizione del termine al contratto di lavoro (che di quelli, ancor più generali, di correttezza e di buona fede contrattuale sono un'evidente espressione) [Per Balestrieri, *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina del contratto*

di lavoro a tempo determinato (d.lgs. delegato 6 settembre 2001, n. 368), in *Arg. dir. lav.*, 2002, pp. 165 ss., «le causali debbono essere specificate, non sarà pertanto sufficiente la generica ripetizione della formula di legge, né di quelle previste dai contratti collettivi nazionali stipulati *ex lege* n. 56 del 1987 (salvi in via transitoria)». Per De Angelis, *Su aspetti formali del contratto a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, fasc. 3, p. 767, «la specificazione delle ragioni per iscritto sembra avere tre finalità strettamente connesse tra di loro: assicurare al lavoratore la cognizione della motivazione per la quale è stato assunto, cristallizzare la causale rendendola immodificabile, permettere il controllo giurisdizionale sulle condizioni giustificatrici del termine»].

Diversamente, non v'è chi non veda come aumenterebbe ancor di più lo squilibrio già esistente tra le parti contraenti (che, come si sa, non operano certo in una situazione di parità), visto che, mentre il lavoratore, con evidente violazione del suo diritto alla difesa, sarebbe costretto a impugnare al «buio» il termine (non avendo preventiva contezza delle concrete ragioni che l'abbiano determinato), all'azienda, per converso, ove citata in giudizio, sarebbe riconosciuto il potere di specificare in qualsiasi momento i motivi, modulandoli a seconda dell'impostazione data dal ricorrente alla domanda introduttiva, mediante la deduzione di fatti e di circostanze, magari sopravvenute alla stessa stipula del contratto e non previste, né prevedibili, alla data di sottoscrizione del documento negoziale.

Domenico Carpagnano

Avvocato convenzionato con la Cgil di Bari e di Andria

CORTE D'APPELLO FIRENZE, 3 aprile 2007, Sez. lav. – Pres. Pieri, Est. Amato – F. (avv.ti Bellotti e Stramaccia) c. Bitumstrade Srl (avv. Baccetti).

Ferie – Fruizione di ferie consecutive e nell'anno di maturazione – Art. 10, d.lgs. n. 66/2003 – Interpretazione conforme all'art. 7, Direttiva n. 93/104 – Fruizione di ferie decisa unilateralmente dal lavoratore – Liceità – Violazione dei principi di cui all'art. 2109 cod. civ. – Assenza ingiustificata dal lavoro – Insussistenza – Licenziamento per giusta causa – Illegittimità.

In coerente adesione alle finalità della Direttiva n. 93/104 (come interpretata dalla Corte di Giustizia) e quindi allo scopo di assicurare il principio di effettività nella fruizione delle ferie, il periodo di due settimane consecutive di godimento delle ferie nell'anno di maturazione indicato dal comma 1 dell'art. 10, d.lgs. n. 66/2003, dev'essere considerato diritto insopprimibile del lavoratore, ed esso, dunque, può anche comportare in estrema ipotesi – allorché l'anno di maturazione si stia esaurendo – la unilaterale determinazione temporale da parte del lavoratore che, dal datore di lavoro, non abbia ricevuto indicazioni concrete circa l'effettivo godimento entro il 31 dicembre. (1)

L'obbligo di interpretazione conforme del d.lgs. n. 66/2003 alla normativa comunitaria (art. 7.2, Direttiva n. 93/104) e la necessità di rinvenire nel testo legislativo l'interpretazione cd. costituzionalmente adeguata – pur confermandosi la legittimità della «scissione» tra due quote di periodo feriale minimo (in linea con la previsione di diritto internazionale) con la seconda quota necessariamente fruibile (e non monetizzabile, se non per cessazione del rapporto di lavoro) entro l'ampio termine dei 18 mesi dal termine dell'anno di maturazione – consentono di affermare che lo spostamento delle ferie residue, maturate «oltre» le due settimane di legge, può essere determinato dal datore, dall'anno di maturazione più avanti, soltanto qualora (secondo le indicazioni già riferite da Corte Cost. n. 543/90) l'azienda comunichi e motivi esplicitamente il carattere eccezionale e imprevedibile delle esigenze di servizio, che non permettono il godimento anche della terza (contrattuale) settimana di ferie consecutive. (2)

(Omissis)

F. F. impugna la sentenza del Tribunale di Firenze che ha respinto l'impugnativa proposta contro il licenziamento intimatogli dalla società in epigrafe, con missiva datata 12 novembre 2004, per asserite assenze ingiustificate dal lavoro dal 18 al 29 ottobre precedenti, censurando la ritenuta violazione delle prerogative datoriali di cui all'art. 2109 cod. civ. valutata dal pri-

mo giudice. Eccepsisce, inoltre, l'omessa considerazione della disciplina collettiva da cui evince il suo diritto a fruire delle tre settimane di ferie indicate nella missiva del 15 ottobre 2004, all'esito di un lungo periodo di malattia decorso dal 13 luglio al 15 ottobre 2004, ai sensi dell'art. 16, comma 4, Ccnl del settore edilizio del 2000, e dell'art. 6 dell'integrativo provinciale di Firenze del 2002 in merito al periodo annuale di riposo, che prevedono che il godimento delle ferie debba avvenire nella misura di tre settimane consecutive nel periodo compreso tra i mesi di giugno, luglio e agosto (in cui tuttavia non ha potuto usufruirne), e censura la mancata valutazione da parte del Tribunale del comma 2 del citato art. 6, che dispone che il restante periodo debba essere concordato tra lavoratore e azienda.

Contesta anche come contraria alla buona fede la modalità con cui ha determinato di porsi in ferie all'esito del periodo di malattia, nonché la sussistenza delle vantate esigenze organizzative della Srl, rimarcando di aver svolto attività di manovale e la presenza di numerosi dipendenti con tale bassa qualificazione professionale.

F. F. conclude, pertanto, per la riforma dell'impugnata sentenza, la declaratoria dell'illegittimità del licenziamento perché privo di giusta causa o giustificato motivo e comunque sproporzionato, nonché per le conseguenze tutte ex art. 18 Stat. lav. (*Omissis*).

1. I dati di fatto sono sostanzialmente pacifici e delineano una fattispecie del tutto peculiare che inizia con il periodo di malattia del lavoratore, il cui esordio è il 13 luglio 2004.

Questa circostanza ha impedito a F. F. di godere delle ferie per l'anno 2004 secondo le modalità dettate dalla contrattazione collettiva applicabile che esplicitamente afferma che tale godimento deve avvenire in ogni caso nella misura di tre settimane consecutive nel periodo estivo (ossia nei mesi da giugno ad agosto), premurandosi di sottolineare che le obiettive esigenze produttive e tecnico-organizzative delle imprese edili possono comportare, tramite accordo delle parti (da intendersi sia quelle collettive sia individuali dei singoli rapporti di lavoro, a seconda dell'ambito di competenza), lo scaglionamento in tale ambito temporale dei lavoratori nell'assegnazione delle ferie.

Giunta a conclusione la malattia soltanto con la settimana lavorativa che si è chiusa con il venerdì 15 ottobre 2004, il lavoratore in pari data 15 ottobre 2004 ha informato l'azienda dell'intenzione di godere delle tre settimane consecutive di ferie assicurate dalla contrattazione a partire dal lunedì successivo, 18 ottobre. Con missiva dello stesso 18 ottobre Bitumstrade ha risposto di non essere d'accordo sulla decisione del F. F. di porsi in ferie dal giorno 18 invocando «esigenze tecniche-organizzative per la ns. società» e invitando il dipendente a riprendere il lavoro «in data odierna».

(*Omissis*) Dopo la contestazione dell'assenza ingiustificata datata 29 ottobre 2004, la società ha licenziato in tronco l'odierno appellante per le assenze dal lavoro ritenute ingiustificate dal 18 al 29 ottobre 2004.

2. L'esposto dato cronologico mostra aspetti di decisivo rilievo per l'inquadramento e la definizione delle questioni giuridiche da affrontare per determinare l'esito della controversia; aspetto che tuttavia è stato del tutto trascurato dai difensori di entrambe le parti, i quali hanno articolato difese focalizzate esclusivamente sulla portata e sulla interpretazione della disciplina contrattuale e di quella generale dell'art. 2109 cod. civ.

Eppure, l'essere ricaduti i fatti di causa sul finire dell'anno 2004 rende evidente che la soluzione giuridica della controversia tra F. F. e Bitumstrade passa – oltre che dalle regole contrattual-collettive citate e dall'inquadramento (oramai, come si vedrà, solo di principio, se non residuale) dettato dal codice sostanziale del 1942 – *ratione temporis* in primo luogo dalla disciplina dell'art. 10, d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, anche come modificata dal d.lgs. n. 213/2004, e da quella che rappresenta l'origine della nuova normativa italiana in tema di orario di lavoro, ossia la Direttiva n. 93/104/Ce, in talune parti rivista dalla Direttiva n. 2000/34/Ce.

3. Sono queste, in effetti, le fonti più specifiche a cui riferirsi per la definizione della lite, a causa del cambiamento di paradigma che prima la disciplina sovranazionale e quindi quella nazionale del 2003 hanno realizzato in materia rispetto agli assetti sostanziali e interpretativi del precedente regime. Quest'ultima affermazione non nega la persistente validità delle indicazioni generali di cui all'art. 2109 cod. civ. (che tra l'altro rappresenta l'esplicito sfondo di riferimento dello stesso art. 10, d.lgs. n. 66/2003: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 2109 del codice civile»), ma implica che quelle ricostruzioni interpretative, generate dal dettato dei commi 2 e 3 della disposizione codicistica in tema di ferie, vengano conformate alle (vadano cioè quanto meno rilette e integrate dalle) esplicite finalità di peculiare garanzia espresse nella successiva disciplina comunitaria e nella trasposizione italiana di essa coordinandole in principal modo ai limiti che incontra ora la scelta della concreta individuazione del periodo feriale (e finanche della eventuale mancata fruizione di esso con «monetizzazione» del riposo annuale), che l'interpretazione della disciplina dell'art. 2109, già peraltro integrata dalle previsioni in materia introdotte dalla Costituzione del 1948, ha sempre continuato a valutare in ultima istanza essere (pur dovendosi in prima battuta tener conto «delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro») appannaggio del datore di lavoro (per tutte vedi Cass. n. 7951/2001) che ha la facoltà di opporre un diniego determinato e giustificato da valide esigenze oggettive della produzione aziendale alla fruizione del periodo feriale richiesto dal prestatore di lavoro (Cass. n. 10622/2002).

4. Su questa risalente e solo in parte e in vario modo mitigata affermazione si è sedimentato l'orientamento giurisprudenziale, ampiamente richiamato dalla difesa della società e al quale hanno fatto corvivo riferimento le decisioni cautelari e di merito di primo grado, ai sensi del quale il lavoratore non ha la facoltà di unilaterale fissazione del periodo in cui fruire delle ferie maturate, essendo comunque il diritto di costui condizionato dall'assenso (anche se certamente non dall'arbitraria determinazione) del datore di lavoro, sebbene l'interpretazione giudiziale si sia sempre premurata di ribadire la indisponibilità del riposo annuale (per tutte vedi Cass. n. 9760/2000) nonostante questa impegnativa affermazione di principio abbia ricevuto pressoché in generale realizzazione attraverso monetizzazioni risarcitorie della mancata concreta fruizione del diritto pur declinato come irrinunciabile.

Un ripensamento – pur sempre interno all'inquadramento sistematico finora richiamato – ha riguardato un profilo di tipo psico-sociologico, con apprezzabili ricadute d'ordine giuridico, tuttavia, avendo l'esegesi dell'istituto colto che il diritto alle ferie annuali costituzionalmente tutelato non è espressione della mera necessità di ristoro delle energie usurate dalla prestazione lavorativa, quanto vero e proprio «tempo libero» del prestatore volto alla realizzazione delle esigenze peculiari della vita non lavorativa della persona (così Cass., Ss.Uu., n. 14020/2001).

5. La trasposizione in ambito nazionale della disciplina europea, intervenuta con il d.lgs. n. 66/2003 per tutte le questioni concernenti l'organizzazione dell'orario di lavoro, impegna l'interprete avveduto a una rilettura dei parametri di riferimento, degli specifici canoni valutativi con cui è stata – pur con la portata tuttora convincente e indispensabile del cruciale principio costituzionale dell'art. 36, comma 3 – in precedenza trattata la questione del diritto del lavoratore a fruire del riposo annuale.

Questo, come evidenziato con precisione dalla dottrina che ha esaminato il combinato disposto della Direttiva del 1993 e del decreto del 2003, anche in ragione della nettezza con cui la disciplina comunitaria (e quella nazionale di derivazione) ha in primo luogo – mediante la perentoria indicazione del citato paragrafo 2 dell'art. 7, Direttiva n. 93/104 – di fatto escluso che il periodo minimo di quattro settimane di ferie possa essere sostituito da un'indennità, e possa, cioè, essere monetizzato, giacché è necessario, «al fine di garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori della Comunità», che costoro beneficino di periodi minimi di riposo anche di tipo annuale (Considerando 5 della Direttiva del 1993).

Va ricordato al proposito che la questione in esame è stata sempre dalla giurisprudenza comunitaria (cui spetta dettare l'interpretazione della fonte sovranazionale) inquadrata in maniera molto precisa, affermandosi (a partire dalla nota sentenza *Bectu*: Corte di Giustizia Ce 26 giugno 2001, C-

173/99; vedi anche la recente Corte di Giustizia Ce 6 aprile 2006, C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*) essere il diritto alle ferie annuali retribuite «principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario, al quale non si può derogare e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla Direttiva stessa» (punto 43 sentenza *Bectu*; punto 28 sentenza *FN.V.*; punto 29 di Corte di Giustizia Ce 18 marzo 2004, C-342/01, *Merino Gomez*).

(*Omissis*). Dunque, è argomentabile che sia stato anche questo impianto del sistema giuridico sovranazionale e la previsione del diritto alle ferie come diritto fondamentale del lavoratore a condurre la riflessione al punto da coerentemente riconfermare i giudici di Lussemburgo l'importanza del citato art. 7.2 della Direttiva n. 93/104/Ce, nel senso di consentire la sostituzione del diritto alle ferie annuali con una compensazione finanziaria soltanto nel caso in cui si ponga termine al rapporto di lavoro senza la possibilità di fruire delle ferie nel frattempo maturate (punto 44 sentenza *Bectu*; punto 30 sentenza *Merino Gomez*; punto 29 sentenza *FN.V.*) (*Omissis*).

6. Richiamare l'istituto della «monetizzazione» delle ferie non deve essere valutato un fuor d'opera nella controversia in esame, che attiene alla legittimità o meno della fruizione effettiva del periodo feriale determinata unilateralmente dal lavoratore. Va chiarito, infatti, che la maggiore tutela accordata al principio di effettività e la conseguente marginalità assunta dal godimento solo indennitario e non effettivo del riposo annuale hanno come riflessi necessitati, da un lato, l'implicita ammissione della fruibilità di esso anche tardiva a richiesta del lavoratore e, dall'altro, l'affermazione della sussistenza di un diritto concretamente esigibile da parte del lavoratore, non solo all'astratta considerazione (anche economicamente valutabile, allora) dell'attribuzione di un periodo di riposo quanto piuttosto (anche se all'interno di determinati limiti) al concreto adempimento datoriale della fruizione intransuale delle ferie maturate.

7. Sulla previgente disciplina italiana, pur interpretata secondo i ricordati canoni costituzionali, la radicale scelta sovranazionale (così come interpretata dalla Corte di Giustizia) in favore dell'effettività del diritto e non della sua monetizzazione non poteva non realizzare un forte impatto conformativo nonostante una trasposizione (il citato art. 10) non del tutto coerente con il dato normativo comunitario: da un canto, infatti, è stato inserito in via esplicita il principio dell'esclusione di ogni monetizzazione del periodo di ferie «salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro» (comma 2); dall'altro, il comma 1 (come sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. *d*, d.lgs. 9 luglio 2004, n. 213) ha «segmentato» il principio di cui all'art. 7.1 della Direttiva n. 104 (almeno quattro settimane di ferie annuali retribuite) con la previsione che il

periodo minimo di quattro settimane «va goduto per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione», abilitando tuttavia la contrattazione a introdurre eventuali diverse condizioni che devono intendersi – stante il «tetto» minimo comunitario – soltanto di tipo migliorativo.

8. È opportuno ricordare, inoltre, che il principio della tendenziale fruizione del periodo di riposo annuale nell'anno di maturazione non risultava estraneo al regime normativo italiano, in base soprattutto alle forti affermazioni del giudice delle leggi, secondo il quale la disposizione contenuta nel comma 3 dell'art. 36 Cost. garantisce la soddisfazione di primarie esigenze del lavoratore, per cui quest'ultimo ha il diritto di godere delle ferie «entro l'anno e non dopo un anno di ininterrotto lavoro»: così già Corte Cost. n. 66/63 e n. 16/69, intervenute sull'originario dettato degli artt. 2109 e 2243 cod. civ., riprese da Corte Cost. n. 543/90 per la definizione dei limiti del legittimo rinvio del godimento all'anno successivo del diritto alle ferie previsto dalla disciplina speciale degli autoferrotranvieri (art. 22, comma 6, all. A, r.d. n. 148/31), precisando che le esigenze di servizio idonee a tale slittamento devono essere eccezionali e motivate.

9. Sulla base di tali premesse d'inquadramento sistematico si palesa necessario estrapolare dalla disciplina nazionale conseguenze che per un verso non «tradiscano» l'ispirazione comunitaria a cui danno attuazione e per un altro – in forza del richiamo operato dal d.lgs. n. 66 all'art. 2109 cod. civ., espressione di un principio di ragionevolezza certamente presente anche nella normativa sovranazionale – non impediscano qualsiasi forma di temperamento con le esigenze contrapposte del datore di lavoro. Non si tratterà di lasciare alla mera determinazione di opportunità dell'impresa la definizione del godimento concreto del riposo feriale dei lavoratori, ma neanche di rendere questi ultimi gli unici arbitri della integrale individuazione del periodo consecutivo delle ferie da godere.

Sulla scorta di una proposta interpretativa della dottrina – che rifiuta la lettura dell'art. 10 in esame come antagonista rispetto alla Direttiva n. 104 accompagnata anche dal dubbio sulla legittimità di esso in riferimento all'art. 36 Cost. del comma 1 – questa Corte distrettuale ritiene che certamente, in coerente adesione alle finalità della Direttiva n. 104 (come interpretata dalla Corte di Lussemburgo) e quindi allo scopo di assicurare il principio di effettività nella fruizione delle ferie, il periodo di due settimane consecutive di godimento delle ferie nell'anno di maturazione indicato dal comma 1 del citato art. 10 deve essere considerato diritto insopprimibile del lavoratore ed esso, dunque, può anche comportare in estrema ipotesi – allorché l'anno di maturazione si stia esaurendo – la unilaterale determinazione temporale del

lavoratore, che dal datore non abbia ricevuto indicazioni concrete circa l'effettivo godimento entro il 31 dicembre.

10. Analogo regime, in ragione della disciplina collettiva invocata dall'appellante in questa lite (ossia l'art. 16 Ccnl edilizia del 2000 e l'art. 6 dell'integrativo per la Provincia di Firenze del 2002), deve trovare la terza settimana «consecutiva» alle due individuate dall'art. 10, d.lgs. n. 66/2003, che – come sopra rilevato – fa salve le previsioni degli accordi tra le parti sociali (senza specificazione di livello). Anzi, la disciplina contrattuale fissa un ambito di riferimento temporale ancora più stringente, giacché le tre settimane ivi considerate devono essere fruite nei tre mesi estivi; peraltro, è del tutto logico ritenere che, nel caso in cui la fruizione di tale periodo minimo non sia possibile per questioni oggettive (quale, ad es., il lungo episodio morboso che ha colpito F. F.), debba subentrare la disciplina generale del godimento intransuale di tale periodo minimo.

11. Qualora tuttavia non si ritenga di pervenire al risultato ora mostrato anche per la terza settimana di cui alla contrattazione collettiva applicabile, in quanto la «salvezza» delle clausole aggiuntive di natura contrattuale non fosse ritenuta riferibile alla «durata» della garanzia di ferie intrannuali per il presunto «squilibrato» (irragionevole) bilanciamento tra il diritto del lavoratore e le esigenze dell'impresa che ne deriverebbe, ad avviso della Corte, la conseguenza non si discosterebbe dal risultato già acquisito *ex art. 6 c.i. provinciale*.

Infatti, da un lato, a) l'obbligo di interpretazione conforme (attribuito, com'è noto, dalla Corte di Lussemburgo al giudice nazionale al fine di assicurare la corretta attuazione della disciplina europea nei singoli Stati membri) del d.lgs. n. 66/2003 alla sopra ricostruita caratura della normativa sovranazionale: l'art. 7.2, Direttiva n. 93/104/Ce, vietando la monetizzazione delle ferie non godute e ignorando in linea generale il godimento frazionato nel tempo (a differenza della rammentata seconda parte del comma 1 dell'art. 10 della legislazione italiana), sceglie con vigore la strada della fruizione del riposo feriale entro l'anno di maturazione, anche se il paragrafo 1 dello stesso art. 7 con lungimirante prudenza rimanda il godimento del beneficio delle quattro settimane di ferie retribuite alle «condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali»; dall'altro, b) la necessità di rinvenire nel testo legislativo l'interpretazione cd. costituzionalmente adeguata – pur confermandosi la legittimità della «scissione» tra due quote di periodo feriale minimo (in linea con la previsione di Diritto internazionale dell'art. 9.1 della Convenzione Oit n. 132/70, ratificata in Italia con la legge n. 157/81) con la seconda necessariamente fruibile (e non monetizzabile, se non per cessazione del rapporto di lavoro) entro l'ampio termine dei 18 mesi dal termine dell'anno di maturazione – consentono di af-

fermare che lo spostamento delle ferie residue, maturate «oltre» le due settimane di legge, può essere determinato dal datore di lavoro dall'anno di maturazione più avanti soltanto qualora (secondo le indicazioni già riferite del giudice nazionale delle leggi: Corte Cost. n. 543/90) l'azienda edile comunichi e motivi esplicitamente il carattere eccezionale e imprevedibile delle esigenze di servizio che non permettono il godimento anche della terza (contrattuale) settimana di ferie consecutive.

12. Alla luce di questa ricostruzione del quadro normativo complessivo da cui attingere la soluzione della controversia, il comportamento del lavoratore che all'esito della malattia ha chiesto la fruizione del riposo feriale secondo le indicazioni della disciplina contrattuale di settore non si mostra passibile della reazione datoriale che ha condotto al licenziamento. (*Omissis*)

Bitumstrade Srl ha altresì omesso di palesare al lavoratore, con cui dichiarava di non essere d'accordo per la fruizione delle tre settimane di ferie a decorrere dal 18 ottobre, la natura peculiare e davvero ostativa delle «esigenze tecniche-organizzative» vantate genericamente nella risposta in data 18 ottobre 2004 (ossia l'esistenza di «situazioni eccezionali non previste né prevedibili», di «esigenze di servizio [con] carattere di eccezionalità»: ancora Corte Cost. n. 543/90, punto 3) che avrebbero potuto consigliare e far concordare il (necessariamente) breve slittamento delle tre settimane consecutive di ferie (*Omissis*).

13. (*Omissis*) In tale situazione complessiva, pertanto, ad avviso del Collegio, le assenze dal lavoro dal 18 ottobre in avanti non configurano una forma di illegittima e meramente presunta autotutela del prestatore di lavoro, ma rappresentano l'esercizio (intransigente sì, ma lecito) del diritto fondamentale al riposo annuale che stava per essere irrimediabilmente frustrato dall'altrettale e inadeguatamente motivata irremovibilità dell'azienda.

(*Omissis*). Dalla insussistenza dell'addebito discende *de plano* la illegittimità del recesso. La sentenza di primo grado deve pertanto essere integralmente riformata. (*Omissis*)

(1-2) LE FERIE ANNUALI TRA DIRITTO ALLA AUTODETERMINAZIONE ED ECCEZIONALITÀ DEL RINVIO

1. — *Loggetto della fattispecie* — La sentenza della Corte d'Appello di Firenze, che qui si annota (Edita anche in *Not. giur. lav.*, 2007, p. 317, e in *D&L*, 2007, p. 795, con nota di Romoli, *Monetizzazione delle ferie e fruibilità per un periodo continuativo: legislazione comunitaria e applicabilità all'ordinamento nazionale*, p. 802), risulta di particolare rilievo, nell'ambito della riflessione giurisprudenziale più recente in tema di ferie, perché si occupa di una fattispecie molto problematica fra quelle inerenti le modalità di concreta fruizione del diritto: il giudice di merito, infatti, viene chiamato a valutare la

legittimità di un licenziamento intimato nei confronti di un lavoratore che, avendo deciso autonomamente di godere delle ferie maturate nell'anno, lo ha comunicato al datore di lavoro senza attendere il consenso di quest'ultimo per dar corso all'esercizio del suo diritto.

In via preliminare, va evidenziato che la fattispecie oggetto della controversia non costituisce un *novum* nel panorama giurisprudenziale, dal momento che la legittimità della «autodeterminazione» a «mettersi in ferie» è già stata dichiarata da una parte della giurisprudenza, sebbene solo di merito e comunque minoritaria, nel corso degli anni novanta e, successivamente, anche in sentenze di poco anteriori alla decisione in esame.

Tuttavia, nonostante l'esistenza di alcuni precedenti giurisprudenziali che hanno adottato decisioni in linea con quella in epigrafe, sui quali si ritornerà nel corso dell'analisi, ciò che rende innovativa la decisione in commento è la sua costruzione argomentativa e la scelta dei principi interpretativi sui quali fondare la soluzione del caso concreto.

Il procedimento logico-giuridico su cui si basa la decisione favorevole della Corte d'Appello è, infatti, una coerente applicazione del principio di interpretazione cd. adeguatrice della norma nazionale, che attualmente disciplina il diritto alle ferie (articolo 10, d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004), rispetto a quella comunitaria, di cui la prima è attuazione (articolo 7 della Direttiva n. 93/104/Cee, non modificato dalla Direttiva n. 2000/34/Ce né da quella di codificazione n. 2003/88/Ce).

Difatti, la consapevolezza espressa dalla Corte in apertura della motivazione – che costituisce la linea guida dell'intera argomentazione – è che il mutamento del contesto normativo all'interno del quale si colloca temporalmente la fattispecie (dovuto all'entrata in vigore del d.lgs. n. 66/2003) renda metodologicamente sbagliato esaminare la controversia solo alla luce del combinato disposto degli articoli 36 Cost. e 2109 cod. civ. e imponga, invece, all'interprete di effettuare un'integrazione tra il quadro normativo finora vigente – con i principi interpretativi maturati in quel contesto – e i contenuti e le finalità proprie del nuovo assetto dispositivo.

L'esame dei passaggi centrali della sentenza consente, quindi, per un verso, di trarre degli spunti di riflessione in ordine al livello di tutela che nel contesto legislativo attuale può essere riconosciuto all'istituto delle ferie annuali e, per altro verso, di acclarare in quale misura le affermazioni in essa contenute contribuiscano a rafforzare le garanzie esistenti.

2. — *La giurisprudenza sull'art. 36, comma 3, Cost.* — Come adeguatamente ricostruito dal giudice di merito, il quadro normativo anteriore all'attuazione della Direttiva comunitaria era costituito dalle disposizioni costituzionale e codicistica, di cui si è detto, integrate da quelle della legge n. 157/1981 (di ratifica della Convenzione Oil n. 132/1970), che prevedeva all'art. 3, comma 3, un periodo minimo di congedo annuale pari a 3 settimane; agli artt. 8, comma 2, e 9, comma 1, disponeva che tale periodo minimo potesse essere goduto in modo frazionato, e cioè per almeno due settimane consecutive nel corso dell'anno di maturazione, e, per il restante periodo, nel termine più ampio di diciotto mesi dalla scadenza dell'anno di riferimento.

Il contesto normativo appena descritto è stato caratterizzato dall'esistenza di un iato tra la giurisprudenza costituzionale elaborata sui principi contenuti nell'articolo 36, comma 3, Cost., da un lato, e la giurisprudenza di legittimità (nonché gran parte di quella di merito) inerente al concreto esercizio del diritto, dall'altro; un distacco

che ha progressivamente determinato una situazione di parziale ineffettività del diritto alle ferie nel nostro ordinamento.

In sede di interpretazione della disposizione costituzionale, infatti, la Consulta ha sostenuto in modo perentorio il carattere irrinunciabile delle ferie, alle quali va riconosciuto il valore di diritto della persona e non del lavoratore, dal momento che la tutela costituzionale assicurata al riposo annuale persegue la duplice finalità della protezione della salute (ovvero del ristoro delle energie psico-fisiche usurate dal lavoro svolto nell'anno) e della garanzia del tempo libero, come periodo dell'anno che il singolo può dedicare alla cura e realizzazione di sé stesso (La qualificazione del diritto alle ferie come diritto irrinunciabile della persona è il risultato di un percorso interpretativo che ha le sue tappe essenziali nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 66 del 1963, in *Mass. giur. lav.*, 1963, p. 286; Corte Cost. n. 69 del 1986 e n. 543 del 1990, in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 1, con nota di Sbrocca, *In tema di annualità delle ferie*, nonché in *Giur. Cost.*, 1990, p. 3120, con nota di Colapietro, *Corte Costituzionale e razionalizzazione legislativa: ancora una pronuncia «audacemente sostitutiva»*; tale qualificazione è stata recentemente ribadita nella giurisprudenza di legittimità dalla Cass., Ss.Uu., n. 14020 del 2001, con nota di Senatori, *Concorso tra cause sospensive della prestazione di lavoro: profili giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, p. 3).

Sulla base di questo profilo teleologico, la Consulta ha poi anche affermato la necessaria annualità del godimento delle ferie, codificando in questo modo un principio che – nello schema argomentativo della fondamentale sentenza n. 66 del 1963 – fungeva da necessaria premessa logica al conseguente riconoscimento del diritto alle ferie, sebbene «riproporzionato», anche ai dipendenti con un'anzianità di servizio o con un contratto di durata inferiore a un anno intero, e al quale doveva essere automaticamente riconosciuto il valore di regola di carattere generale e immediatamente precettiva.

Il quadro delle prescrizioni desumibili dall'articolo 36 Cost. è stato successivamente completato dalla predetta sentenza n. 543 del 1990, nella quale la dichiarazione di illegittimità di una norma speciale (l'art. 22, r.d. n. 148/1931 sulla disciplina del personale autoferrotranviario), che consentiva in via ordinaria il rinvio delle ferie maturate nell'anno a quello successivo, ha permesso alla Corte di affermare che con la regola dell'annualità contrasta palesemente l'attribuzione al datore di lavoro della facoltà di rinvio esercitata in modo «a-causale».

Seguendo il procedere argomentativo della Corte in quella sentenza, si poteva già ragionevolmente dedurre che, se l'osservanza del principio di intro-annualità non comporta la perdita della discrezionalità datoriale nella collocazione temporale delle ferie (potere riservato all'imprenditore dall'articolo 2109 cod. civ.), allo stesso modo l'esercizio di tale prerogativa non può essere effettuato in modo da *vanificare* le finalità cui è preordinato l'istituto: la compromissione degli obiettivi tutelati dall'articolo 36, comma 3, Cost. sarebbe *in re ipsa*, per la Consulta, proprio nell'ipotesi in cui il datore di lavoro posticipi nel tempo il momento di godimento delle ferie mediante rinvii continui, ingiustificati e dilatori, rendendo così impossibile al lavoratore realizzare il proprio diritto al riposo.

Al contrario, il giusto contemperamento tra prerogativa datoriale e rispetto dell'annualità delle ferie è individuabile, secondo il giudice delle leggi, nella regola in base alla quale le ferie annuali (o, meglio, la quota «essenziale» di esse, di cui si dirà a breve) possono essere rinviate all'anno successivo soltanto in presenza di *esigenze eccezionali e imprevedibili*, che siano adeguatamente motivate ai lavoratori interessati.

In definitiva – rinviando a un altro momento l'analisi del profilo della giustificatezza del rinvio, trattato dalla sentenza della Corte d'Appello di Firenze – se l'articolo 2109 cod. civ. impone al datore di lavoro di effettuare una calendarizzazione delle ferie su base annuale è evidente che questa programmazione debba (cioè non possa non) essere effettuata alla luce delle ordinarie esigenze di servizio, con l'inevitabile conseguenza che un rinvio oltre l'anno, disposto per sopperire a necessità organizzative «normalmente prevedibili», è indicatore di un intento «fraudolento» verso le garanzie del singolo.

3. — *La giurisprudenza sull'art. 2109 cod. civ.* — Le affermazioni fatte dalla Corte Costituzionale nel 1990 sono intervenute in un contesto giurisprudenziale nel quale la Cassazione – nell'esegesi dell'art. 2109 cod. civ. – aveva già definito le modalità dell'esercizio del diritto e i limiti reciproci che gravano sulla posizione dei due contraenti rispetto al godimento del riposo annuale, consolidando il principio in base al quale il compito di collocare il periodo feriale è totale appannaggio del datore di lavoro, in quanto partecipe della doppia natura di obbligo contrattuale a suo carico ed espressione del potere organizzativo riservatogli dalla Costituzione nell'esercizio dell'attività di impresa.

In linea generale, le principali sentenze di legittimità hanno contribuito a configurare il riposo annuale come un diritto che, se sotto il profilo della maturazione non può subire alcun tipo di restrizione, dal punto di vista del godimento, invece, è sottoposto all'obbligo del contemperamento con gli opposti interessi aziendali e alla condizione dell'assenso del datore di lavoro.

In questo orientamento ha trovato collocazione, da un lato, quella giurisprudenza che ha considerato sanzionabile, perché ingiustificata, l'assenza unilaterale motivata dalla decisione di godere di giorni di ferie in un periodo diverso da quello prestabilito e contro l'espresso diniego del datore di lavoro, dal momento che questo comportamento si pone in aperto contrasto con l'adeguata organizzazione del lavoro in azienda (Tra le più rilevanti, vedi Corte di Cassazione n. 5393/1992, in *Mass. giur. lav.*, 1992, p. 492; ma per altre citazioni vedi Giuliani, *Le ferie annuali*, in Aa.Vv., *Orari e tempi di lavoro: le nuove regole*, in *I saggi di Not. giur. lav.*, n. 6, Bancaria ed., Roma, pp. 163 ss., sul punto p. 168, note 17-19); dall'altro lato, quella giurisprudenza che, in caso di opposizione tra gli interessi del singolo e dell'impresa nella scelta della collocazione del periodo, ha imposto la necessaria prevalenza di quelli aziendali (Su questo profilo, vedi le pronunce della Cassazione n. 7055/1983 e n. 3525/1984, entrambe in *Not. giur. lav.*, 1984, rispettivamente p. 84 e p. 574, riportate nell'attenta ricostruzione critica di Giuliani, cit., p. 167, nota 12).

Inoltre, fino alla fondamentale sentenza della Cassazione n. 2569/2001 (In *Lav. giur.*, 2001, n. 6, p. 549, con nota di Sgarbi, *Fruizione tardiva delle ferie o indennizzo: sceglie il lavoratore*, p. 552) –, che ha riconosciuto al lavoratore la possibilità di chiedere il godimento cd. tardivo delle ferie, oltre l'anno di maturazione, quale modalità di risarcimento in forma specifica (*ex art. 2058 cod. civ.*) per il mancato rispetto del limite temporale annuo, e che ha dato così «cittadinanza» al principio di effettività delle ferie nel nostro ordinamento (Il virgolettato appartiene a Bavaro, *Il principio di effettività del diritto alle ferie nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, nota a Corte di Giustizia Ce 6 aprile 2006, C-124/05, F.N.V. c. Paesi Bassi, e a Corte di Giustizia Ce 16 marzo 2006, C-131/04 e C-257/04, Robinson-Steele c. R. D. Retail Service Ltd. e altri, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 1333, sul punto p. 1343) –, un elevato rischio di ineffettività del diritto

alle ferie poteva discendere dall'opzione interpretativa che considerava esaurito il potere datoriale di disporre le ferie a seguito dell'infruttuoso trascorrere dell'anno di riferimento (In questo senso vanno menzionate, tra le più importanti, Corte di Cassazione n. 13258 e n. 13860 del 2000, entrambe in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 73; Corte di Cassazione n. 13980/2000, in *Lav. giur.*, 2001, n. 2, p. 144, con nota di Sgarbi, *Il punto in tema di ferie lavorate, sia presso il datore abituale che presso altri*, *ivi*, p. 149, nonché in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 504, con nota di Calafà, *Ferie forzate e crisi di azienda*, *ivi*; Corte di Cassazione n. 7951/2001, in *Lav. giur.*, 2002, p. 56, con nota di Ferrà, *In tema di determinazione del periodo feriale*, *ivi*, pp. 58 ss.; tra le pronunce di merito che sono espressione di questo orientamento, vedi Tribunale di Milano, 13 dicembre 2001, in *D&L*, 2002, p. 402), con la conseguenza, quindi, che il diritto al riposo era automaticamente trasformato in diritto all'indennità economica sostitutiva (La cui natura è da sempre oggetto di oscillazione tra la tesi risarcitoria e quella retributiva. Vedi, tra le più recenti, Cass. n. 20673/2004, in *Lav. giur.*, 2005, n. 2, p. 127, con nota di Dui, *Natura giuridica dell'indennità per ferie non godute e regime fiscale*, p. 129; Cass. nn. 11936/2005 e 11960/2005, in *Riv. it. dir. lav.*, II, p. 908, con nota di Garcea, *La natura giuridica dell'indennità sostitutiva delle ferie nel d.lgs. n. 66/2003*, p. 910, e in *Mass. giur. lav.*, 2005, n. 8-9, p. 603, con nota di Figurati, *Osservazioni sull'indennità di ferie non godute e sulla sua incidenza sul trattamento di fine rapporto*, *ivi*, p. 605).

In definitiva, nel corso degli anni, il carattere irrinunciabile delle ferie ha consentito di mantenere fermo il divieto di monetizzazione cd. preventiva, che avrebbe assunto, secondo quanto affermato diffusamente in dottrina e in giurisprudenza, il carattere di rinuncia anticipata al diritto, assolutamente incompatibile con il dato costituzionale (In questo senso vedi, per tutte, Cass. n. 9760/2000, in *Not. giur. lav.*, 2000, p. 739; ma, per la qualificazione del negozio come atto modificativo del regolamento contrattuale, vedi Voza, *L'autonomia individuale assistita nel Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2007, in particolare capitolo I, par. 5 e 6, pp. 43 ss.). Al contrario, il fatto che una parte consistente della giurisprudenza abbia attribuito natura perentoria al termine temporale dell'anno solare si è rivelata una scelta interpretativa ambigua: anziché corroborare la garanzia di effettivo godimento *infra*-annuale, ha legittimato la prassi delle clausole di monetizzazione cd. successiva, nelle quali la corresponsione della indennità ha costituito l'unica modalità di esecuzione dell'obbligazione a carico dell'imprenditore inadempiente.

Dimostra quanto sia radicato quest'ultimo orientamento la circostanza che i principi espressi dalla Cassazione nella sentenza n. 2569/2001 – e cioè l'alternatività tra risarcimento per equivalente (corresponsione dell'indennità) e risarcimento in forma specifica (godimento cd. tardivo) – sono stati oggetto di critiche fortemente negative da parte di quei commentatori che li hanno ritenuti illegittimi perché contrari agli stessi precetti costituzionali e, in particolare, al vincolo della annualità inteso come termine perentorio (In questo senso vedi Ferrà, *In tema di determinazione del periodo feriale*, nota a Cassazione n. 7951 del 2001, in *Lav. giur.*, 2002, p. 56).

4. — *La rilevanza degli obblighi di buona fede e correttezza* — In questo contesto, abbastanza restrittivo circa la posizione del singolo nell'accesso al godimento del diritto, non è mancata una giurisprudenza più sensibile all'esigenza di garantire maggiore effettività del diritto al riposo annuale, che si è spinta fino a convalidare la decisione unila-

terale di «mettersi in ferie» entro la fine dell'anno di riferimento, mediante una rivisitazione dei parametri con cui viene valutato il potere organizzativo del datore di lavoro *ex art.* 2109 cod. civ. e con cui viene attuato il contemperamento tra gli opposti interessi da esso prescritto.

Nelle sentenze in questione (Pretura di Milano del 28 dicembre 1995, in *Lav. giur.*, 1996, n. 4, p. 317; Tribunale di Milano del 29 aprile 1998, in *Lav. giur.*, 1998, n. 11, p. 969; Pretura di Busto Arsizio del 7 settembre 1998, in *D&L*, 1999, p. 199, con nota di Franceschinis, *Diritti e doveri delle parti in merito al godimento delle ferie*, e, da ultimo, Tribunale di Milano del 17 gennaio 2002, in *D&L*, 2002, p. 413, con nota di Bulgarini D'Elci, *Quale rimedio se il datore di lavoro tenta di impedire la fruizione delle ferie?*) i giudici di merito hanno costruito la propria decisione sulla consapevolezza – derivante, a parere di chi scrive, dalle affermazioni della Corte Costituzionale del 1990, sopra riportate – che il potere di disporre le ferie del dipendente non ha natura illimitata; esso va coordinato non solo con le garanzie costituzionali che presidiano il diritto del singolo, ma, soprattutto e più in generale, con gli obblighi di buona fede e di correttezza che sovrintendono l'esecuzione del rapporto di lavoro.

La lettura dell'articolo 2109 cod. civ., in combinato disposto con le clausole generali di buona fede e correttezza, ha consentito di ritenere legittima l'autodeterminazione del lavoratore quando l'opzione unilaterale di «mettersi in ferie» avviene «nell'ultimo periodo possibile» (Pretura di Milano 28 dicembre 1995, cit.), cioè in prossimità della scadenza del termine massimo annuale che comporterebbe la trasformazione del diritto in indennità economica; quando le ferie non sono state ancora godute per una negligenza del datore di lavoro nell'adempimento dell'obbligo di programmazione annuale del piano ferie ovvero per un comportamento ostruzionistico di quest'ultimo che, ad esempio, non ha dato seguito a richieste ordinarie di ferie opponendo un silenzio volontario con intento dilatorio (Come verificatosi nelle fattispecie che hanno dato luogo alle sentenze della Pretura di Busto Arsizio del 7 settembre 1998, cit., e del Tribunale di Milano del 17 gennaio 2002, cit.).

In definitiva, la liceità della decisione unilaterale di mettersi in ferie, quando affermata, è stata sempre sostenuta in quanto *extrema ratio*, ovvero come comportamento di autotutela – qualificabile, secondo una parte dei commentatori, *ex art.* 1460 cod. civ. come eccezione di inadempimento alla violazione datoriale dei doveri *ex artt.* 2109, 1175 e 1375 cod. civ. (Vedi Franceschinis, cit., p. 202) – realizzabile in quei particolari casi nei quali ricorre un concreto e attuale pericolo di una lesione irreparabile del diritto al riposo annuale (cioè la perdita definitiva di quest'ultimo o, meglio, la privazione della possibilità di fruirne nel periodo in cui è sicuramente assolta la sua funzione primaria) (Nello stesso senso anche Bulgarini D'Elci, cit., p. 415. Per completezza d'analisi va notato che, dopo la citata sentenza del 17 gennaio 2002, lo stesso Tribunale di Milano è tornato a pronunciarsi sulle ferie con la sentenza del 7 febbraio 2003, in *Or. giur. lav.*, 2003, I, p. 112, la quale – nonostante abbia respinto il ricorso di un gruppo di lavoratori che chiedevano la fruizione integrale delle ferie contrattuali previste *nel periodo estivo* – non deve, perciò stesso, essere considerata in contraddizione con quella del 2002. In questo caso, infatti, l'infondatezza della richiesta dei ricorrenti è stata agevolmente motivata in ragione dell'esistenza di un accordo collettivo di solidarietà, che aveva rivisto in senso peggiorativo le precedenti disposizioni contrattuali in tema di ferie. Ma il riconoscimento della necessaria prevalenza di una soluzione concordata sulle pre-

tese dei singoli non ha impedito al giudice di merito di ribadire l'immanenza dei doveri di correttezza e di buona fede sull'esercizio del potere organizzativo, nonché di affermare che il codice civile «non conferisce al datore di lavoro un'assoluta discrezionalità nella scelta del periodo feriale, ma gli impone di tener conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del dipendente e che l'inconciliabilità dei contrapposti interessi va risolta con un parziale sacrificio reciproco e non con la soccombenza totale di un interesse all'altro»).

5. — *Il cambiamento di paradigma normativo: l'art. 7, Direttiva n. 93/104/Cee, e il principio di effettività* — Nel caso che qui si commenta, la decisione del lavoratore di mettersi in ferie – per il periodo di tre settimane consecutive, così come stabilito dagli artt. 16 del Ccnl edilizia del 2000 e 6 del contratto integrativo provinciale del 2002 – è stata da lui comunicata all'azienda nei giorni immediatamente successivi alla fine di un lungo congedo per malattia che – avendo coinciso con il periodo contrattualmente previsto per le ferie (i mesi estivi) e terminato nel mese di ottobre del 2004 – aveva di fatto ridotto a poco più di due mesi l'arco di tempo utile per godere delle ferie maturate prima della scadenza del periodo annuale di riferimento.

Benché l'evoluzione dei fatti dimostrasse il carattere non pretestuoso della richiesta (come sottolineato dallo stesso giudice di merito al punto 12 della motivazione), l'azienda, ritenendo sussistenti esigenze tecnico-organizzative (mai provate, tuttavia, nel corso del giudizio) che non rendevano «tollerabili» assenze prolungate dei dipendenti in quel frangente temporale, ha licenziato il lavoratore per assenza ingiustificata.

Si è già detto che il ragionamento della Corte d'Appello prende le mosse dalla consapevolezza che con l'introduzione dell'articolo 10, d.lgs. n. 66/2003, sia avvenuto un *cambiamento di paradigma* normativo (punto 3 della motivazione), nel senso che la nuova disciplina legislativa, in quanto attuazione di una normativa comunitaria, ne ha assimilato finalità, obiettivi e limiti, oggi costituenti i parametri privilegiati di decodificazione dell'attuale dato legislativo.

Ebbene, come ha ripetutamente chiarito la Corte di Giustizia, il diritto alle ferie «va considerato un principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario» (Corte di Giustizia, 26 giugno 2001, causa C-173/99, *Bectu*, punto 43; nonché Corte di Giustizia, 18 marzo 2004, causa C-342/01, *Merino Gómez*, punto 29). Le scelte che sul piano tecnico-giuridico denotano tale volontà politico-legislativa vanno individuate, per un verso, nella linearità della struttura dell'articolo 7, Direttiva n. 93/104, che si scompone in due prescrizioni essenziali, cioè la previsione di un diritto a un periodo minimo di quattro settimane di ferie retribuite nell'anno e il divieto di sostituire il congedo annuale con una indennità monetaria se non in caso di cessazione del rapporto di lavoro; per altro verso, nella significativa scelta di munire tale disposizione della garanzia della inderogabilità.

Ma il dato tecnico-giuridico è stato arricchito dalla preziosa attività interpretativa dei giudici comunitari, i quali – interpellati più volte per dirimere situazioni di potenziale contrasto tra singole disposizioni nazionali sulle ferie e la corrispondente norma comunitaria – hanno chiarito che esiste una relazione di funzionalità diretta tra la previsione del divieto di monetizzazione e l'effettività del diritto alle ferie.

Alla luce di questo principio, quindi, hanno giudicato incompatibili con l'obiettivo della Direttiva le singole prescrizioni legislative nazionali che, di volta in volta, han-

no indotto i giudici interni a porre una questione pregiudiziale. In particolare, nella sentenza *Bectu*, il fine di garantire l'effettività delle ferie ha reso automaticamente illegittima la scelta di sottoporre la maturazione del diritto alla condizione sospensiva del compimento di una anzianità minima di servizio (punti 52-53); nel caso *Robinson-Steele* (Corte di Giustizia, 16 marzo 2006, causa C-131/04 e C-257/04), ha indotto la Corte a codificare un «principio di tempestività della retribuzione feriale» (Così Bavaro, cit., p. 1341; su questo profilo, vedi i punti 60-63 e 65-68 della sentenza). Nella pronuncia *Merino Gómez*, il principio di effettività si è tradotto nell'affermazione secondo cui «una lavoratrice madre deve poter godere delle sue ferie annuali in un periodo diverso da quello del suo congedo di maternità, anche in caso di coincidenza tra il periodo di congedo di maternità e quello stabilito per le ferie annuali» (punto 41 della sentenza).

Un'attenzione specifica merita la più recente sentenza della Corte, pronunciata con riferimento alla normativa olandese sulle ferie (Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, causa C-124/05, *FN.V. c. Paesi Bassi*, in *Arg. dir. lav.*, con nota di Bavaro, cit.; in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 503, con nota di G. Ricci, *Frazionamento del periodo di ferie annuali e principio di «non monetizzabilità» secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, p. 509; nonché in *D&L*, 2006, 2, p. 407, con nota di Schettini, *La giurisprudenza comunitaria in materia di ferie*, p. 409, e in *Dir. rel. ind.*, 2006, 3, p. 897, con nota di Cosio, *Le precisazioni della Corte di Giustizia in tema di ferie*, p. 898), che si distingue per la pluralità degli spunti di riflessione che l'opzione proposta dai giudici comunitari offre all'interprete.

Com'è stato rilevato da una parte dei commentatori, l'interpretazione della normativa oggetto di questione pregiudiziale è stata il terreno di manifestazione di una «discrasia» (G. Ricci, cit., p. 517) tra le posizioni assunte dall'Avvocato Generale e quelle della Corte, in particolare con riferimento alla questione della possibile frazionabilità ultrannuale del periodo minimo di ferie annuali.

Tuttavia, dal momento che tale profilo, sebbene di indubbia rilevanza, non costituisce l'oggetto principale della domanda pregiudiziale, risulta opportuno suddividere la trattazione dei profili della sentenza, evidenziando, in questa sede, il contenuto essenziale del principio di diritto affermato dalla Corte e rinviando l'analisi del profilo relativo ai limiti causali del differimento ultrannuale alla parte di questo commento in cui tale questione verrà affrontata in relazione alla normativa italiana sulle ferie.

Venendo all'oggetto principale del caso *FN.V.*, la normativa olandese consentiva una monetizzazione delle ferie «eccedenti» il minimo annuale legale (quantificato in quattro settimane «protette» dalla garanzia di godimento effettivo), nel presupposto che il divieto di monetizzazione, di derivazione comunitaria, impedisse l'indennizzabilità solo del minimo legale e nei limiti dell'anno di maturazione.

Ebbene, sempre al fine di ribadire che la norma comunitaria va letta secondo il canone imperativo dell'effettività, la Corte europea ha affermato che (punti 30-31 della motivazione), sebbene sia vero che «l'effetto positivo delle ferie sulla sicurezza e sulla salute del lavoratore si manifesta *pienamente* se le ferie vengono prese nell'anno in corso», tuttavia, «tale periodo di riposo rimane interessante sotto tale profilo [cioè non perde la sua utilità] anche se sia goduto in un momento successivo»: qualunque sia stato il meccanismo che abbia condotto al «riporto» del periodo minimo di ferie all'anno successi-

vo, la Corte ha ribadito che non è consentito alcun margine di ricorso alla monetizzazione di queste ultime – mediante accordi individuali in deroga al divieto legale – ma, invece, ne va garantita l'effettiva fruizione, anche se tardiva.

Il caso *F.N.V.* ha un'importanza chiave nell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria perché ha definitivamente acclarato che «la monetizzazione è questione diversa dalla collocazione temporale delle ferie e dunque il differimento delle ferie non potrà mai legittimare la loro monetizzazione»: è proprio la necessità di assicurare che il diritto alle ferie sia effettivamente goduto che ha spinto la Corte, anche in caso di mancato rispetto dell'annualità, a «ritenere doverosa la fruizione delle ferie successivamente rispetto all'anno di maturazione» (Così Bavaro, cit., p. 1345), perché lo slittamento temporale di un riposo, che viene comunque effettuato, non affievolisce la sua funzionalità al benessere psico-fisico dell'individuo.

È di tutta evidenza che, attraverso quest'attività interpretativa, la Corte di Giustizia ha contribuito ad armonizzare «verso l'alto» il livello di tutela garantito all'istituto delle ferie, perché ha progressivamente ampliato il concetto di effettività del diritto, codificando una pluralità di comportamenti che sono consentiti o negati dalla norma a seconda della loro funzionalità al perseguimento dell'obiettivo del godimento reale del riposo annuale.

In questo senso, le affermazioni di principio della Corte di Giustizia si rivelano essenziali nell'ordinamento italiano non tanto per il loro carattere di novità – dal momento che molti dei risultati interpretativi cui si è accennato erano già stati raggiunti dalla parte più lungimirante della giurisprudenza nazionale (Vedi, su questo profilo, le affermazioni delle storiche sentenze della Corte Costituzionale n. 66/1963 e n. 543/1990, cui più volte si è fatto riferimento, nonché la fondamentale sentenza della Corte di Cassazione n. 2569/2001, inerente il profilo del godimento cd. differito di ferie non godute) –, ma perché hanno chiarito perentoriamente che l'effettività è il presupposto su cui si regge la tutela del riposo annuale e dal quale origina l'impianto della normativa che lo disciplina.

Peraltro, va segnalato che il divieto di sovrapposizione di periodi di congedo diversi, con conseguente slittamento del godimento delle ferie anche all'anno successivo a quello di maturazione, è stato recentemente ribadito nelle due conclusioni presentate il 24 gennaio 2008 dall'Avvocato Generale Trstenjak – causa C-350/06, Schultz-Hoff contro Deutsche Rentenversicherung Bund, e causa C-520/06, Stringer e altri c. Her Majesty's Revenue and Customs – con riferimento, peraltro, all'ipotesi in cui sia il congedo per malattia a determinare l'impossibilità della fruizione delle ferie nell'anno di riferimento o in un periodo ancora più lungo.

Più in particolare, nelle conclusioni per il caso Stringer si afferma che «l'art. 7, n. 1, della Direttiva n. 2003/88 deve essere interpretato nel senso che un lavoratore in congedo per malattia di durata indeterminata ha diritto di chiedere ferie annuali retribuite e di fruire delle stesse per un periodo successivo» (punto 91); in modo ancora più incisivo, invece, nelle conclusioni per il caso Schultz-Hoff, l'Avvocato Generale associa a quest'ultimo principio l'affermazione secondo cui la mancata fruizione delle ferie – specie se avvenuta per cause di *forza maggiore* (punto 62) quali la malattia – non può comportare mai la decadenza dal godimento del diritto, neanche quando sia trascorso il limite temporale massimo previsto dalla legislazione nazionale (eventualmente più lungo dell'anno di maturazione).

E ciò perché «nella Direttiva non è prescritta né la condizione che il lavoratore debba chiedere in tempo utile e godere effettivamente delle ferie entro un determinato momento, e cioè entro la fine dell'anno di riferimento o del periodo di riporto, né la decadenza dal diritto» (punto 52) quando questa condizione non si verifichi [Su questo profilo, ferma restando la necessità di aspettare il pronunciamento della Corte di Giustizia per appurare in quale misura la sentenza accoglierà le tesi proposte, è importante mettere in evidenza sin d'ora che l'adozione di questa lettura da parte dell'Avvocato Generale è sorretta dalla convinzione, esplicitata al punto 53 delle conclusioni per il caso Schultz-Hoff, che la Direttiva comunitaria «aspiri consapevolmente» ad assicurare un livello di tutela superiore a quello accordato dalla Convenzione Oit n. 132 (citata *supra*, par. 2)].

Tornando all'analisi della sentenza in epigrafe, l'articolazione della motivazione dimostra che il giudice di merito ha ben noto l'*excursus* argomentativo della Corte di Giustizia ed è consapevole che l'aver affermato l'identità di obiettivi tra le due fonti imponga all'interprete, nell'applicazione della norma nazionale, di delegittimare tutte quelle condotte che possono tradursi in una probabile ineffettività del diritto e, al contrario, convalidare i comportamenti che sono funzionali al perseguimento dell'obiettivo.

In questa ottica, la decisione unilaterale di «mettersi in ferie» immediatamente dopo la malattia, che aveva impedito di goderne nel periodo contrattualmente stabilito, rappresenta una forma di esercizio del diritto *intransigente ma lecito* (punto 13 della motivazione), la cui legittimità si ricava dal fatto di essere realizzato a seguito di circostanze oggettive non dipendenti dalla volontà del lavoratore e in un contesto temporale – l'*ultimo periodo utile*, secondo quanto già affermato dalla Pretura di Milano nel 1995 – che rende concreto il pericolo della definitiva perdita del ristoro psico-fisico annuale.

Peraltro, la controparte datoriale non ha esplicitato alcuna motivazione pregnante per sostenere la sua opposizione al comportamento del dipendente, dimostrando l'inesistenza di impedimenti organizzativi che avrebbero potuto spingere il giudice a un bilanciamento degli interessi in gioco.

A una attenta lettura, la decisione in commento risulta in sintonia con quanto una parte della dottrina più recente (Bavaro, 2006, cit.) ha già avuto occasione di sostenere, proprio analizzando le conseguenze dei principi affermati dalla sentenza *F.N.V.*

Secondo tale dottrina, infatti, affinché il ricorso al godimento tardivo – indicato dalla Corte europea come unica via per coniugare il diritto al ristoro psico-fisico con l'eventualità del «riporto» delle ferie all'anno successivo – non si riveli uno strumento debole e ineffettivo, è necessario che «la determinazione del periodo di fruizione compensativa non sia lasciata alla volontà unilaterale del datore di lavoro ma sia affidata esclusivamente alla volontà del lavoratore. Insomma, poiché il lavoratore subisce la volontà datoriale nel differimento, il datore di lavoro deve subire la volontà del lavoratore nel periodo differito» (Bavaro, cit., p. 1347): in definitiva, la facoltà di autodeterminazione, che tale dottrina ha riconosciuto al lavoratore nella fase ultra-annuale, trova oggi pieno riconoscimento, da parte della Corte d'Appello di Firenze, in relazione all'anno di maturazione.

6. — *La «autodeterminazione» alle ferie come precipitato del principio comunitario di effettività del godimento annuale* — Volendo approfondire il profilo strutturale della sentenza, va ricordato che il principio di interpretazione della norma nazionale in senso conforme a quella comunitaria – di cui il giudice di merito fa applicazione nel caso in

esame – costituisce, insieme a quello del cd. «effetto diretto», uno dei pilastri su cui è costruito il rapporto tra le due fonti: si tratta di quel principio ermeneutico elaborato dalla stessa Corte di Giustizia in base al quale il giudice nazionale è tenuto a interpretare la norma nazionale, anche ampliandone o integrandone la portata – ovviamente nella misura in cui ciò risulti possibile – al fine di ricomprendere in essa situazioni e comportamenti la cui esclusione provocherebbe il suo contrasto insanabile con la disposizione comunitaria.

Il principio in questione è stato al centro di un'evoluzione interpretativa molto importante nell'ambito della giurisprudenza comunitaria, nel senso che nelle diverse ipotesi in cui la Corte di Giustizia è stata chiamata ad affrontare un probabile contrasto tra norma interna e comunitaria – tra le quali tanto la politica sociale quanto i rapporti di lavoro hanno offerto lo spunto per contributi di grande portata – le sentenze pronunciate hanno progressivamente ampliato il significato dell'attività di interpretazione cd. conforme (o adeguatrice), rendendo sempre più esteso il percorso logico-argomentativo che grava sull'interprete per trovare quella lettura della norma nazionale più funzionale agli obiettivi di politica legislativa codificati nel dato comunitario (Vedi, tra i più recenti e autorevoli contributi in materia, Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del Diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 109, 2006, pp. 39 ss.; Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, Diritto del lavoro*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca, n. 23, Int, 2004).

Proprio su questo versante, infatti, in una delle più recenti sentenze (Si tratta della Corte di Giustizia, 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *B. Pfeiffer e altri c. Deutsches Rotes Kreuz*, per la quale sia consentito il rinvio a Grieco, *Corte di Giustizia e orario di lavoro: il campo di applicazione della disciplina comunitaria e la sua attuazione in Italia*, in *Lav. giur.*, n. 7, 2005, pp. 617 ss.; particolarmente rilevanti risultano anche le sentenze Corte di Giustizia, 22 novembre 2005, causa C-144/04, *W. Mangold c. R. Helm*, sulla quale si sofferma ampiamente Sciarra, 2006, pp. 50 ss., e Corte di Giustizia, 4 luglio 2006, causa C-212/04, *K. Adeneler c. E. O.G.*), i giudici comunitari hanno espressamente statuito che il principio di interpretazione conforme risulta correttamente applicato quando il giudice nazionale ha fatto «tutto ciò che è possibile» per ottenere il risultato imposto dalla Direttiva e ridurre il margine di contrasto tra le due discipline, con l'obbligo, ad esempio, di estendere la ricerca interpretativa anche all'intero *corpus* normativo a disposizione sulla materia oggetto di conflitto, in modo da recuperare, nel complesso sistematico dell'ordinamento nazionale, le norme o i principi che ne sostengano una lettura orientata in senso comunitario (Vedi Corte di Giustizia, 5 ottobre 2004, *Pfeiffer*, punti 117, 118 e 119).

Rispetto a un'accezione così ampia dell'interpretazione cd. conforme – che ha reso oltremodo articolato il percorso interpretativo del giudice nazionale – l'uso che di tale tecnica viene fatto, nella sentenza che si commenta, dalla Corte d'Appello di Firenze non appare né irrituale né ingiustificato.

Il giudice di merito si dimostra prudente nell'ammettere l'autodeterminazione alle ferie come forma *estrema* di esercizio del diritto, indicando in modo esaustivo condizioni e presupposti che rendono lecito tale comportamento (in particolare, il pericolo di un'effettiva compromissione del diritto e l'inesistenza di alcuna eccezionale ragione ostativa). Ciò impedisce di valutare la soluzione accolta come una forzatura del dato le-

gislativo nazionale, ma denota, invece, la perfetta aderenza di questa opzione interpretativa a un criterio di ragionevolezza nell'applicazione della norma.

7. — *Il «periodo minimo» e le «ferie residue»* — Naturalmente, aver dichiarato che l'autodeterminazione è legittima se attuata per salvaguardare l'effettività del godimento del riposo feriale non significa aver esaminato tutti i profili problematici posti dalla controversia in oggetto.

Va ricordato, infatti, che, nella fattispecie in esame, il lavoratore rivendicava il proprio diritto a mettersi in ferie per l'intero periodo di tre settimane consecutive; settimane che, secondo quanto disposto dall'art. 6 del Contratto collettivo integrativo provinciale per il settore edile del 2002, avrebbero dovuto essere godute nell'ambito dei mesi da giugno ad agosto.

L'applicabilità alla fattispecie di una disciplina contrattuale che introduce limiti temporali, per il godimento delle ferie, sensibilmente diversi da quelli contenuti nell'attuale disciplina legislativa (art. 10, d.lgs. n. 66/2003) – dalla quale, come si vedrà, sono comunque fatti espressamente salvi – ha imposto al giudice di merito di chiarire per quale fascia temporale sia esercitabile, in modo lecito, il diritto di mettersi in ferie unilateralmente.

E ciò, naturalmente, ha indotto il giudicante a confrontarsi con le difficoltà interpretative sorte sulla normativa italiana di attuazione dell'articolo 7 della Direttiva n. 93/104.

Com'è noto, l'articolo 10, d.lgs. n. 66/2003, specie dopo la modifica introdotta dal decreto correttivo n. 213/2004, ha riprodotto fedelmente il testo comunitario solo per quanto riguarda il divieto di monetizzazione delle ferie in costanza di rapporto (comma 2); per quanto attiene, invece, il momento del godimento (comma 1), il legislatore ha ammesso che quest'ultimo avvenga in modo frazionato [Evidentemente ritenendo di essere a ciò autorizzato dalla clausola cd. di salvaguardia inserita nel par. 1 dell'art. 7, Direttiva n. 104, «secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni nazionali». Sulla portata di questa clausola vedi: Leccese, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 317 ss.; Del Punta, *Art. 10. La nuova disciplina delle ferie*, in Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie. D.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 377 ss.; Roccella, *Manuale di Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 298 ss.].

Attualmente, quindi, nel nostro ordinamento, due sole settimane di ferie (il cd. «periodo minimo», secondo il lessico adottato nella sentenza in commento) vanno godute nell'anno di maturazione; quelle «residue» (punto 11 della motivazione) possono esserlo nel più lungo periodo di 18 mesi dalla scadenza di quest'ultimo, facendo salvi i contenuti dei contratti collettivi eventualmente stipulati [Sul tenore del rinvio ai contratti collettivi va sottolineato un contrasto tra l'interpretazione che sembra adottare la Corte di Firenze, secondo la quale esso non potrebbe avere che natura migliorativa, e l'opinione di una parte dei commentatori – tra cui vedi, per tutti, Rivero, *La nuova disciplina delle ferie tra obblighi comunitari e principi costituzionali*, in *Lav. giur.*, n. 12, 2006, pp. 1163 ss., nonché Carabelli, Leccese, *Il d.lgs. n. 66/2003, di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in

Leccese (a cura di) *Lorario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 36 ss. –, che rilevano criticamente la possibilità che il rinvio legittimi anche contratti collettivi peggiorativi del dato legale].

Lo spazio di questo commento non consente di approfondire tutte le questioni interpretative sorte in relazione alla formulazione dell'articolo 10, comma 1, d.lgs. n. 66/2003: basti osservare che sulla norma sono stati sollevati dubbi di incompatibilità tanto con il dato comunitario, quanto con quello costituzionale dell'art. 36, comma 3, che sarebbero «violati» dalla scelta legislativa di scindere l'originario periodo minimo comunitario di quattro settimane nell'anno in due periodi soggetti a scadenze temporali diverse, annullando di fatto la regola imperativa dell'introannualità.

Salvo quanto si dirà in sede conclusiva, va, tuttavia, quanto meno accennato che su questo profilo le opzioni interpretative sono estremamente variegata. Una parte della dottrina, infatti, ha sostenuto la totale incompatibilità dell'articolo 10 nei confronti sia del dato comunitario che di quello costituzionale (Vedi Roccella, cit., 2005, pp. 298 ss., e Rivero, cit., pp. 1163 ss.), mentre un diverso orientamento ha ritenuto che il contrasto rispetto alla normativa costituzionale e comunitaria potrebbe sorgere quanto meno nel caso in cui la contrattazione collettiva, autorizzata dalla stessa norma a derogare alle prescrizioni legali, utilizzi tale facoltà di intervento in modo incontrollato, agendo, quindi, non in conformità con il dato comunitario e costituzionale (Vedi Carabelli, Leccese, cit., pp. 36 ss., nonché Leccese, cit., pp. 317 ss.).

Ebbene, di fronte alla necessità di completare l'esame della fattispecie – al fine di verificare se il diritto all'autodeterminazione sia stato validamente esercitato non solo per le due prime settimane di ferie (il cd. «periodo minimo legale» di derivazione comunitaria), ma anche per la terza settimana disciplinata dalla contrattazione integrativa (che ricade nel concetto di ferie «residue» ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 66/2003) – il giudice di merito ha fatto ricorso al prezioso ausilio interpretativo fornitogli dalla sentenza n. 543/1990 della Corte Costituzionale, per affermare che «lo spostamento delle ferie residue, maturate oltre le due settimane di legge, può essere determinato dal datore di lavoro dall'anno di maturazione più avanti soltanto qualora l'azienda motivi esplicitamente il carattere eccezionale e imprevedibile delle esigenze di servizio che non permettono il godimento anche della terza settimana (contrattuale) di ferie consecutive» (punto 11).

Il risultato finale della sentenza è, pertanto, l'affermazione che al lavoratore spetti il diritto di mettersi in ferie unilateralmente per l'intero periodo di ferie maturato, tanto per le due settimane di ferie «legali», quanto per quelle «residue» (siano esse di natura contrattuale o di fonte legislativa): un'opposizione al godimento unilaterale delle ferie maturate potrebbe essere esercitata validamente dal datore di lavoro solo nei limiti in cui il legislatore, nell'art. 10, d.lgs. n. 66/2003, letto alla luce del pronunciamento della Corte Costituzionale, gli riconosce la facoltà del rinvio, e cioè solo in presenza di esigenze «la cui natura sfugge a una coerente programmazione preventiva dell'azienda».

È di tutta evidenza, quindi, che accogliendo questa lettura della norma nazionale sulle ferie – che si riflette, inevitabilmente, sull'esegesi della disciplina contrattuale – la Corte d'Appello dimostra di andare oltre gli esiti interpretativi cui è giunta un'altra parte della dottrina, particolarmente ferma nel sostenere la «permanente vincolatività» (Carabelli, Leccese, 2004, cit., p. 38) dei principi elaborati dalla Corte Costituzionale nel 1990 nell'attuale assetto dell'ordinamento legislativo sulle ferie. Secondo quest'ultima opzione interpretativa, infatti, «la nuova disciplina [art. 10, d.lgs. n. 66/2003] fissa

in 14 giorni la *quota minimale* di ferie [...] rispetto alla quale dovrà d'ora in poi valere quel fondamentale principio elaborato dal giudice delle leggi, interpretando l'articolo 36, comma 3, Cost., nella sentenza n. 543/1990».

L'assunto cui il giudice di merito dimostra di aderire è l'affermazione che non esistono frazioni di ferie totalmente inamovibili, fermo restando, tuttavia, il necessario rigore nella selezione dei motivi che legittimano il rinvio, tanto delle ferie appartenenti al cd. «periodo minimo», quanto di quelle classificabili come «residue».

8. — *Considerazioni conclusive sull'eccezionalità del rinvio* — Il principio di diritto affermato dalla Corte d'Appello in questa sentenza si presta ad alcune ulteriori brevi riflessioni.

La rigorosa lettura adottata dalla Corte fiorentina, in ordine ai limiti relativi alla facoltà di rinvio, potrebbe dar luogo a un vivo contrasto interpretativo ove si sostenesse, come fa esplicitamente una parte della più recente dottrina, che il sistema normativo entrato in vigore con l'articolo 10, d.lgs. n. 66/2003, sia stato ormai «salvato» grazie alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: secondo una recente lettura, infatti, l'effetto attribuibile alla sentenza *FN.V.*, prima citata, sarebbe proprio quello di aver «comunitarizzato» la regola della frazionabilità delle ferie anche se esercitata in modo «a-causale» (G. Ricci, 2007, cit., p. 521).

Com'è stato già anticipato, nel caso *FN.V.*, i giudici comunitari – sebbene sollecitati a pronunciarsi sul tema della legittimità di un rinvio «a-causale» delle ferie dall'Avvocato Generale Kokott, che, nelle sue conclusioni, aveva chiaramente scelto di interpretare la Direttiva nel senso di ammettere il godimento cd. frazionato delle ferie nei limiti in cui esso è ammesso dalla Convenzione Oil n. 132/1970 – hanno ritenuto «non necessario analizzare tale questione dettagliatamente», ricordando sul punto che la Corte «ha già dichiarato [nel caso *Merino Gómez*] che un congedo garantito dal Diritto comunitario non può pregiudicare il diritto di godere di un altro congedo garantito da tale diritto» (punto 24 della motivazione).

Tale passaggio argomentativo ha indotto alcuni commentatori a sostenere un'interpretazione rigida delle opinioni della Corte, secondo la quale la scelta di non pronunciarsi sul frazionamento «a-causale» delle ferie sarebbe indicativa della volontà della Corte di «optare per una maggiore restrizione» nell'applicazione del principio del «riporto», di modo che «quanto affermato in *FN.V.* verrebbe a prefigurare una sorta di specificazione del principio di diritto enunciato nella sentenza *Merino Gómez*» (In tal senso si è espressa una parte della dottrina spagnola riportata criticamente da G. Ricci, p. 517 e nota 23). Merita, comunque, di essere segnalato che questa opzione interpretativa trova un importante sostegno nelle recenti affermazioni enunciate nelle due conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 24 gennaio 2008 – cause C-350/06 *Schultz-Hoff* e C-520/06, *Stringer*, citate, *supra*, par. 5 –, nelle quali si individua esplicitamente un filo conduttore unitario tra le pronunce *Merino* e *FN.V.*, e si dichiara che entrambe siano espressione del *medesimo approccio interpretativo* (punti 72-74, conclusioni *Stringer*, e punti 55-57, conclusioni *Schultz-Hoff*, sulle quali ci si è soffermati *supra*, par. 5).

In contrapposizione a tale posizione, parte della dottrina italiana ha, invece, ritenuto che «in attesa di un eventuale approfondimento della questione in altro giudizio interpretativo, le affermazioni contenute nel paragrafo 24 delle motivazioni vadano lette

come se la Corte abbia inteso esemplificare una possibile ipotesi in cui il frazionamento del periodo feriale si renda inevitabile [la fattispecie di sovrapposizione temporale tra due congedi esaminata in *Merino Gómez*], senza con ciò escludersi che, al pari di quanto consentito dalla normativa olandese, la programmazione articolata, su base ultrannuale, del periodo feriale possa essere disposta al di fuori di questo caso specifico» (G. Ricci, cit., p. 518).

In definitiva, se ben si interpretano i passaggi logico-argomentativi di questa lettura della sentenza *FN.V.*, si deve ritenere che, a seguito della pronuncia del 2006, sia ormai fugato qualsiasi dubbio sulla legittimità comunitaria dell'articolo 10, d.lgs. n. 66/2003, dal momento che la scelta nazionale di adottare la regola del godimento cd. frazionato (Cui G. Ricci attribuisce il valore di «criterio di elasticità» nell'attuazione del diritto alle ferie, p. 522) è indice della volontà di incardinare la tutela delle ferie sul binomio «*chance* di distribuzione su base multi-periodale *versus* garanzie di effettivo godimento del periodo di ferie, che il legislatore delegato visibilmente promuove e che risulta invero convalidata dalla sentenza *FN.V.*» (Ricci, cit., p. 522).

È bene chiarire, peraltro, che per l'Autore, il godimento frazionato sarebbe stato implicitamente «comunitarizzato» dalla Corte di Giustizia non certo al fine di flessibilizzare la normativa comunitaria, ma per potenziare, ancora una volta, l'effettività del diritto: l'eventuale rinvio all'anno successivo delle ultime due settimane di ferie, infatti, va sempre collegato in modo «indissolubile» alla garanzia che – sebbene «riportate» (in via ordinaria o «a-causale») – esse vengano pur sempre godute (È in questa prospettiva, infatti, che l'Autore ritiene necessario il ritorno all'utilizzazione dell'art. 2058 cod. civ. – al quale si è già accennato *supra*, par. 3 – perché strumento posto a presidio dell'effettività del godimento. Vedi G. Ricci, cit., pp. 524 ss.).

Ebbene, l'adozione di tale lettura della sentenza *FN.V.*, palesemente distante da quella cui si associa il giudice di merito nella sentenza in epigrafe, è indice di una incertezza interpretativa cui si prestano le affermazioni della Corte di Giustizia; una situazione che potrebbe essere definitivamente acclarata solo con un intervento esplicito dei giudici comunitari in materia.

Ove, infatti, la stessa Corte di Giustizia prendesse esplicitamente posizione sul problema del rinvio «a-causale» in senso conforme alle conclusioni cui la dottrina citata ritiene si possa pervenire già sulla base della pronuncia *FN.V.*, le affermazioni della Corte fiorentina, qui esaminate, si porrebbero al di là della Direttiva comunitaria (alla quale, invece, dichiarano di essere ispirate), poiché rinverrebbero in essa delle rigidità che sarebbero state, ormai, delegittimate, ovvero «espunte», dal testo della normativa comunitaria.

Nonostante ciò, non sembra irragionevole ritenere che, anche in presenza di una «comunitarizzazione» esplicita del principio della possibilità del rinvio «a-causale», la lettura dell'articolo 10, d.lgs. n. 66/2003, proposta dai giudici di Firenze – sebbene non più direttamente deducibile dalla Direttiva comunitaria – sarebbe ancora legittimamente sostenibile perché dettata dalla necessità di trovare uno spazio operativo al principio di eccezionalità del rinvio fissato in modo perentorio dalla Corte Costituzionale nel 1990.

Annalisa Grieco
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari*

I

TRIBUNALE GENOVA, 14 dicembre 2006, Sez. lav. – Est. Basilico – S. M. C. c. Ente Ospedaliero Galliera.

Lavoro a tempo determinato – Impiegato dello Stato e pubblico in genere – Illegittimità dell'apposizione del termine – Conversione in contratto a tempo indeterminato – Inapplicabilità – Diritto al risarcimento del danno ex art. 36, d.lgs. n. 165/2001 – Criteri per la quantificazione del danno – Applicabilità dell'art. 18, commi 4 e 5, Statuto dei lavoratori.

Dall'accertata nullità del termine apposto a un contratto stipulato con una pubblica amministrazione non può derivare la conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Tale normativa risulta pienamente conforme al Diritto comunitario. Il lavoratore acquisisce il diritto al risarcimento del danno subito, che va parametrato a quanto disposto dai commi 4 e 5 dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, unico istituto attraverso il quale il legislatore ha inteso monetizzare il valore del posto di lavoro assistito dalla cosiddetta stabilità reale, qual è quello alle dipendenze della pubblica amministrazione. (1)

II

TRIBUNALE ROSSANO, 4 giugno 2007, Sez. lav. – Est. Coppola – S. E. (e altri) c. Azienda sanitaria provinciale di Cosenza.

Lavoro a tempo determinato – Illegittima apposizione del termine – Conversione in contratto a tempo indeterminato – Inapplicabilità – Diritto del lavoratore al risarcimento del danno ex art. 36, d.lgs. n. 165/2001 – Riconducibilità della fattispecie alla responsabilità contrattuale – Quantificazione del danno – Determinazione secondo equità.

Dall'accertata nullità del termine apposto a un contratto stipulato con una pubblica amministrazione non può derivare la conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Tale normativa è pienamente conforme al Diritto comunitario. Il lavoratore acquisisce il diritto al risarcimento del danno subito ex art. 36 del d.lgs. n. 165/01 che integra un'ipotesi di responsabilità contrattuale. Il risarcimento va quantificato riferendosi al tempo medio necessario per ricercare una nuova occupazione stabile, tenuto conto della zona geografica, dell'età, del sesso e del titolo di studio dei lavoratori. (1)

I

(*Omissis*)

Le conseguenze della nullità della clausola nel rapporto di lavoro pubblico.

Il comma 2 dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, impone una diversa riflessione in ordine ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione. La norma preclude la conversione in questi casi e la Corte Costituzionale (sentenza 13 marzo 2003, n. 89) ne ha ritenuto la conformità ai parametri degli artt. 3 e 97 della Costituzione, ritenendo che l'assimilazione tra rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. e quello alle dipendenze d'un imprenditore privato – compiuta con la riforma che il T.U. n. 165/2001 ha completato – non esclude la permanenza di distinzioni tra i diversi regimi. Queste sono giustificate, quanto al profilo genetico del contratto, dal principio fondamentale dell'accesso mediante concorso, previsto dall'art. 97, comma 3, Cost. in materia di pubblico impiego; tale principio impedisce di ritenere irragionevole la disparità di trattamento tra lavoratori privati e lavoratori occupati presso la pubblica amministrazione, che si riscontra pertanto anche nelle conseguenze dell'accertata illegittimità di stipulazione e successione di contratti a tempo determinato.

Con la citata pronuncia del 7 settembre 2006 la Corte di Giustizia europea ha ritenuto che la disciplina comunitaria «non osta, in linea di principio, a una normativa nazionale che esclude in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata a evitare e, se nel caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico».

Occorre dunque verificare se il nostro ordinamento appresti misure a favore del lavoratore, il cui rapporto sia stato illegittimamente risolto, l'adozione delle quali abbia efficacia tale da evitare che il divieto di conversione del rapporto a tempo indeterminato si risolva in un pregiudizio eccessivo per il lavoratore stesso, favorendo la pratica dell'indebito ricorso al contratto a termine, da parte delle pubbliche amministrazioni.

Nella pronuncia esaminata e in altre sull'identica questione [cfr. Corte di Giustizia Ue 4 luglio 2006 C-212/04, Konstantinos Adeneler e altri *vs.* Ellinokos Organismos Galaktos] la Corte si è detta incompetente a pro-

nunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, spettando tale compito esclusivamente al giudice del rinvio, che deve nel caso di specie stabilire se gli obblighi di prevenzione degli abusi e di tutela del lavoratore a tempo determinato siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale rilevante. Ha ritenuto tuttavia di potere fornire, ove necessario, precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua interpretazione [vedi sentenza 21 febbraio 2006, causa C-255/02, Halifax e a., in *Racc.*, pp. 1-1609, punti 76 e 77].

Dal punto di vista generale, essa ha segnalato che quando, come nel caso in esame, il Diritto comunitario non preveda sanzioni specifiche per gli abusi accertati «spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte a una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'Accordo quadro (sentenza Adeneler e a., cit., punto 94) [...]. Anche se le modalità di attuazione di siffatte note attengono all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi esse non devono essere tuttavia meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (vedi, in particolare, sentenze 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, in *Racc.*, pp. I-4599, punto 12; nonché Adeneler e a., cit., punto 95)» (Corte di Giustizia 7 settembre 2006, cit., par. 51-52).

Sullo specifico quadro regolatore nel nostro ordinamento dei rapporti alle dipendenze delle p.a., la Corte ha osservato che «una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale, che prevede norme imperative relative alla durata e al rinnovo di contratti a tempo determinato, nonché il diritto al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa del ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sembra, *prima facie*, soddisfare i requisiti ricordati ai punti 51-53 della presente sentenza». In ultima analisi, spetta però al giudice interno «valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva dell'art. 36, comma 2, prima frase, del d.lgs. n. 165/2001 ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato» (Corte di Giustizia 7 settembre 2006, cit., par. 55-56).

La soluzione da adottare deve dunque pervenire a una soluzione che orienti la disciplina interna di riferimento in una direzione di compatibilità con quella europea. Sul punto, infatti, ancora più netta è stata la citata sen-

tenza del 4 luglio 2006 [in C-212/04, Adeneler, par. 105], enunciando il seguente principio di diritto: «qualora l'ordinamento interno dello Stato membro interessato non preveda, nel settore considerato, altra misura effettiva per evitare e, nel caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, il detto Accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi».

Nel nostro ordinamento non sono ravvisabili strumenti di ripristino della situazione giuridica soggettiva della lavoratrice in forma specifica. Occorre pertanto rifarsi necessariamente al risarcimento per equivalente. Il pregiudizio arrecato alla ricorrente nel caso di specie corrisponde alla perdita del posto di lavoro e dunque di uno stabile trattamento retributivo assicurato dal rapporto d'impiego alle dipendenze di un ente pubblico.

Nella discussione orale della causa la difesa resistente ha obiettato il fatto che il rapporto tra le parti si sia svolto nella consapevolezza di ciascuna dell'esistenza del termine di durata e della consapevolezza che non è in alcun modo superabile l'ostacolo del divieto di assunzione a tempo indeterminato senza concorso stabilito dall'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/22001, e, prima ancora, dall'art. 97, comma 3, Cost.; secondo questa impostazione, pertanto, i contratti impugnati non potrebbero avere prodotto alcuna aspettativa in capo alla ricorrente e non potrebbero averle provocato, conseguentemente, danni di sorta.

Tali rilievi non sono condivisibili. Si è visto che la pubblica amministrazione, stipulando contratti di lavoro a tempo determinato, opera in un contesto giuridico che ha, come cornice di riferimento, la disciplina europea, costituita non solo dalle norme di diritto positivo dettate dai soggetti legiferanti, ma anche dalla giurisprudenza dell'organo giurisdizionale. In tale quadro rappresentano principi inderogabili l'affermazione per cui il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro e quella, conseguente, secondo la quale l'adozione di contratti a termine, se consentita, deve necessariamente accompagnarsi a cautele inerenti motivi, durata e numero, onde prevenire discriminazioni tra lavoratori e abusi, e prevedere sanzioni adeguate ed effettive.

La misura dell'adeguatezza e dell'effettività è data dunque non soltanto dall'idoneità dello strumento a riparare il danno sofferto, ma anche dalla forza dissuasiva che è propria dei meccanismi sanzionatori. In questa prospettiva, il meccanismo più appropriato è quello riprodotto nei commi 4 e 5 dell'art. 18, legge n. 300/70, che al di là delle discettazioni sulla natura giuridi-

ca prevede comunque delle obbligazioni collegate a eventi specifici (il recesso illegittimo e l'esercizio dell'opzione per un'indennità in vece della reintegrazione nel posto di lavoro) forfetizzate in modo da esplicitare un'efficacia anche deterrente.

Si tratta, del resto, dell'unico istituto attraverso il quale il legislatore ha inteso monetizzare il valore del posto di lavoro assistito dalla cosiddetta stabilità reale, qual è quello alle dipendenze della pubblica amministrazione. Per le ragioni esposte, si ritiene che commisurando il risarcimento al valore minimo (cinque mensilità – art. 18, comma 4) del danno provocato dall'intimazione del licenziamento invalido più la misura sostitutiva della reintegra (quindici mensilità – art. 18, comma 5) si ottenga l'unica misura contemplata dal nostro ordinamento «che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore» che possa «essere applicata al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del Diritto comunitario» (Corte di Giustizia 4 luglio 2006, C-212/04, Adeneler, par. 102).

In questo modo si perviene all'applicazione della normativa nazionale in termini compatibili con la disciplina comunitaria, in adesione ai precetti contenuti nelle richiamate decisioni della Corte di Giustizia europea.

Dall'accertata nullità della clausola con cui l'E. O. Ospedali Galliera ha apposto un termine al contratto con la ricorrente nonché delle successive proroghe non possono conseguire, pertanto, né la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato né la declaratoria d'illegittimità del recesso, da cui deriverebbero, secondo parte attrice, il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro o, in subordine, la dichiarazione di sussistenza del rapporto con l'Amministrazione convenuta. Tutte le relative domande avanzate in ricorso vanno perciò respinte.

L'accertata nullità dà luogo, invece, a un diritto risarcitorio nell'ammontare dianzi indicato. Parte convenuta va pertanto condannata a corrispondere alla ricorrente un importo complessivamente pari a venti mensilità della retribuzione globale di fatto maturata alla data di cessazione del rapporto (ai sensi delle citate disposizioni dell'art. 18, legge n. 300/70). Va segnalato, in proposito, che già in data 27 novembre 2003 ella aveva contestato l'illegittimità del comportamento avversario, ponendo a disposizione della controparte le proprie energie lavorative (all. 8 ric.), oltre a chiedere il risarcimento del danno (all. 9). (*Omissis*)

II

(*Omissis*) Con atto depositato il 28 marzo 2006 i ricorrenti convenivano in giudizio dinanzi a questo la Asl n. 3 esponendo:

– di essere stati assunti dalla convenuta con contratti a tempo determinato, come ausiliari specializzati socio-sanitari, addetti alla utilizzazione di macchinari e attrezzature specifiche, alla cura e riordino di ambienti ospedalieri, all'accompagnamento e allo spostamento di degenti, ma di fatto anche utilizzati nella assistenza di malati;

– che erano stati assunti previa selezione effettuata dalla competente Sezione circoscrizionale per il lavoro con diversi contratti a termine, più volte succedutisi negli anni;

(*Omissis*)

Tanto premesso chiedevano che il giudice volesse dichiarare la nullità dei termini apposti ai contratti a tempo determinato e, per l'effetto, disporre la conversione dei medesimi in contratti a tempo indeterminato e condannare la convenuta alla loro reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento delle retribuzioni dovute dalla data di cessazione dell'ultimo contratto alla effettiva reintegra, con versamento dei contributi previdenziali; in via subordinata chiedevano condannarsi la convenuta al pagamento delle retribuzioni per i periodi non lavorati tra il primo e l'ultimo contratto, con vittoria spese, con distrazione.

La Asl n. 3 si costituiva regolarmente in giudizio con memoria depositata in data 26 maggio 2006 eccependo il difetto di giurisdizione dell'adito giudice con riferimento alla domanda relativa alla assunzione e ciò *ex art.* 63, d.lgs. n. 165/01, nonché la inammissibilità della domanda perché il termine era elemento indispensabile del contratto e in ipotesi di conversione si avrebbe avuto l'effetto di introdurre una nuova ipotesi di reclutamento del personale in violazione dell'art. 36, d.lgs. n. 165/01.

(*Omissis*)

Da rilevarsi altresì che i ricorrenti chiedono, in punto di domanda, la applicazione della disciplina di cui al d.lgs. n. 368/01, per cui deve stimarsi che il richiamo ai contratti antecedenti l'entrata in vigore di detto decreto, ovvero quelli stipulati antecedentemente il 24 ottobre 2001 (il d.lgs. è stato pubblicato in *Gazz. Uff.* 9 ottobre 2001) sia meramente descrittivo della vicenda di cui è causa.

Ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/01 «è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» e (comma 2) «l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1».

Nel caso di specie nei contratti in atto non vi è alcuna specificazione delle indicate ragioni (fatto incontestato); inoltre parte resistente ha espressamente ammesso che la necessità della apposizione del termine è stata deter-

minata non già da ragioni di carattere tecnico, organizzativo o produttivo, quindi concernenti necessità oggettive di temporaneità del rapporto per la convenuta, ma dalla impossibilità di procedere ad assunzioni ordinarie in conseguenza del blocco delle assunzioni previsto in varie leggi finanziarie: ciò significa che, a fronte di proprie esigenze permanenti e istituzionali, la convenuta ha inteso provvedere tramite una illegittima successione di contratti temporanei.

La clausola relativa al termine deve quindi ritenersi apposta in violazione di legge.

In ipotesi di rapporti con privati datori di lavoro, detta illegittima apposizione travolge solo la clausola, con declaratoria che il contratto deve ritenersi *ab origine* a tempo indeterminato.

Infatti, la nullità della clausola relativa al termine non può inficiare l'intero contratto perché non si riferisce a un elemento principale del negozio giuridico cui inerisce, e non vi è connessione inscindibile tra il termine e le altre clausole contrattuali (come, per esempio, se si trattasse di contratto a termine per prestazioni che normalmente non possono trovare collocazione presso la convenuta). Il riferimento necessario per valutare la possibile estensione della nullità all'intero contratto è alla funzione dello stesso, alla volontà oggettivizzata nel regolamento negoziale e non a una indagine psicologica (così già Cass. n. 180/47; da ultimo Cass. civ., Sez. II, 05 maggio 2003, n. 6756: «In tema di contratti, agli effetti della disposizione contenuta nell'art. 1419 cod. civ. sulla nullità parziale, la prova che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte affetta da nullità, con conseguente estensione della invalidità all'intero contratto, deve essere fornita dall'interessato ed è necessario al riguardo un apprezzamento in ordine alla volontà delle parti quale obiettivamente ricostruibile sulla base del concreto regolamento di interessi, rimesso al giudice del merito e incensurabile in sede di legittimità, se adeguatamente e razionalmente motivato»); si deve quindi verificare se il contratto, rispetto agli interessi nel concreto perseguiti, fosse utile all'atto della sua stipula (Cass., sentenza n. 536/67). In questo senso è evidente la non estensibilità della nullità, considerato che la clausola nulla (quella relativa al termine) non era essenziale al perseguimento dello scopo nel concreto perseguito.

Non resterebbe quindi che dichiarare la nullità del termine apposto al contratto in atti stipulato e per l'effetto dichiarare che *inter partes* intercorre un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con decorrenza dalla assunzione.

Ritiene questo giudice che nella presente controversia debba dichiararsi la nullità del termine apposto, ma il piano degli effetti debba essere diverso.

Infatti, nel caso di specie, opera il disposto di cui all'art. 36, d.lgs. n. 165/01 («In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti

l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni»), ostantiva degli effetti determinati dalla declaratoria di nullità della clausola.

Detta disposizione non può ritenersi implicitamente abrogata dalla entrata in vigore del d.lgs. n. 368/01, considerato che si tratta di disposizione speciale (Cass. civ., Sez. lav., 24 maggio 2005, n. 10904, e in particolare il punto 3.1 dei *Motivi della decisione*), non incompatibile con la disciplina delineata dal d.lgs. n. 368/01 e con la relativa Direttiva comunitaria e anzi a essa conforme: infatti ai sensi della clausola 5, n. 2, lett. *b*, dell'Accordo quadro attuato dalla Direttiva n. 1999/70, gli Stati membri debbono «stabilire a quali condizioni i contratti [...] di lavoro a tempo determinato [...] devono essere ritenuti [...] a tempo indeterminato» [cfr. punto 3.2 della citata sentenza: «è stato rimesso agli Stati membri a quali condizioni i contratti a tempo determinato devono essere ritenuti a tempo indeterminato (clausola 5, comma 2, dell'Accordo quadro Ces-Unice-Ceep recepito dalla Direttiva)»]. L'effetto della cd. conversione del contratto a tempo indeterminato non è quindi indispensabile per la attuazione della Direttiva in parola, potendo essere limitato in presenza di *condizioni* stabilite dallo Stato membro.

Parimenti l'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 non si presta a censure di incostituzionalità, tenuto conto che con esso non si salvaguarda solo l'art. 97 della Costituzione con riferimento all'accesso tramite concorso a impieghi presso le p.a., ma altresì l'art. 3, ovvero il principio di eguaglianza, nonché il principio di ragionevolezza. Infatti, la possibilità di costituire rapporto di lavoro a tempo indeterminato tramite declaratoria di nullità del termine si presta a evidenti abusi.

Deve esaminarsi la portata del principio statuito dall'art. 36 in esame. All'uopo deve darsi atto che non si tratta di disposizione regolatrice specificamente della materia di cui è causa, non ponendo un ostacolo solo agli effetti della declaratoria di nullità del termine, ma in genere a tutte le ipotesi di violazione di disposizione imperativa riguardante l'assunzione o l'impiego di lavoratori (cfr. contratti di somministrazione ecc.). Da questa premessa ne deriva che il disposto della norma non opera su un piano corrispondente alla clausola nulla, ovvero non è una eccezione al principio di cui all'art. 1419 cod. civ. Deve rilevarsi altresì che la disposizione richiamata non opera sul piano di cui al comma 2 dell'art. 1419 cod. civ., ovvero non incide sul contenuto del contratto sostituendo la clausola nulla, ma opera sul diverso piano della regolazione degli effetti del contratto avente clausola relativa al termine nulla, affermando che non vi può essere costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Da ciò ne deriva che il termine apposto al contratto è nullo, il contratto si deve ritenere *ab origine* a tempo indeterminato, ma l'art. 36 determina un effetto risolutivo dello stesso, impedendone gli effetti.

Da quanto detto discende la fondamentale conseguenza che il risarcimento del danno previsto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/01, quale conseguenza della illegittima apposizione del termine, costituisce una ipotesi di responsabilità contrattuale. Detta conclusione trova ulteriore conferma nelle considerazioni che seguono.

Alcuni commentatori hanno ritenuto che il danno previsto dall'art. 36 sia atipico rispetto al danno comunemente previsto nel Diritto civile perché danno originato da violazione di norma di legge imperativa, quindi assistita da presunzione di conoscenza da parte del lavoratore; la violazione di norma imperativa non è causativa di danno in quanto la controparte (il lavoratore danneggiato) deve conoscerla: poiché esiste nell'ordinamento una disposizione che prevede il divieto di costituzione del rapporto di lavoro e il lavoratore deve conoscere i divieti di legge, quindi detta disposizione, il danno non sarebbe mai ingiusto.

Invero per una corretta qualificazione del danno in esame deve farsi riferimento ai principi di Diritto comunitario in materia.

La Corte di Giustizia delle Comunità europee, con due sentenze gemelle, del 7 settembre 2006, rese nelle cause nn. 180/04 e 53/04, si è pronunciata sulla compatibilità del sistema italiano con la Direttiva sul rapporto di lavoro a tempo determinato (n. 1999/70), con riferimento alle p.a. e all'art. 36, d.lgs. n. 165/01. In particolare la Corte ha affermato che, in ipotesi di contratti a termine anomali o successioni anomale dei contratti nel settore pubblico, l'Accordo quadro è applicabile (cfr., in particolare, i punti 55/57 della sentenza nella diversa causa C-212/04 e 32 della sentenza nella causa n. 180/04). La sanzione della trasformazione dei rapporti a tempo indeterminato non è l'unica possibile (cfr., in particolare, la sentenza 4 luglio 2006 nella causa C-212/04 e punto 34 della n. 180/04), ma nell'esercizio della potestà assegnata agli Stati membri dall'articolo 249, comma 3, Ce, di scegliere le forme e i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia delle direttive, è necessario che sia stata adottata dallo Stato almeno una delle misure elencate nella clausola 5, n. 1, lett. da *a* a *c*, dell'Accordo quadro, dirette a prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; deve altresì prevedersi un contesto normativo che non può arrivare a pregiudicare lo scopo o l'effettività dell'Accordo quadro. In particolare, tale potere discrezionale non deve essere esercitato dalle autorità nazionali in modo tale da condurre a una situazione che possa generare abusi e pertanto ostacolare il detto obiettivo (punto 82 della sentenza del luglio 2006): quindi,

in ipotesi vi sia stata utilizzazione abusiva, deve essere prevista e applicata nel diritto interno una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore rispetto il settore privato (cfr. punto 37 della sentenza n. 180/04) al fine di sanzionare l'abuso e cancellare le conseguenze della violazione (articolo 2, comma 1, della Direttiva n. 1999/70/Ce: gli Stati sono obbligati a «prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla Direttiva»). I giudici nazionali devono interpretare il diritto interno alla luce del testo e della finalità della Direttiva per raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali maggiormente conformi a tale finalità, per giungere a una soluzione compatibile con le disposizioni della Direttiva.

Con specifico riferimento all'art. 36, d.lgs. n. 165/01, la Corte di Giustizia (causa n. 48-04) ha affermato che «le modalità di attuazione, ancorché rientranti nel diritto interno, non devono, però, essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)», e che spetta al giudice di rinvio determinare se i requisiti fissati dalla Corte siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale pertinente: «Una normativa nazionale, come quella controversa nella causa principale, che prevede norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti a tempo determinato nonché il diritto al risarcimento del danno subito dal lavoratore a seguito del ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato sembra, *prime facie*, soddisfare gli obblighi ricordati ai punti nn. 36-38 della presente sentenza», ma spetta in ogni caso al giudice italiano «pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, il quale deve, nella fattispecie, determinare se i requisiti ricordati ai tre punti precedenti siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale pertinente».

Dai principi ricordati ne deriva che la conformità del disposto di cui all'art. 36 con l'ordinamento comunitario non è un elemento acquisito, ma che deve essere sottoposto a puntuale verifica. Ove il danno previsto da detta disposizione, come interpretato dal giudice italiano, non soddisfi i requisiti indicati dalla sentenza in esame, non resta che procedere alla disapplicazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 nella parte in cui vieta l'effetto di costituire dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni.

Il danno per essere conforme al disposto del giudice comunitario deve avere le seguenti caratteristiche:

- 1) avere effettiva efficacia dissuasiva;
- 2) non avere conseguenze di minor favore rispetto il settore privato (principio di equivalenza);
- 3) non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario, nel caso di specie tutela avverso la illegittima apposizione del termine.

Dati questi principi guida, è necessario verificare se vi sia una interpretazione del danno previsto dall'art. 36 conforme al Diritto comunitario (e questo giudice come si vedrà ritiene quella da lui proposta l'unica interpretazione possibile conforme) o, in mancanza, procedere alla disapplicazione dell'art. 36 e ritenere la materia regolamentata dalla disposizione generale già prevista per il settore privato (non contrasta con questa conclusione il disposto di cui alla sentenza della Cass. civ., Sez. lav., n. 18276/06, perché attinente a questione antecedente la entrata in vigore della Direttiva).

Come già visto il danno delineato è stato indicato dalla dottrina atipico e in effetti esso non è facilmente riconducibile ai paradigmi della responsabilità contrattuale ed *extra* contrattuale (nello specifico precontrattuale) *ex* art. 1338 del cod. civ. Infatti, non consegue alla sola ipotesi in cui il contratto sia stato originariamente previsto con clausola oppositiva del termine nulla, ma anche quando esso derivi da illegittima proroga, ipotesi evidentemente di responsabilità contrattuale.

Inoltre, ove si ritenga la disposizione in esame riconducibile alla responsabilità precontrattuale (La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto), la irrilevanza della presunzione di conoscenza della legge, quindi della non convertibilità, è in palese antinomia con il principio di esclusione della risarcibilità del danno derivato dall'aver confidato nella validità del contratto, quando la invalidità deriva da norma imperativa. Nell'articolo 36 il risarcimento pare sempre ammesso, in quanto il presupposto del danno è la sola prestazione del lavoratore resa in violazione di disposizioni imperative e non è attribuito rilievo alla consapevolezza del lavoratore circa l'invalidità del contratto: ritenere risarcibile il danno anche in presenza della presunzione legale di consapevolezza dell'invalidità (presunzione di conoscenza del divieto di cui all'art. 36) da parte del lavoratore significa consentire effetti in antinomia con il principio di autoreponsabilità, codificato in numerose norme del codice civile, e in contraddizione con il principio di buona fede soggettiva e oggettiva e con l'indirizzo giurisprudenziale costante che esclude la risarcibilità del danno tutte le volte che l'invalidità derivi da una norma imperativa (Cassazione civile, Sez. III, 26 giugno 1998, n. 6337; Cassazione civile 6 aprile 2001, n. 5114).

Di contro, ove si ritenga che il disposto di cui all'articolo 36, quindi il danno ivi previsto, operi secondo i principi generali secondo cui la buona fede non giova quando l'ignoranza dipende da colpa grave, il danno si dovrebbe ritenere risarcibile solo quando il lavoratore versi in uno stato soggettivo di colpa lieve, con tutte le problematiche connesse a un accertamento della colpa a fini risarcitori: questa conclusione farebbe venire meno qualunque automatismo sanzionatorio e renderebbe estremamente difficile il risarcimento.

Prova evidente della atecnicità della disposizione di cui all'art. 36 e della sua scarsa efficacia è costituita dalla circostanza che la stessa non è stata applicata negli innumerevoli casi di lavoratori pubblici assunti a termine e reimpiagati con successioni temporali anomale rispetto ai criteri dettati dall'articolo 5 del d.lgs. n. 368/2001 (tra i pochi precedenti riscontrabili Trib. Napoli 12 gennaio 2005, Est. Simeoli: «In caso di illegittima e reiterata assunzione a termine alle dipendenze della pubblica amministrazione, il lavoratore ha diritto – ai sensi dell'art. 36, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative; tale risarcimento deve avere a oggetto anche il Tfr che il dipendente avrebbe percepito in caso di assunzione a tempo indeterminato»).

Inoltre, da un punto di vista lessicale, non sembrano ipotizzabili casi in cui «il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative», considerato che dalla *prestazione di lavoro* in senso stretto al dipendente non potrebbe mai derivare un danno, semmai un vantaggio derivante dalla prestazione lavorativa e dalla conseguente retribuzione.

Invero la antinomia sembra a questo giudice riconducibile a sistema, ove si tenga presente quanto in precedenza rilevato, ovvero che la disposizione di cui all'art. 36 non opera solo in relazione ai contratti a tempo determinato della p.a., che soggiace invece alla sola regolamentazione conseguente alla Direttiva n. 1999/70, ma con riferimento in generale agli effetti dovuti a tutti i casi di assunzioni illegittime: come detto, esso opera non sul contenuto del regolamento negoziale, ma sul diverso piano degli effetti del contratto con clausola appositiva del termine nulla. Dalla nullità della clausola deriva quindi che il contratto deve ritenersi a tempo indeterminato, ma dall'art. 36 consegue che detto effetto non vi può essere causa effetto risolutivo: il danno determinato dalla violazione del d.lgs. n. 368/01 è costituito perciò dalla perdita del lavoro per effetto del disposto di cui all'art. 36 che determina una risoluzione legale del contratto a tempo indeterminato, proprio perché opera sul piano degli effetti.

La responsabilità di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 deve quindi ritenersi contrattuale (conseguente alla risoluzione legale del contratto), con obbligo da parte della p.a. di risarcire la perdita del lavoro, con effetti quindi o-

mogenei e simili a quelli previsti per la disciplina privatistica ordinaria (in entrambi i casi è regolamentato il piano degli effetti di un contratto di lavoro *ab origine* a tempo indeterminato), conformemente a quanto voluto dalla Corte di Giustizia nelle citate sentenze. Infatti, il danno di cui all'art. 36:

- viene ad avere sufficiente efficacia dissuasiva, perché determina un reale diritto al risarcimento del danno;

- non ha conseguenze di minor favore rispetto il settore privato (principio di equivalenza), perché aggancia il diritto del dipendente della p.a. alle retribuzioni cui avrebbe diritto in ipotesi di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, come avviene per il dipendente privato che viene a percepire le stesse;

- non rende praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario, ovvero ottenere tutela a fronte di una illegittima apposizione del termine, perché il diritto a un rapporto di lavoro a tempo indeterminato viene ad avere una reale tutela risarcitoria, ancorata alle retribuzioni che si verrebbero ad avere in ipotesi di rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Ne deriva quindi l'obbligo della convenuta di risarcire il conseguente danno. Per la quantificazione dello stesso non si può procedere alla capitalizzazione delle retribuzioni che si sarebbero percepite per tutta la durata della vita lavorativa, considerato che si deve ritenere la possibilità per i ricorrenti di trovare una nuova occupazione in uno spazio di tempo più o meno lungo. Unico criterio che pare equo è agganciare il danno al tempo medio necessario per ricercare una nuova occupazione stabile tenuto conto di zona geografica (sud Italia nel caso di specie), età dei ricorrenti, sesso e titolo di studio. I ricorrenti hanno prodotto uno studio statistico dell'Isfol e del Ministero del lavoro, dell'anno 2005, quindi sufficientemente aggiornato, sulla scorta del quale pare equo condannare la convenuta al pagamento di 17 mensilità di retribuzioni (16 oltre una per Tfr), considerato che tale è il tempo mediamente necessario per trovare una nuova occupazione. Sembra equo compensare in parte il danno (quello previdenziale) considerato che la prestazione di attività lavorativa è produttiva altresì di spese connesse a trasporto, necessità di vestirsi ed eventualmente acquistare generi alimentari.

Da quanto detto ne consegue la declaratoria di nullità dell'apposizione del termine ai contratti di lavoro stipulati dopo il 24 ottobre 2001 e per l'effetto la condanna della convenuta al pagamento in favore di ciascun ricorrente di 17 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre interessi legali dalla cessazione dell'ultimo rapporto di lavoro di ciascun ricorrente all'effettivo soddisfo.

(*Omissis*)

(1) CONTRATTI A TERMINE NELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE:
DIVIETO DI CONVERSIONE E RISARCIMENTO DEL DANNO

1. — *Uno sguardo alle recenti modifiche in tema di contratti a termine* — Le sentenze in commento attengono alla problematica degli effetti conseguenti alla stipulazione illegittima del contratto di lavoro a tempo determinato nel lavoro pubblico, dove, diversamente da quel che avviene nel lavoro privato, in cui vige la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato (secondo quanto dispone il d.lgs. n. 368/01), l'art. 36, comma 6, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, stabilisce che: «la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative...».

Le sentenze si caratterizzano per uniformità nella valutazione della conformità della normativa vigente nel lavoro pubblico al Diritto comunitario, e nella qualificazione del risarcimento del danno dovuto al lavoratore, mentre pervengono a soluzioni differenziate con riferimento alla quantificazione di quest'ultimo. Prima di entrare nel merito delle decisioni e delle questioni, di indubbio rilievo e, come tali, meritevoli, qui, comunque di attenzione, occorre però considerare che il presente commento avviene a ridosso di importanti modifiche della disciplina del contratto a termine riguardanti, per un verso, l'impianto normativo «generale» di questa fattispecie contrattuale, in virtù delle modifiche apportate dalla legge n. 247/07 al d.lgs. n. 368/01, e, per altro verso, le disposizioni «speciali» del lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche, a seguito della modifica dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 a opera della legge finanziaria n. 244/07. Anche se le sentenze non possono tenerne conto e le conseguenze dell'illegitimità stipulazione del contratto a termine non mutano rispetto al testo previgente dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 (se non per l'introduzione di un'ulteriore sanzione a carico delle pubbliche amministrazioni che operano in violazione delle suddette norme), le novità legislative incidono sulla presente riflessione perché contribuiscono a sciogliere qualche nodo interpretativo pendente e costituiscono comunque un riferimento essenziale per evidenziare l'eventuale, diverso assetto degli interessi, nel lavoro pubblico e in quello privato, rispetto alle specifiche discipline in questione. Qui è il caso di accennare almeno, in primo luogo, al fatto che la legge n. 247/07 ha modificato l'art. 1 del d.lgs. n. 368/01, esplicitando nuovamente il principio in base al quale «il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato»; in secondo luogo, che il nuovo art. 36 del d.lgs. n. 165/01, proseguendo l'opera di contenimento del lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni, già iniziata con la legge n. 80/06 (Vedi S. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80*, in *Lav. pubb. amm.*, 2006, pp. 12 ss.; S. Ciucciovino, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 498), ha nuovamente mutato il quadro normativo: infatti, oggi, le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di contratti «flessibili» solo per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali (art. 3, comma 79, legge n. 244/07,

che sostituisce l'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 165/01). È evidente, allora, che nelle pubbliche amministrazioni, almeno con riferimento ai lavori flessibili, si stia accentuando quella diversificazione pubblico/privato che il processo di contrattualizzazione, avviato ormai da tempo, si proponeva di superare (Sulla questione vedi, da ultimo, F. Borgogelli, *La riforma del lavoro pubblico: quale lezione dopo quindici anni*, in corso di pubblicazione in *Dir. lav. merc.*, n. 1/2008; L. Zoppoli, *A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale*, Relazione al Convegno internazionale del 30-31 gennaio 2008 su *Il sistema amministrativo a dieci anni dalla «riforma Bassanini»*, in corso di pubblicazione in *Lav. pubb. amm.*, n. 1/2008). Non meno rilevanti appaiono poi talune questioni, che qui non è possibile affrontare, inerenti alla legittimità di una normativa siffatta, laddove essa ammette deroghe a tali stringenti limiti solo per determinati ambiti. Non si capisce, ad esempio, quale possa essere la ragionevolezza di una scelta legislativa che consenta di assumere a termine per sostituire una lavoratrice in congedo di maternità solo agli enti locali, impedendola, se non nel limite eventualmente dei tre mesi, a tutte le altre pubbliche amministrazioni.

2. — *I vizi del contratto a termine e le sanzioni applicabili* — Prima di approfondire la questione affrontata *ex professo* dai giudici, è opportuno soffermarsi su un aspetto di carattere generale della disciplina del contratto a termine di cui si occupa il Tribunale di Genova: la sanzione applicabile nel caso di «vizio» relativo all'omessa indicazione delle ragioni previste dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/01, o all'indicazione di ragioni insufficienti o infondate.

È noto che la conversione legale del contratto a tempo determinato è espressamente richiamata solo in caso di violazione della forma scritta *ad substantiam* del termine o di protrazione *ultra tempus* del termine (artt. 1 e 5, d.lgs. n. 368/01). A fronte del silenzio legislativo sugli altri possibili vizi, parte della dottrina e qualche isolata decisione giudiziaria, argomentando dalla attenuazione del carattere eccezionale e dalla «liberalizzazione» del rapporto a termine operata dal d.lgs. n. 368/01, escludono la sanzione della conversione e, applicando la norma codicistica in materia di nullità parziale (art. 1419, comma 1, cod. civ.), sostengono che l'invalidità della clausola appositiva del termine per contrasto a norma imperativa si estenda alla totalità del contratto «se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità» (Cfr. A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, pp. 35 ss.; Bianchi D'Urso, Vidiri, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, pp. 123 ss.; Trib. Roma 21 febbraio 2005, in q. *Riv.*, 2005, II, p. 706; Trib. Palermo 6 maggio 2006, in q. *Riv.*, 2007, II, p. 395, con nota di M. L. Vallauri). Questa interpretazione, che, grazie alla possibile nullità dell'intero contratto, consente al datore di eludere le conseguenze della conversione, è avversata dalla prevalente giurisprudenza e da altra parte della dottrina, sulla base di varie argomentazioni. Si osserva, anzitutto, come, in applicazione dei principi in tema di invalidità parziale, le singole clausole nulle non incidano sulla sopravvivenza del contratto, quando esse «sono sostituite di diritto da norme imperative» (art. 1419, comma 2, cod. civ., esplicitazione dell'inserzione automatica di clausole di cui dall'art. 1339 cod. civ.): sicché, l'effetto conservativo del contratto si realizza inevitabilmente, tramite il meccanismo della nullità parziale, quando emergano interessi superindividuali da tutelare, espressi da norme inderogabili. Nel caso del contratto a tem-

po determinato, l'introduzione del termine, o il suo prolungamento, sono consentiti soltanto in presenza di presupposti specifici previsti da disposizioni imperative, dettate a tutela del lavoratore: la relativa violazione (cioè la indicazione di causali incomplete o infondate), produce una nullità della clausola temporale che viene così sostituita dalla norma inderogabile con un effetto automatico, «anche se l'invalidità [...] per uno o entrambi i contraenti, sarebbe tale da inficiare tutto il negozio» (Così V. Speziale, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, p. 247). Ne consegue, dunque, che, retroattivamente (come sempre accade per la nullità), il contratto si dovrà considerare a tempo indeterminato dal momento che l'opinione prevalente e preferibile rinviene nella regola secondo cui il contratto di lavoro è a tempo indeterminato la volontà legislativa inderogabile (In questo senso, tra le tante, Trib. Milano 14 ottobre 2004, in *De&L*, 2004, p. 904; Trib. Frosinone 9 febbraio 2005, in *Boll. Adapt*, n. 20, 2005; Corte d'App. Milano 29 aprile 2004, in *Dir. rel. ind.*, 2000, I, p. 144, con nota di Senatori; Trib. Milano 8 gennaio 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 814, con nota di Giasanti; Trib. Roma 3 febbraio 2005 e 12 gennaio 2005, entrambe in *q. Riv.*, 2005, II, pp. 706 ss.).

La tesi della nullità dell'intero contratto è poi respinta anche per un'altra argomentazione originata dalla cd. *clausola di non regresso*, contenuta nella disciplina comunitaria (art. 8, comma 3, dell'Accordo quadro). Il recepimento della relativa Direttiva – secondo questa parte della dottrina – non può costituire motivo per ridurre il livello di tutela del lavoratore: pertanto a fronte della normativa previgente, che prevedeva sempre la conversione in caso di clausola temporale illegittima, non può, nel sistema attuale, giungersi a conclusioni che comporterebbero conseguenze «deteriori per il lavoratore rispetto a quelle passate» (M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 487; U. Carabelli, V. Leccese, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 536; M. G. Garofalo, *Le clausole di «non regresso» nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *q. Riv.*, 2004, I, p. 39).

Anche il Tribunale di Genova, ritenendo irragionevole «che il difetto originario della condizione legittimante non sia assoggettato alla stessa sanzione applicata nei casi di protrazione *ultra tempus* del contratto a termine, legittimamente stipulato o prorogato [...] e che] escluderla comporterebbe un contrasto con la clausola generale di non regresso», si iscrive dunque nell'opinione pressoché unanime dell'equiparazione delle conseguenze sanzionatorie nel regime del d.lgs. n. 368/01 a quelle già individuate *sub lege* n. 230/62.

La riforma del contratto a termine operata dalla legge n. 247/07 rafforza questa tesi, aggiungendo un argomento sistematico definitivo: la già ricordata reintroduzione esplicita del principio secondo cui il contratto di lavoro è di regola a tempo indeterminato.

3. — *Il trattamento differenziato tra pubblico e privato in materia di conversione: le ragioni di una scelta* — Passando all'esame delle specifiche problematiche del lavoro pubblico, il legislatore, come già evidenziato, ribadisce un principio già presente nella precedente regolamentazione e sul quale dottrina e giurisprudenza, nel corso degli anni, più volte si sono pronunciate, condividendo, pressoché unanimemente, la scelta legislativa. Questa, infatti, pur traducendosi in una palese differenziazione di trattamen-

to tra lavoratore pubblico e lavoratore privato, appare rispettosa dei princìpi costituzionali contenuti negli artt. 3 e 97 [M. Delfino, *Sub art. 36*, in A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, n. 5-6, pp. 1285 ss.; V. Luciani, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Napoli, 2002, p. 123; L. Menghini, *Il contratto a tempo determinato*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, pp. 557 ss.; R. Salomone, *Contratto a termine e lavoro pubblico*, in M. Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, 2002, pp. 267 ss.].

Nonostante ciò, ci si è chiesto se la disciplina dettata dall'art. 36, comma 2, possa considerarsi pienamente compatibile con quella *successiva*, contenuta nel d.lgs. n. 368/01, che, come noto, recependo la Direttiva sui contratti a termine, ha ri-regolato il lavoro a termine senza operare alcuna differenza tra lavoro privato e pubblico, neanche in riferimento al profilo sanzionatorio della conversione. Ci si è chiesto, cioè, se il motivo di tale silenzio fosse da ricercarsi nell'inutilità di ribadire l'esistenza di una differenza di trattamento nel pubblico e nel privato, o se, viceversa, il legislatore avesse voluto unificare la regolamentazione in entrambi gli ambiti, ritenendo questa soluzione in piena sintonia con la normativa comunitaria che si andava ad attuare, rivedendo quanto disposto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 (con riferimento, ovviamente, al solo lavoro a termine).

Su tale questione, necessariamente affrontata da entrambi i giudici, è opportuno soffermarsi.

A tale riguardo conviene ricordare, anche se sinteticamente, le ragioni che hanno spinto dottrina e giurisprudenza, sinora, a ritenere legittimo un trattamento differenziato tra pubblico e privato per quanto concerne il profilo della conversione.

Un ruolo prioritario deve assegnarsi alla sentenza della Corte Costituzionale n. 89 del 2003 (In *Foro it.*, 2003, I, c. 2258) che, chiamata a pronunciarsi su una presunta illegittimità dell'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 165/01 in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione, ha dichiarato la questione infondata. Il ragionamento seguito dalla Corte, essenziale e sintetico, si è basato esclusivamente sul profilo genetico del contratto governato dal principio del concorso, che invece risulta del tutto estraneo al privato. Secondo la Corte, proprio questa differenza, diretta espressione delle esigenze di imparzialità e di buon andamento delle pubbliche amministrazioni, permetterebbe di rilevare la disomogeneità tra le due aree del lavoro dipendente.

Questa sentenza ha offerto il fianco a taluni rilievi critici (Cfr. P. Chieco, *I contratti «flessibili» della p.a. e l'inapplicabilità della sanzione «ordinaria» della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte Costituzionale*, in *Lav. pubb. amm.*, 2003, pp. 489 ss.; P. Greco, *Nota a Corte Costituzionale 89/2003*, in *Lav. pubb. amm.*, 2003, p. 355; D. Mezzacapo, *Profili problematici della flessibilità nel lavoro pubblico: il contratto a tempo determinato*, in *Lav. pubb. amm.*, 2003, pp. 505 ss.). Infatti, pur persistendo un'indubbia differenza per le regole sull'accesso al lavoro pubblico rispetto al privato, all'interno delle pubbliche amministrazioni, proprio per quanto concerne il profilo genetico, il contratto a termine e quello a tempo indeterminato sono tra loro accomunabili: nell'art. 36 – si è detto – è esplicitamente riaffermato il rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale, anche qualora si decida di assumere con contratti a termine, giacché sono comunque imposte procedure selettive pubbliche, dirette a individuare i più capaci e meritevoli (art. 35, comma 1, lett. a, d.lgs. n.

165/01). Procedure – e qui emerge il limite della pronuncia della Corte – da ritenere pienamente conformi con i principi di imparzialità e buon andamento, se si considera che non esiste alcuna disposizione legislativa che impone alle amministrazioni pubbliche procedure differenziate a seconda che l'assunzione debba essere a termine o a tempo indeterminato. E ciò vale sia per procedure selettive *ex art. 35*, comma 1, lett. *a*, d.lgs. n. 165/01, sia quando si procede mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento *ex art. 35*, comma 1, lett. *b* [Dello stesso avviso anche R. Santucci, *Sulla disparità di trattamento tra dipendente pubblico e privato con riguardo alla disciplina del contratto a termine*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 218; L. Zoppoli, *Il lavoro pubblico dopo le riforme degli anni '90 con particolare riguardo agli enti locali: evoluzione e tratti caratterizzanti*, in G. Palma (a cura di), *Lezioni*, Napoli, 2007, pp. 226-229].

Tuttavia, se è vero che la decisione della Corte sul punto appare debole, è altrettanto vero che altri argomenti si potrebbero utilizzare per sostenere la tesi cui essa approda. Il discorso, infatti, non si esaurisce tutto nell'ambito della presenza o meno di una procedura concorsuale o sul tipo di procedura concorsuale prescelta. Ai fini dell'assunzione del personale nelle pubbliche amministrazioni, permane un'ulteriore peculiarità che giustifica la disciplina differenziata, direttamente connessa al principio costituzionale del buon andamento che presiede all'azione delle amministrazioni pubbliche *ex art. 97*, comma 1, Cost. (R. Santucci, *Sulla disparità...*, cit., p. 218): la necessità di contenimento, controllo e razionalizzazione della spesa pubblica. In tal senso rimane emblematico ed essenziale quanto disposto dall'art. 2 della legge delega n. 421/92, dove si esplicita che la profonda riforma della disciplina del lavoro viene varata quale strumento per pervenire «al contenimento, alla razionalizzazione e al controllo della spesa per il settore del pubblico impiego, al miglioramento dell'efficienza, della produttività, nonché della sua riorganizzazione» (art. 2, comma 1) (P. Chieco, *I contratti...*, cit., p. 498). Occorre, insomma, per la tutela di interessi generali (affermazione confermata dal combinato disposto degli artt. 2, comma 1, 6, commi 2 e 4, del d.lgs. n. 165/01, e dall'art. 39, comma 1, della legge n. 449/97), come minimo programmare il fabbisogno del personale, rispettare quantitativamente e qualitativamente la consistenza dell'organico così delineato, individuare le risorse economiche per l'assunzione del personale e accertarsi della loro disponibilità. È questo complesso disegno organizzativo dei poteri a giustificare la disparità di trattamento della disciplina del lavoro pubblico rispetto al lavoro privato, là dove la conversione giudiziale del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato altererebbe l'assetto dei poteri così delineato e non consentirebbe il perseguimento del buon andamento delle pubbliche amministrazioni, imposto dall'art. 97 della Costituzione (In tal senso ancora R. Santucci, *Sulla disparità...*, cit., pp. 219-220). Una tale lettura consente di guardare senza grandi preoccupazioni anche alla recente modifica dell'art. 35 del d.lgs. n. 165/01 (art. 4-bis), che, qualora si proceda ad assumere con contratti a tempo determinato contingenti superiori alle cinque unità, impone il ricorso alle normali procedure concorsuali (Di diverso avviso S. Ciucciuvino, *Il contratto...*, cit., p. 502).

4. — *La Direttiva comunitaria n. 1999/70/Ce, il d.lgs. n. 368/2001 e la perdurante legittimità del divieto di conversione* — I parametri per valutare la legittimità delle differenti discipline tra pubblico e privato non sono, tuttavia, solo gli artt. 3 e 97 della Costituzione. Vi è da considerare, infatti, in virtù degli artt. 11 e 117 Cost., anche

quanto deriva dall'ordinamento comunitario in materia di lavoro a tempo determinato, con la ben nota Direttiva n. 99/70 del 28 giugno 1999, di attuazione all'Accordo quadro sui contratti a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 fra le organizzazioni Ces, Unice e Ceep [Per una sintetica analisi della disciplina comunitaria vedi, da ultimo, M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Padova, 2007, pp. 215 ss.; P. Saracini, *Flexicurity e lavoro a termine: problematiche attuali e prospettive*, in L. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Flexicurity e tutele. Il lavoro tipico e atipico in Italia e Germania*, Roma, 2008, pp. 53 ss.].

Qui la valutazione è facilitata dal fatto che alcune pronunce della Corte di Giustizia europea, richiamate dalle sentenze in commento per la ricostruzione della fattispecie, sono intervenute sulla questione, chiarendo molti aspetti ed evidenziando importanti elementi della Direttiva.

In una prima sentenza, Adeneler (4 luglio 2006, Grande Sezione, causa C-212/04), la Corte ha affermato il principio secondo cui, «qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non preveda nel settore considerato altra misura effettiva per evitare e, se del caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinati successivi», la Direttiva comunitaria «osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato, che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare "fabbisogni permanenti e durevoli" del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi». La decisione che, però, riveste una notevole rilevanza sulle questioni esaminate, giacché ha riferimento specifico alla normativa italiana (l'art. 36 del d.lgs. n. 165/01), è una successiva sentenza, Vassallo (7 settembre 2006, causa C-180/04), confermata da quella cd. Marrosu e Sardino (7 settembre 2006, causa C-53/04) (Cfr. il commento al Trib. Genova, ordinanza 21 gennaio 2004, di L. Zappalà, «Specialità» dei rapporti di lavoro a termine nelle p.a. e Diritto comunitario: l'inapplicabilità della sanzione della conversione al vaglio della Corte di Giustizia, in *Lav. pubb. amm.*, 2004, pp. 693 ss.). In questa sentenza la Corte, per un verso, giustifica l'esclusione del lavoro pubblico dalla sanzione prevista per il lavoro privato, ribadendo quanto già affermato dalla nostra Corte Costituzionale nel 2003, e, per altro verso, sottolinea come sia comunque necessario prevedere in detto settore «misure effettive volte a prevenire e a punire eventuali usi abusivi del contratto a tempo determinato». La Corte conclude affermando che la sanzione risarcitoria, prevista per l'illegittima stipulazione di contratto a termine nel settore del lavoro pubblico, non è, *a priori*, uno strumento inadeguato al fine di perseguire gli scopi della Direttiva; tuttavia – precisa la Corte – spetta al giudice nazionale italiano valutare se essa sia «uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato».

La Corte di Giustizia conferma, dunque, le finalità della Direttiva: il legislatore comunitario non ha previsto alcuna possibilità di «deroga» in riferimento al primo obiettivo, quello, cioè, attinente al miglioramento della qualità del lavoro e del rispetto del principio di non discriminazione (clausola 4), che, infatti, trova piena applicazione anche nelle pubbliche amministrazioni; sul secondo obiettivo è lo stesso legislatore comunitario (clausola 5) a evitare di imporre una sanzione predeterminata e a prevedere una tutela differenziata nell'applicazione della Direttiva quando si sia in presenza

di settori diversificati, ben consapevole che l'applicazione di tutele omogenee e di apparati sanzionatori, in settori caratterizzati da tratti di specificità, potrebbe rivelarsi talvolta di difficile realizzazione. E il lavoro nelle pubbliche amministrazioni può essere considerato un settore peculiare, nel quale, per i principi di imparzialità e buon andamento che devono regolare l'attività, la disparità di trattamento tra disciplina privatistica e pubblicistica, con riferimento al profilo dell'apparato sanzionatorio, è più che ragionevole (giustificabile).

Il problema, allora, è quello di confrontarsi con la complessa problematica della delimitazione degli spazi di discrezionalità che l'ordinamento sovranazionale riserva agli Stati membri nella scelta dei rimedi da utilizzare per sanzionare il mancato rispetto dei precetti dettati dal Diritto comunitario.

Al riguardo, secondo quanto affermato ormai pacificamente dalla Corte di Giustizia, le sanzioni, per ritenersi idonee a raggiungere i risultati richiesti dall'ordinamento comunitario, devono essere dotate di «effettività»: devono essere in grado, cioè, di riparare il pregiudizio subito in maniera adeguata e, al tempo stesso, punire la lesione dotandola di un'efficacia deterrente; e non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (Cd. «principio di equivalenza»: vedi in dottrina già M. Roccella, *Sanzioni e rimedi nel Diritto del lavoro comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, pp. 71 ss., e, più recentemente, L. Zappalà, «Specialità»..., cit., pp. 721-724, e S. Sciarra, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Un tassello nella modernizzazione del Diritto del lavoro*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008, spec. pp. 1620-1624).

5. — *Qualificazione e quantificazione del danno subito dal lavoratore: i diversi «percorsi» seguiti dal Tribunale di Genova e da quello di Rossano* — Rassicurati dal punto di vista dell'ordinamento tanto interno quanto comunitario sull'ammissibilità di una sanzione differenziata tra lavoro privato e pubblico, per contrastare le violazioni della disciplina sul lavoro a termine la giurisprudenza si è prevalentemente orientata per escludere l'ammissibilità di una sanzione diversa da quella risarcitoria (Oltre alle sentenze qui commentate vedi A. Ciriello, *Rassegna critica sul contratto a tempo determinato*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, pp. 363 ss., ed, esemplificativamente, Trib. Napoli 24 gennaio 2007; in un caso isolato si è ravvisato un contrasto insanabile tra l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, e la normativa comunitaria, giungendo a disapplicare la norma interna, ritenuta illegittima, e quindi a dichiarare la conversione dei contratti illegittimamente prorogati con l'ente pubblico – nel caso di specie l'Inail – in contratti a tempo indeterminato: Trib. Reggio Emilia 18 aprile 2007, cit. da Ciriello, p. 391). Pertanto il problema si sposta sui piani della qualificazione e quantificazione del danno fissato dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/01. Ed è proprio su questi aspetti che si diversificano significativamente le opinioni dei giudici e, in particolare, le sentenze qui riportate, dalle quali è allora opportuno prendere le mosse, esaminandone analiticamente le diverse posizioni e argomentazioni.

Secondo il Tribunale di Genova (Vedi anche in *Dir. lav. merc.*, 2007, con nota di G. Sottile, *Sanzioni per il contratto a termine nel lavoro pubblico e Corte di Giustizia europea*, p. 131), poiché il pregiudizio arrecato al lavoratore consiste nella perdita del posto di lavoro e, dunque, di uno stabile trattamento retributivo, assicurato dal rapporto

d'impiego alle dipendenze di un ente pubblico, il meccanismo più appropriato tanto a riparare il danno sofferto dal lavoratore, quanto a esplicare forza dissuasiva – ad avviso del Tribunale –, è quello indicato nei commi 4 e 5 dell'art. 18 Stat. lav., dove il legislatore ha «inteso monetizzare il valore del posto di lavoro assistito dalla cosiddetta stabilità reale, quale è quello alle dipendenze della pubblica amministrazione». Il Tribunale ritiene che «commisurando il risarcimento al valore minimo (cinque mensilità – art. 18, comma 4) del danno provocato dall'intimazione del licenziamento invalido più la misura sostitutiva della reintegra (quindici mensilità di retribuzione globale di fatto – art. 18, comma 5) si ottenga l'unica misura contemplata dal nostro ordinamento» rispondente ai requisiti richiesti dalla Corte di Giustizia nella sentenza Adelener, cioè: a) garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore; b) sanzione adeguata dell'abuso; c) cancellazione delle conseguenze della violazione del Diritto comunitario. In estrema sintesi, per il Tribunale di Genova, dalla nullità della clausola di apposizione del termine e dalle successive proroghe non consegue né la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, né la declaratoria di illegittimità del recesso con conseguente diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, bensì, più semplicemente, il solo diritto risarcitorio, definito, nell'ammontare, secondo quanto stabilito dall'art. 18 Stat. lav.

La sentenza del giudice di Rossano è più complessa. Il procedimento logico-argomentativo del giudice può essere schematizzato nei seguenti passaggi:

a) il danno previsto dall'art. 36 è un danno atipico rispetto al danno comunemente previsto nel Diritto civile, perché originato da violazione di legge imperativa, assistita da presunzione di conoscenza da parte del lavoratore: se il lavoratore conosce i divieti di legge, il danno non sarebbe mai ingiusto e quindi non riconducibile ai paradigmi della responsabilità contrattuale ed *extra* contrattuale, nello specifico precontrattuale, *ex* art. 1338 del cod. civ.;

b) l'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 ammette il risarcimento, essendo il presupposto del danno la prestazione del lavoratore resa in violazione di disposizioni imperative, e non è attribuita alcuna rilevanza alla consapevolezza del lavoratore circa l'invalidità del contratto;

c) vi sarebbe palese antinomia se si riconducesse la qualificazione del risarcimento a responsabilità precontrattuale fondata sul principio di auto-responsabilità, codificato in numerose norme del codice civile e con il principio di buona fede, soggettiva e oggettiva, e con l'indirizzo giurisprudenziale costante che esclude la risarcibilità del danno tutte le volte che l'invalidità derivi da violazione di norma imperativa;

d) l'antinomia è superabile se si riconduce il danno nell'ambito della responsabilità contrattuale e si fa riferimento non al contenuto del regolamento negoziale, ma al diverso piano degli effetti; d1) a tal riguardo anche verso la p.a. il contratto illegittimamente stipulato, o illegittimamente prorogato, deve considerarsi *ab origine* a tempo indeterminato; d2) la nullità della clausola non inficia l'intero contratto (non tanto perché la norma imperativa sostituisce la clausola nulla *ex* art. 1419 cod. civ., ma perché lo si desume, volta per volta, dalla funzione dello stesso, dalla volontà oggettivizzata nel regolamento negoziale, dal perseguimento dello scopo nel concreto perseguito), tuttavia il piano degli effetti è diverso da quello conseguente alla nullità della clausola con cui si è apposto il termine, perché, diversamente dal lavoro privato, il contratto si risolve automaticamente per effetto del divieto legislativo *ex* art. 36, d.lgs. n. 165/01,

con la conseguenza che la relativa responsabilità riveste natura contrattuale, conseguente alla risoluzione legale del contratto;

e) il risarcimento del danno previsto dall'art. 36 soddisfa pienamente le funzioni richieste: possiede sufficiente efficacia dissuasiva, perché determina un reale diritto al risarcimento del danno; ha conseguenze di non minore favore rispetto al settore privato (principio di equivalenza), perché aggancia il diritto al risarcimento del dipendente della p.a. alle retribuzioni cui avrebbe diritto in ipotesi di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, come avviene per il dipendente privato che le percepisce; non rende eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario, ossia ottenere tutela in caso di illegittima apposizione del termine, perché la tutela risarcitoria è ancorata alle retribuzioni conseguibili in ipotesi di rapporto di lavoro a tempo indeterminato;

f) per la quantificazione del danno, non potendosi procedere alla capitalizzazione delle retribuzioni che si sarebbero guadagnate per tutta la durata della vita lavorativa in quanto il lavoratore può trovare altra occupazione, unico criterio equo è costituito dall'aggancio del danno al tempo medio per ricercare l'occupazione stabile (tenuto conto di zona geografica, età dei ricorrenti, sesso e titolo di studio): nel caso specifico si ritiene equo condannare la pubblica amministrazione al pagamento di 17 mensilità di retribuzione considerato che tale tempo è quello mediamente necessario per trovare nuova occupazione.

A ben vedere la distanza tra le due sentenze attiene al piano della quantificazione del danno più che a quello della sua qualificazione (Cfr. M. G. Militello, *Le sanzioni in caso di utilizzo abusivo dei contratti a termine*, in *Lav. pubb. amm.*, 2007, p. 1168). Infatti, il giudice di Genova, applicando la quantificazione del danno prevista dall'art. 18 Stat. lav., sembra presupporre un'qualificazione del danno come quella derivante da licenziamento illegittimo: un danno, vale a dire, di natura contrattuale, la cui quantificazione – determinata preventivamente dal legislatore – soddisfa anche un funzione sanzionatoria della violazione della disciplina dei licenziamenti individuali illegittimi.

Pare dunque opportuno, a questo punto, soffermarsi sulla qualificazione del danno, dal momento che una diversa opinione in proposito potrebbe incidere sulla sua quantificazione e su altri importanti aspetti connessi alla configurazione generale delle responsabilità contrattuale ed *extra* contrattuale.

6. — *La valorizzazione della responsabilità contrattuale* — A non convincere è anzitutto l'idea secondo la quale il danno risarcibile rientrerebbe a pieno titolo nella categoria dei danni da illecito aquiliano e non in quella dei danni da inadempimento giacché esso scaturisce non dalla violazione di clausole pattizie (pienamente vincolanti in quanto valide ed efficaci), ma dall'abusivo utilizzo da parte della p.a. di una prestazione lavorativa oltre i modi e i tempi consentiti da norme imperative (Trib. Foggia 6 novembre 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, pp. 906 ss., con nota di L. Tebano, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata e dissuasiva?*; in dottrina, del medesimo avviso, R. Salomone, *Contratto...*, cit., p. 276; V. Luciani, *Selezione...*, cit., p. 124). In proposito, infatti, è sufficiente rilevare che se è vero che la violazione di una norma imperativa, in virtù dell'interesse generale alla stessa sotteso, trascende gli specifici rapporti intersoggettivi sì da assumere una valenza sanzionatoria a sé stante, è altrettanto vero che, nel Diritto del lavoro, la nor-

ma imperativa non è affatto estranea alla regolamentazione degli interessi propri di una relazione contrattuale, facendo presupporre al riguardo una deviazione del Diritto del lavoro dalle regole civilistiche. Il Diritto del lavoro è ricco di norme imperative poste proprio a tutela del lavoratore: per la sua condizione di subordinazione socio-economica (ancora più apprezzabile nei lavori flessibili), e tecnico-funzionale in virtù del potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro. Né v'è motivo di considerare violati principi come la tutela dell'affidamento proprio in ragione delle peculiarità della disciplina lavoristica dissolvendosi, di conseguenza, ipotizzabili antinomie ed esenzioni risarcitorie, fondate sulla consapevolezza da parte del lavoratore di utilizzazione del proprio lavoro in violazione delle normative che lo tutelano, come giustamente sottolineato anche dal Tribunale di Rossano.

E invece, più di un argomento milita a favore della tesi del danno contrattuale.

Per la verità, non si tratta degli argomenti del Tribunale di Rossano. Questo giudice, ritenendo che la nullità infici soltanto la clausola del termine e non l'intero contratto a tempo indeterminato (da cui deriverebbe la responsabilità per la sua risoluzione), sovrappone erroneamente lavoro pubblico e lavoro privato, estendendo una regola propria del primo al secondo, laddove l'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 stabilisce, per quest'ultimo, esplicitamente, la caducazione dell'intero contratto.

Piuttosto, gli argomenti (di carattere letterale, logico e sistematico) a sostegno della responsabilità contrattuale andrebbero – a mio avviso – articolati lungo un diverso percorso. Il primo, fondamentale passaggio appare il seguente: l'illecita apposizione del termine dovrebbe impedire lo svolgimento della prestazione lavorativa sotto qualsiasi profilo. Qualora ciò non accada, e la prestazione abbia comunque esecuzione, anche nel lavoro pubblico trova applicazione, anzitutto, l'art. 2126 cod. civ., che, com'è noto, fa salvi gli effetti del contratto invalido [Per una ricostruzione sul dibattito intorno all'art. 2126 vedi S. Rigon, *L'invalidità del contratto*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, Utet, 2007, II, pp. 403 ss.]. Durante il periodo di esecuzione della prestazione, quindi, il lavoratore acquisisce e conserva i diritti derivanti dal contratto di lavoro: egli, insomma, avrà diritto «per il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione all'applicazione di tutti gli effetti tipici scaturenti dalla prestazione di lavoro» (O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2005, p. 318). Pertanto, nel caso che stiamo esaminando, si può ritenere che un rapporto giuridico su base contrattuale si sia comunque instaurato, potendosi ormai dare per acquisito che l'art. 2126 cod. civ., pur non equiparando il rapporto di lavoro invalido a quello valido, bensì limitandosi a disciplinare soltanto gli effetti di una vicenda contrattuale limitatamente al periodo in cui si è svolta, non ne pone in discussione l'origine contrattuale (Sul punto vedi C. Zoli, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, spec. pp. 468 ss.).

A questo punto vi è da considerare l'art. 36 del d.lgs. n. 165/01, che non sostituisce la disciplina di carattere generale appena descritta, ma a essa si affianca (C. Zoli, *Prestazione...*, cit., p. 486; S. Ciucciiovino, *Il contratto...*, cit., p. 498). Ai sensi dell'art. 36, comma 6, infatti «... il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizione imperativa...» (corsivo mio). L'espressione non può, evidentemente, considerarsi sfuggita alla penna del legislatore (Come sostanzialmente ritiene L. Menghini, *Il lavoro a termine nelle p.a. dopo le recenti innovazioni legislative e le sentenze della Corte di Giustizia del 2006*, in *Lav.*

pubb. amm., 2006, p. 1114). Viceversa essa induce a due importanti considerazioni. In primo luogo, conferma che il diritto al risarcimento del danno ha origine nella prestazione e quindi nella relazione contrattuale. In secondo luogo, il danno si produce per il *fatto stesso* della prestazione e quindi della relazione contrattuale, benché posta in essere in violazione della norma imperativa, al di là di quanto dovuto come corrispettivo della medesima prestazione, a cui provvede la tutela garantita dall'art. 2126 cod. civ. Ciò vuol dire che il *danno è sempre e comunque dovuto*, anche nell'ipotesi in cui il rapporto a termine abbia avuto completa esecuzione e, comunque, a prescindere dalla sua effettiva durata (*Contra* L. De Angelis, *Il contratto a termine con le pubbliche amministrazioni: aspetti peculiari*, in *D&L*, 2004, pp. 45 ss.).

Occorre ora interrogarsi su quale sia la ragione del danno subito, sempre e comunque, dal lavoratore. La risposta sembra una sola. Nel nostro ordinamento giuridico, nonché in quello comunitario (lo sottolinea anche il Tribunale di Genova), vige un principio secondo cui il rapporto di lavoro, anche pubblico, si reputa a tempo indeterminato: principio, come prima ricordato, nuovamente affermato, nell'ordinamento italiano, dalla recente riformulazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/01. Ed è in ragione di tale principio che, nelle ipotesi di vizio della clausola temporale, nel privato si produce la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato. Nel pubblico, però, il datore di lavoro, per i vincoli costituzionali prima richiamati, incorre nel divieto di costituzione di rapporti di lavoro in caso di violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori. Vi è da pensare, allora, che il danno peculiare previsto dall'art. 36 a questo divieto si colleghi. Più specificatamente, l'ordinamento imputa all'amministrazione, come conseguenza del suo comportamento illegittimo, e, per converso, a tutela della debolezza contrattuale del lavoratore subordinato, i danni subiti dal lavoratore pubblico per la negazione della conversione, logica conseguenza del principio generale secondo cui i rapporti di lavoro subordinati si reputano a tempo indeterminato. Il danno subito dal lavoratore non deriva, dunque, dalla risoluzione del contratto, come sostiene il giudice di Rossano.

Questa lettura del dato normativo appare la sola realmente conforme con il disposto della Direttiva comunitaria sui contratti a termine e delle sentenze della Corte di Giustizia intervenute sulla questione specifica. In particolare, va rammentato che la sanzione, per essere conforme alle indicazioni comunitarie, oltre al principio dell'effettività, pur importante, deve rispettare il principio dell'equivalenza: ciò vuol dire che il danno di cui dovrà essere risarcito il lavoratore pubblico dovrà necessariamente essere collegato all'impossibilità di vedersi applicare la regola della conversione.

Sotto questo profilo, la norma svolge una duplice funzione: sanzionatoria, in stretta osservanza della disciplina comunitaria, e risarcitoria, secondo dinamiche più consone al nostro ordinamento. Considerazione, questa, che evidenzia, al tempo stesso, come la ricostruzione qui proposta risulti, alla fin fine, anche la più coerente con la cd. privatizzazione, che, pur nelle differenze volute dal legislatore, costituisce comunque la trama normativa del lavoro pubblico. Non sembra dubbio, infatti, che il percorso proposto accomuni, nella vicenda in esame, le due aree del lavoro dipendente, riconoscendo un ruolo centrale al contratto di lavoro e alla sua *ratio* e differenziando le conseguenze, nella misura strettamente necessaria imposta dai principi costituzionali.

In definitiva si può ritenere che il legislatore con l'art. 36 abbia «tipizzato» un danno. A questa conclusione conduce l'interpretazione letterale, logica e sistematica: cosic-

ché i primi due periodi dell'art. 36, comma 6, vanno posti in stretta continuità, giacché «il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative» perché «la violazione di norme imperative [...] non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato».

In tal modo – è qui opportuno ripeterlo – si spiega appieno sia perché la lettera della norma non ipotizza il risarcimento come meramente eventuale, ma lo contempla indipendentemente dalle vicende del rapporto di lavoro a termine, sia perché il risarcimento è ancorato esclusivamente alla prestazione svolta.

7. — *Alcuni spunti in tema di quantificazione del danno* — Appurata la natura contrattuale del danno è ora il caso di soffermarsi sulla quantificazione del pregiudizio subito dal lavoratore, mantenendoci, sempre, per evidenti ragioni di spazio, a ridosso dei percorsi seguiti dalle sentenze in commento.

Con riferimento al danno patrimoniale (inteso nella classica accezione del danno emergente e lucro cessante), trovando il risarcimento la sua giustificazione nella mancata costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, è più che condivisibile la scelta di entrambi i giudici di utilizzare tale «perdita» quale parametro per quantificare il danno patrimoniale subito. Ciò che cambia nelle due decisioni è la tecnica utilizzata per la quantificazione.

Poiché si tratta di un'operazione indubbiamente complessa e delicata, appare preferibile la scelta del Tribunale di Genova che ancora la quantificazione del danno all'unico dato normativo «monetizzante» il posto di lavoro, ossia l'art. 18 Stat. lav. (Da ultimo, vedi L. Montuschi, *Attualità della sanzione civile nel Diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, spec. pp. 1195-96). Il giudice di Genova, insomma, cerca di individuare una quantificazione «oggettiva» del danno che risponda anche a una funzione sanzionatoria per la repressione delle violazioni delle norme imperative poste a presidio della disciplina del lavoro a termine. Ciò detto, va però tenuto in considerazione che la *ratio* della normativa in tema di stabilità reale del posto di lavoro è sensibilmente diversa da quella sottesa al risarcimento del danno *ex* art. 36 (Sul punto vedi L. Tebano, *Il contratto...*, cit., spec. p. 910) e, pertanto, una sua applicazione integrale potrebbe non risultare appropriata.

Al riguardo v'è da considerare che, com'è noto, la tutela predisposta dall'art. 18 si compone sia di un risarcimento per il mancato svolgimento della prestazione e, quindi, delle utilità perdute per effetto del licenziamento, sia, comunque, di una tutela afflittivo-sanzionatoria (O. Mazzotta, *Diritto...*, cit., p. 673), espressa dalle 5 mensilità di retribuzione sempre dovute, sia di un'eventuale indennità, sostitutiva della reintegra, atta a quantificare il danno del lavoratore per la perdita del posto di lavoro. A mio avviso, è proprio su quest'ultima (pari a 15 mensilità) che occorre concentrare l'attenzione nel caso in esame, in quanto è tale indennità a quantificare, appunto, il «valore» del posto di lavoro: il comma 5 dell'art. 18 si rivela, insomma, un buon punto di partenza, da cui ricavare una sorta di valore minimo garantito al lavoratore. Al contempo, tuttavia, non è detto che esso esaurisca il risarcimento. Infatti, mentre l'obbligazione derivante dall'art. 18 è ricondotta nell'ambito delle obbligazioni con facoltà alternativa dal lato del creditore (Corte Cost. n. 81/92), e pertanto il lavoratore potrà valutare l'opportunità di non «alienare» il suo posto di lavoro, nell'ipotesi di cui all'art. 36 egli non ha diritto ad alcuna scelta. Di conseguenza, il giudice, in via equitativa, potrà sta-

bilire anche un diverso ammontare del danno, servendosi di taluni parametri utili, nel caso concreto, a dimostrare le maggiori difficoltà per la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro e, quindi, il maggior danno effettivamente subito dal lavoratore (considerando, ad esempio, età del soggetto coinvolto, area geografica, qualifica professionale: parametri, non a caso, utilizzati dal giudice di Rossano).

Viceversa – e questo è un sicuro punto di dissenso rispetto al Tribunale di Genova –, per quanto riguarda il risarcimento di cui al comma 4 dell'art. 18, l'estensione, al caso di specie, delle 5 mensilità non appare giustificabile. Occorre considerare che la funzione sanzionatoria di tale disposizione viene già soddisfatta dalla «tipizzazione» del particolare danno di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165/01. Al più potrebbe verificarsi la possibilità di risarcire il lavoratore anche per le retribuzioni perdute, in una logica di mero risarcimento per la mancata prestazione, qualora il contratto a termine, illegittimamente stipulato, sia stato risolto *ante tempus*.

Sempre con riferimento al danno patrimoniale, è il caso di precisare, poi, come non ci si possa limitare al solo danno emergente, derivante dalla mancata prestazione, ma potrebbero verificarsi i presupposti per il risarcimento del lucro cessante (Si pensi alla classica ipotesi del danno derivante dalla perdita di *chances*, vedi E. Ales, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano, 2002, pp. 121-122). Come pure non è da escludere un danno di natura non patrimoniale: è ormai diffuso, infatti, anzitutto tra i civilisti, l'orientamento che riconduce anche alla responsabilità contrattuale la possibilità di un tale risarcimento [A. Jannarelli, *Il danno risarcibile*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di Diritto privato*, Torino, 2003, pp. 1042 ss.; per una puntuale ricostruzione del dibattito vedi V. Luciani, *Danni alla persona e rapporto di lavoro*, Napoli, 2008]. Nel caso di specie potrebbero verificarsi i presupposti, ad esempio, per il riconoscimento del danno esistenziale, se si considera, come si sa, che in quest'ultimo possono confluire tutti gli impedimenti che i soggetti danneggiati subiscono con riguardo alle attività che concorrono alla propria realizzazione individuale (relazioni affettive-familiari; rapporti sociali ecc.) [P. Ziviz, *Danno esistenziale: nozione e disciplina*, in P. Cendon, A. Baldassari (diretto da), *Il danno alla persona*, Bologna, 2006, I, p. 155].

Tirando le fila dell'analisi svolta, si può dunque ritenere che l'apparato sanzionatorio predisposto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 risponda pienamente alle richieste della Corte di Giustizia.

Esso «punisce» il comportamento lesivo dell'amministrazione che ha agito violando disposizioni imperative dettate per il perseguimento di un interesse generale. E la previsione ha senza dubbio un effetto deterrente avendo a oggetto il pagamento di una cospicua somma di denaro. Prescrizione oggi, peraltro, rafforzata dalla legge n. 244/07 che, come ricordato nelle prime pagine, le affianca il divieto di «effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo alla suddetta violazione».

Al tempo stesso la norma si rivela in grado di riparare in maniera adeguata al pregiudizio subito dal lavoratore tutelando il suo specifico interesse, attraverso il risarcimento del danno tipicamente satisfattivo contrattuale.

Paola Saracini
*Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università del Sannio - Benevento*

DIRITTO SINDACALE

CORTE D'APPELLO ROMA, 6 febbraio 2007, III Sez. penale – Pres. Mineo, Est. Ciccone – P. C. *et al.* imputati (avv.ti V. Lombardi, M. Lombardi, Goffredo), M. C., parte civile (avv.to Ciatti)
Diff. Trib. Roma 4 maggio 2005

Diritto di critica – Comunicato sindacale – Diffamazione – Scriminante – Non costituisce reato.

L'affissione sul luogo di lavoro di un comunicato sindacale contenente i termini «fascista» e «maschilista» non costituisce di per sé reato di diffamazione nei confronti del superiore gerarchico. (1)

(Omissis)

Con sentenza del Tribunale di Roma, in data 4 maggio 2005, C. P., R. S. e C. S. erano dichiarate responsabili del reato di cui agli artt. 110 e 595 cod. pen. per avere offeso la reputazione di C. M. in qualità di capo ufficio della contabilità dell'istituto Luce, con espressioni quali «fascista maschilista», indicate in un comunicato affisso all'interno dei locali della società, in Roma querela del 11 marzo 1999 (data indicata erroneamente in sentenza come 11 marzo 2001), e, concesse le attenuanti generiche, condannate alla pena di euro 450 di multa, nonché al risarcimento dei danni in favore della parte civile liquidati in euro 2.500,00 oltre le spese.

Risultava dalla istruttoria dibattimentale che le imputate, colleghe di lavoro di M. C. e rappresentanti sindacali, avevano affisso nella bacheca del luogo di lavoro il volantino oggetto della imputazione nel quale si dolevano di taluni comportamenti che M. C. aveva assunto quale responsabile della contabilità, avendo negato dei permessi per ferie a lavoratrici madri. Nel criticare il comportamento di M. C. le imputate lo qualificavano come «maschilista e fascista», espressioni che per il primo giudice assumevano valenza dispregiativa e offensiva, superflua rispetto allo scopo che le imputate intendevano di raggiungere.

Avverso la sentenza veniva proposto appello dal difensore delle imputate, il quale ne chiedeva l'assoluzione perché il fatto non sussiste o perché non costituisce reato.

All'udienza del 6 febbraio 2007 la causa veniva decisa sulle conclusioni delle parti come in epigrafe trascritte.

La impugnata sentenza va riformata dovendo le imputate essere assolte perché il fatto non costituisce reato.

Il fatto si inquadra in un contesto di lotta sindacale avente per oggetto il trattamento delle lavoratrici madri.

Nel volantino le scriventi, dopo aver criticato il comportamento di M. C., concludevano nei seguenti termini: «Esigiamo che l'azienda assuma un atteggiamento conseguente e rispettoso della legislazione in materia; in caso contrario ci riserviamo di denunciare, nelle sedi opportune, il comportamento fascista e maschilista che viene perpetrato a danno delle donne lavoratrici».

Orbene, ritiene la Corte che nel contesto del contenuto del volantino, l'espressione «fascista e maschilista» non superi i limiti della continenza del diritto di critica.

Il termine «fascista», legato dal congiuntivo al termine «maschilista», perde il suo significato proprio e sta per indicare un comportamento vessatorio e lesivo dei diritti delle lavoratrici madri.

Non si tratta di un attacco personale ma di un attacco mosso al suo comportamento concretizzatosi nel diniego dei permessi alle lavoratrici madri, ritenuto dalle rappresentanti sindacali illegittimo e lesivo dei diritti delle lavoratrici.

In tale ottica l'espressione incriminata è un modo colorito per criticare un comportamento ritenuto vessatorio e discriminatorio e non assume alcun particolare significato offensivo dell'onore e della reputazione.

Le imputate vanno, dunque, assolte perché il fatto non costituisce reato.
(*Omissis*)

(1) DIRITTO DI CRITICA E NUOVI SPAZI D'AZIONE PER LA CITTADINANZA INDUSTRIOSA. L'OBEDIENZA NON È PIÙ UNA VIRTÙ?

1. — *Il profilo «soggettivo» del diritto di critica* — La sentenza che qui si commenta suggerisce una rilettura, «ai tempi della globalizzazione», del diritto di critica spettante al cittadino-lavoratore, rappresentante sindacale o meno. La riconduzione di tale diritto alla libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero induce a una, sia pur non approfondita, disamina del quadro normativo di riferimento nazionale e sovranazionale, anche di natura non strettamente lavorista. Anzi, anche il più recente

quadro costituzionale comunitario, espresso dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di recente «riproclamata» con piccoli aggiustamenti – in particolare, artt. 51 e 52 –, vedi *Gazz. Uff. Ce*, C-303, 14 dicembre 2007), sancisce, a favore di ciascun individuo, la libertà di manifestare il proprio pensiero, a prescindere dal proprio status professionale (art. 11). Tuttavia, l'articolo richiamato, calato nell'ambito del rapporto di lavoro e letto nel quadro complessivo del testo del documento comunitario, pare sottolineare e confermare quella tendenza volta a valorizzare la personalità del cittadino-lavoratore senza mortificare la dimensione collettivo-solidaristica della relazione di lavoro: insomma, la «riscoperta», da parte del Diritto del lavoro, dell'individuo, evitando di relegarlo all'ombra dell'individuo borghese (Simitis, *Il Diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, pp. 87-113).

Ad analoga ricostruzione sembra essere pervenuta la dottrina costituzionalista e lavorista nella lettura combinata dell'art. 21 Cost. e dell'art. 1 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970), rubricato «Libertà di opinione», la quale conviene sul fatto di non rinvenire alcun limite oggettivo, che non sia quello del lecito, alla libertà di manifestazione del pensiero del cittadino-lavoratore, potendo estendersi ben oltre la attività sindacale in senso stretto.

La stretta, anche se non necessaria, connessione tra la libertà sindacale *ex* art. 39 Cost. e la libertà di opinione *ex* art. 1 Stat. lav., poi, consente di avallare quell'orientamento interpretativo che garantisce l'esercizio di quest'ultima libertà anche in forma collettiva [Fois, commento *Sub* art. 1, in U. Prosperetti (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, I, p. 35; Giugni, *Sub* art. 1, *Lo Statuto dei lavoratori*, *Commentario*, 1979, pp. 4 ss.].

Anche per quanto attiene al diritto di critica, bisogna preliminarmente sottolineare che particolari spunti interpretativi e ricostruttivi, nel mutato contesto dell'economia post-fordista, sono offerti dalla locuzione «nei luoghi dove (i lavoratori) prestano la loro opera» e dallo stesso concetto di datore di lavoro, rinvenibili nell'art. 1 Stat. lav. Infatti, a parte quanto si accennerà a proposito di come il diritto di critica si potrebbe configurare all'esterno dei luoghi di lavoro, l'annosa e dibattuta questione dei confini dell'impresa si può porre, in termini sia pure nuovi e più problematici, qualora risulti piuttosto difficoltoso individuare, in relazione alle condizioni di lavoro, il «centro decisionale» effettivo verso cui indirizzare le opinioni e/o censure.

La disciplina, nazionale e comunitaria, in materia di salute e sicurezza del lavoro negli appalti e implicante un generale e pervasivo dovere di coordinamento e di cooperazione tra i diversi soggetti, imprenditoriali e non, coinvolti nel processo di decentramento produttivo, rende quanto meno intricata la individuazione dei confini geografici e giuridici del luogo di lavoro e del conseguente soggetto responsabile.

È, certamente, indiscutibile che l'intervento promozionale del legislatore del 1970 fosse volto ad affermare la cittadinanza del lavoro all'interno dell'impresa, configurata come spazio politico democratico, e a contrastare, anche attraverso il sostegno al contropotere collettivo, il principio dello *employeur seul juge* (Grumbach, *Citoyenneté, Enterprise et Contrat Social*, in *Droit Ouvrier*, giugno 1995, pp. 235-257). Lo Statuto ha dunque rafforzato, una volta consolidato l'orientamento interpretativo relativo alla immediata precettività delle disposizioni costituzionali, il convincimento di chi negava al «luogo di lavoro» la natura di zona franca o, per lo meno, di *vulnus* per quanto riguarda la vigenza delle libertà fondamentali, riconoscendogli, bensì, la tensione a di-

venire una formazione sociale capace di promuovere lo sviluppo della personalità umana e il perseguimento dell'uguaglianza sostanziale ex art. 3, comma 2, Cost.

Sul piano soggettivo, l'attinenza del diritto di critica del lavoratore alla dignità e alla sfera di libertà consentirebbe un'interpretazione estensiva ed evolutiva dell'art. 1 Stat. lav. tale da spingerne l'applicazione sino all'area della cd. parasubordinazione, dato il carattere personale e continuativo, nonché il conseguente inserimento funzionale della prestazione del collaboratore nell'organizzazione del committente.

Una tale interpretazione troverebbe conferma nel dato positivo offerto da taluni ordinamenti, soprattutto di matrice anglosassone, che hanno sostenuto una strategia di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, meno «concentrata» sullo *status* professionale dell'individuo.

Ad esempio, il *South Australian Whistleblower Protection Act 1993* si applica a tutte le persone, e non solo quindi agli *employees* o *workers*, che divulgano, nel pubblico interesse, episodi di cattiva amministrazione verificatosi nel settore pubblico. Nella stessa prospettiva si colloca la legislazione neozelandese (*New Zealand's Protected Disclosures Act 2000*) e quella del Regno Unito (Sezione 43B1 del *Employment Rights Act 1996*), che adottano, rispetto alla prospettiva della subordinazione, un approccio più ampio e inclusivo, fino a comprendere, tra i titolari del diritto al *whistleblowing*, i lavoratori «noleggiati» e quelli che sono legati da vincoli contrattuali indiretti e affievoliti, se non, addirittura, estinti, con l'utilizzatore effettivo della prestazione lavorativa (D. Lewis, *Whistleblowing at work: on what principles should legislation be based*, in *Ind. law journal*, vol. 30, giugno 2001). Analogamente, il *National Labour Relation Act* nordamericano (1935) include tra i soggetti protetti anche i *workers* e gli *independent contractors*.

Queste ultime considerazioni consentono di indagare alcune delle principali questioni originatesi in seguito al calarsi del diritto di critica nell'ambito del rapporto di lavoro, che si assume, da un orientamento giurisprudenziale tanto consolidato quanto non condivisibile, caratterizzato da un intrinseco carattere fiduciario (Cass. 25 febbraio 1986, n. 1173, in *Foro it.*, 1986, I, con nota di Mazzotta, *Diritto di critica e contratto di lavoro*, 1877; in *Lav.* 80, 1986, con nota di Muggia, *Diritto di critica, verità dei fatti e licenziamento*, pp. 473-478).

Per quel che qui interessa, da una prima analisi dell'orientamento giurisprudenziale consolidato, contrastato dalla prevalente dottrina [Ichino, *Il contratto di lavoro*, vol. I, in Cicu, Messineo, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, ora diretto da L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 2000; Mattarolo, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in P. Schlesinger (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, 2000; Bonardi, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, vol. II, in F. Carinci (diretto da), *Commentario*, Utet, 2007, pp. 725-755; si rinvia, per ampi richiami, a Nuzzo, *Diritto di critica del dipendente e presunta violazione del vincolo di fiducia*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 813], e che si regge, soprattutto, su una nozione «allargata» di fedeltà (Cass. n. 3719 del 1° giugno 1988, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 978, con nota di Tullini, *Su di una nozione «allargata» dell'obbligo di fedeltà*; Rivara, *Riflessioni sul diritto di critica del lavoratore nell'ordinamento italiano e comunitario*, in *Lav. dir.*, n. 3, 2002), sembra desumersi un rapporto inversamente proporzionale tra obbligo di fedeltà ex art. 2105 cod. civ. e diritto di critica del lavoratore: a

un'espansione della portata dell'obbligo di fedeltà corrisponde una conseguente compressione del diritto di critica del lavoratore.

Eppure, in relazione al profilo riguardante il segreto aziendale, un'attenta lettura dottrinale (Ichino, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979, pp. 606-610) e giurisprudenziale (Cass., Sez. lav., 16 gennaio 2001, n. 519) dell'art. 2105 cod. civ. ha ricondotto la citata disposizione nell'alveo naturale della sua *ratio*, vale a dire la tutela «in via mediata» dell'avviamento dell'azienda nei confronti della concorrenza.

Tuttavia, la stessa Corte di Cassazione sembra essere pervenuta anche a una diversa analisi della problematica in questione, attraverso una traslazione della prospettiva ricostruttiva al livello collettivo, persistendo, però, nel bypassare e rifiutare di confrontarsi con una lettura più «moderna e laica» (nonché più rispettosa del dato letterale) dell'obbligo di fedeltà [Su cui vedi Mattarolo, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in P. Schlesinger (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, 2000; Bonardi, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, vol. II, in F. Carinci (diretto da), *Commentario*, Utet, 2007, pp. 725-755].

In particolare, il richiamo è a Cass., Sez. lav., 8 novembre 1995, n. 11436 (In *Not. giur. lav.*, 1996, p. 86), e a Cass., Sez. lav., 24 maggio 2001, n. 7091 (In *Lav. prev. oggi*, 2001, p. 1208, e in *Mass. giur. lav.*, n. 8-9, 2001, con nota di Giovagnoli, *Diritto di critica del rappresentante sindacale e giusta causa di licenziamento*, pp. 792-802), dove, a proposito di un possibile conflitto tra la libertà sindacale ex art. 39 Cost. e l'obbligo di fedeltà ex art. 2105 cod. civ., la Suprema Corte ha distinto i rapporti del lavoratore, che sia anche sindacalista, con il proprio datore di lavoro, escludendo qualsiasi incidenza della «fedeltà» sulla dimensione collettivo-sindacale e relegandola sul «distinto piano degli obblighi da osservare in relazione all'espletamento della prestazione lavorativa».

Il lavoratore-rappresentante sindacale, in relazione all'attività, appunto, di rappresentanza sindacale, espressione della libertà di cui all'art. 39 Cost., si pone su un piano paritetico con il datore di lavoro, essendo la contestazione dell'autorità e supremazia del datore di lavoro caratteristica propria della dialettica sindacale e non integrando essa un'ipotesi di insubordinazione. Tale, sia pur «generoso», orientamento non pare appieno condivisibile perché, comunque, introduce poco giustificabili disparità di trattamento tra il lavoratore-rappresentante sindacale e gli altri lavoratori, rendendo per quest'ultimo più difficoltoso l'esercizio del diritto in questione, ammesso anche per il perseguimento di un interesse meramente individuale, non necessariamente sindacale.

2. — Interesse «distintivo» dell'impresa e dimensione «plurifunzionale» della critica

— L'onnivoro carattere fiduciario che ammanterebbe il rapporto di lavoro ha contribuito ad avallare, proprio in riferimento al diritto di critica, talune decisioni giurisprudenziali, anche della Suprema Corte (Cass., Sez. lav., 25 novembre 1986, n. 6945, in *Not. giur. lav.*, 1987, p. 479; Cass., Sez. lav., 24 maggio 2001, n. 7091, in *Lav. prev. oggi*, cit., Cass. 22 agosto 1997, n. 7884, in *Dir. lav.*, 1998, II, con nota di Innocenzi), che, talvolta superficialmente e confondendo il profilo civilistico con quello penalistico della questione, operano una deterministica e coincidente con-

nessione tra la lesione all'onore e alla reputazione del superiore gerarchico che ricopre una posizione, anche apicale, nell'organizzazione aziendale e la lesione all'interesse dell'impresa.

Il progressivo passaggio da un capitalismo «familiare» alla sempre maggiore diffusione delle *public companies* dovrebbe suggerire un più accorto orientamento interpretativo in grado di discernere i diversi livelli in cui si collocano, rispettivamente, l'interesse dell'impresa e l'interesse del dipendente, anche di «vertice», a veder tutelata la propria reputazione, considerando che lo stesso diritto societario predispone lo strumento dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società per azioni (artt. 2393, 2393-bis, 2394, 2395 cod. civ.).

Anzi, la summenzionata differenziazione sembra essere meglio esplicitata, anche se *a contrario*, dalla disciplina predisposta dal d.lgs. n. 231/2001, che subordina la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive della personalità giuridica, comunque, al conseguimento di un vantaggio «proprio» di quest'ultima, sia pure scaturente dalla condotta penalmente illecita del soggetto attivo «qualificato» ex art. 5.

Pertanto, una volta riconosciuta la configurabilità di una precisa divaricazione tra proprietà e gestione dell'impresa, è ben probabile che la condotta di un collaboratore, collocato ai livelli superiori dell'organigramma aziendale, o la stessa gestione aziendale da parte della dirigenza si ponga in contrasto con l'interesse «distintivo» dell'impresa. In tal caso, l'interesse dell'impresa potrebbe essere perseguito, data la «multi-direzionalità» degli effetti derivanti dall'esercizio del diritto di critica, dal singolo lavoratore, che, con l'esprimere opinioni, proposte o, addirittura, denunce di malgoverno per il conseguimento di un interesse individuale, collettivo-sindacale o pubblico, finirebbe con il tenere un comportamento ispirato a un alto livello di collaborazione nei confronti del proprio datore di lavoro (Trib. Frosinone 8 ottobre 1986, in *Foro it.*, I, 948).

Nel quadro della cd. critica collaborativa o cooperativa (Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2003), andrebbero, allora, inquadrate tutte quelle situazioni, tra cui quella che qui si commenta, in cui l'esercizio del diritto di critica impedisce il perpetrarsi di situazioni di «cattiva gestione» o di comportamenti apertamente illegali da parte di chi ricopre ruoli di responsabilità nell'ambito della conduzione aziendale.

In una prospettiva di critica *latu sensu* collaborativa, si pongono, altresì, le previsioni della normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro, che prevede tra le funzioni del rappresentante della sicurezza il potere/dovere di formulare proposte in merito all'attività di prevenzione (art. 19, lett. m, d.lgs. n. 626/1994), nonché osservazioni in occasione di visite e verifiche effettuate dalle autorità competenti (art. 19, lett. i, d.lgs. n. 626/1994), non dovendosi ritenere sussistente, ma al riguardo l'orientamento giurisprudenziale è contrastante, alcun obbligo al segreto a carico del lavoratore in caso di notizie la cui occultazione possa essere causa o aggravamento delle condizioni di rischio (Cosio, *I diritti di informazione nel d.lgs. n. 626/1994: verso un modello di sicurezza partecipata*, in q. *Riv.*, 1995, I, p. 429; Bonardi, *Ante litteram. Considerazioni «a caldo» sul disegno di legge delega per l'emanazione di un Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, in q. *Riv.*, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, supplemento al n. 2/2007). Un'adeguata considerazione merita, dunque, il carattere

centrale e strumentale del sistema di informazione e consultazione dei lavoratori, imposto per via legislativa e/o contrattuale.

A una funzione più strettamente di denuncia, invece, va ricondotta l'attività di diffusione di informazioni volta a eliminare le condotte illecite dell'impresa-datrice di lavoro (Cass., Sez. lav., 16 gennaio 2001, n. 519, in q. *Riv.*, 2002, I, con nota di Fatone, *Insussistenza della violazione dell'obbligo di fedeltà in seguito a sottrazione e utilizzazione di documentazione aziendale, nei limiti dell'assenza di un oggettivo danno per l'azienda*, pp. 78-87), dove l'azione del lavoratore «dissidente» è ispirata dal diritto/dovere civico di denunciare un fatto illecito, talvolta di rilevanza penale. Nei casi riguardanti le pronunce succitate, l'effettuazione della denuncia, che dovrebbe fungere da stimolo all'attivazione delle istituzioni competenti, esaurirebbe gli oneri «inquisitori» incombenenti sul lavoratore.

Il riferimento ai poteri «inquirenti» del lavoratore suggerisce di confrontarsi con quelli che si definiscono limiti di continenza sostanziale e formale. Infatti, perché il diritto di critica del lavoratore riceva la protezione accordata dall'ordinamento e non integri ipotesi, a seconda dei casi, di illiceità penale, civile o disciplinare, è necessario superare, innanzi tutto, quel baluardo eretto da un rigoroso orientamento giurisdizionale: la verità dei fatti denunciati.

Tuttavia, prima di pervenire a una riflessione sui cd. limiti interni al diritto di critica, è opportuno accennare ai cd. limiti esterni, ovvero sul problema della tecnica del «bilanciamento dei diritti».

Se è condizione necessaria la funzionalizzazione dell'esercizio del diritto di critica al soddisfacimento di interessi di rango costituzionale e di rilievo almeno pari a quello potenzialmente leso (Per tutte Cass., 25 febbraio 1986, n. 1173, cit.), può sembrare, sia pure non in via assoluta, ragionevole l'ulteriore distinzione proposta (Tribunale di Frosinone, 8 ottobre 1986, in *Foro it.*, 1987, p. 948) tra diritti afferenti a beni individuali, all'interno dei quali ben può configurarsi un'esigenza di equiparazione (così è per quello di libertà di manifestazione del pensiero e per l'altro posto a salvaguardia della personalità nei suoi vari aspetti), e diritti finalizzati alla tutela di interessi collettivi e generali, cui la Carta Fondamentale conferisce rilievo preminente, tanto da consentire un sacrificio dei primi (come previsto in tema di libera iniziativa economica privata *ex art. 41 Cost.* e di limitazioni della proprietà privata *ex art. 42 Cost.*). È indubbio che, in relazione alla decisione che qui si commenta, la disciplina antidiscriminatoria risponda ormai non solo a interessi individuali, ma anche collettivi e generali di rilevanza costituzionale.

3. — *I cd. limiti interni e «disparità delle armi»* — Come si è accennato, un'eventuale prevalenza riconosciuta al diritto di critica «funzionalmente orientato» rispetto all'interesse dell'impresa datoriale a vedere tutelata la propria reputazione e immagine trova un limite nella cd. continenza sostanziale, che, in talune decisioni giudiziali, si è tramutata spesso, dal punto di vista inquisitorio e probatorio, in ostacolo insormontabile per il lavoratore «dissenziente».

In una prospettiva patologica, la situazione di difficoltosa «agibilità» in cui viene a trovarsi il lavoratore potrebbe prestarsi a strategie datoriali ritorsive, allorché, nel contesto di un conflitto di lavoro, individuale o collettivo-sindacale, a fronte di un tentativo di critica, sia essa rivendicativa, di denuncia o collaborativa (Aimo, *Privacy, li-*

bertà di espressione e rapporto di lavoro, Jovene, Napoli, 2003), la parte datoriale lasci intendere o, esplicitamente, prospetti la minaccia di una querela per diffamazione o, più frequentemente, di un provvedimento incidente sul rapporto di lavoro (Per la possibile esposizione del *whistleblower* alla pratica del *blacklisting* vedi l'interessante contributo di Golisano in *q. Riv.*, 2007, n. I, pp. 245-276). In questi casi è possibile, sempre che si configuri un'ipotesi di esercizio legittimo del diritto di critica, il ricorso, sul piano collettivo, alla sanzione *ex art.* 28 Stat. lav. e, in caso di comportamenti vessatori o discriminatori, ai rimedi processuali collettivi previsti dal T.U. sull'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) e dalla normativa antidiscriminatoria, anche recente (in particolare, d.lgs. nn. 215 e 216 del 2003).

In merito alla continenza sostanziale, sono da condividere le considerazioni di chi cerca (Muggia, *Diritto di critica, verità dei fatti e licenziamento*, cit., e Aimo, 2003, cit.) di attenuare il rigore di quell'orientamento giurisprudenziale (Tra cui, Cass. 16 maggio 1998, n. 4952, in *Or. giur. lav.*, 1998, I, p. 323, e in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 663, con nota di Failla, che richiama addirittura il superamento dei limiti del rispetto della verità oggettiva), approvato anche da autorevole dottrina (Mazzotta, *Diritto di critica e contratto di lavoro*, in *Foro it.*, 1986, cit.), che fa riferimento alla verità o alla effettiva sussistenza dei fatti denunciati.

Compromissoria potrebbe valutarsi la posizione di chi (Aimo, 2003, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2003) suggerisce di rifarsi al più realistico e prudente concetto di verità putativa, che ben evidenzia il carattere soggettivo e parziale delle opinioni espresse dal lavoratore (Cass. 21 febbraio 2005, n. 6416), e la limitatezza dei poteri e strumenti istruttori a disposizione dello stesso, rispetto a fatti la cui verità, pur sempre processuale, viene accertata in un momento successivo all'esternazione.

Isolata, ma meritevole di menzione, la decisione del Tribunale di Milano nella sentenza 20 luglio 2004 (In *D&L*, n. 4, 2004, con nota di Andrea Leone D'Agata, *Diritto di difesa e diritto di critica*, pp. 876-879), dove il giudice ritiene irrilevante che i fatti denunciati corrispondessero alla realtà, essendosi il rappresentante limitato a esporre denunce provenienti da altri lavoratori e, pertanto, non avendo alcun obbligo di verificarne l'attendibilità.

Più apprezzabile sarebbe, comunque, un approccio gradualistico, che contempi un progressivo maggior onere della prova a carico del lavoratore che passi da una critica, sia pur generale ed espressa con toni aspri e polemici, nei riguardi delle strategie imprenditoriali e delle scelte organizzative, all'addebito di fatti specifici, anche di notevole rilievo penale, perché possa escludersi la valenza diffamatoria o comunque l'illiceità del comportamento del lavoratore denunziante stesso nei confronti del proprio datore di lavoro (Pretura Palermo, 1° dicembre 1990, per tutti i gradi di merito, in *Or. giur. lav.*, 1995, pp. 3006 ss.).

Il profilo della continenza formale stimola ulteriori riflessioni, sia per quanto attiene le espressioni, esposte a parametri valutativi mutevoli nello spazio e nel tempo, sia con riferimento ai mezzi di diffusione utilizzati nell'esercizio del diritto di critica.

Al riguardo, un punto fermo si può rinvenire nel fatto che la presenza di un contesto di conflittualità sindacale, anche aspra, se non opera da scriminante, quanto meno integra un'attenuante alla gravità delle espressioni utilizzate da entrambe

le parti contendenti (Cass. n. 2846 del 17 maggio 1979, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 225, con nota di Meucci. In dottrina Meucci, *I limiti della critica sindacale*, in *Lav. prev. oggi*, 1979, p. 1269; Tullini, *Il diritto di critica civile del sindacalista*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 346; Aimo, *Appunti sul diritto di critica del lavoratore*, in *q. Riv.*, 1999, II, p. 455).

È, altresì, consolidato il principio secondo cui il cd. diritto di critica sindacale non è illimitato e incondizionato, trovando esso un limite nel divieto di attacchi che incidono nella sfera privata dell'offeso (Cass. 25 febbraio 1986, n. 1173; Cass. 25 novembre 1986, n. 6945, Cass., Sez. lav., 22 agosto 1997, n. 7884) in funzione della tutela, anch'essa costituzionalmente garantita ex art. 2 Cost., della persona umana, anche in caso di satira (Cass., Sez. lav., 24 maggio 2001, n. 7091).

Tornando al caso che si commenta, secondo la Corte d'Appello di Roma, il confronto/conflitto sindacale non risulta essersi consumato, nel caso *de quo*, con modalità particolarmente allarmanti da sconfinare, sul piano della rilevanza penale, in attacchi e dichiarazioni lesivi della reputazione del destinatario. Nel caso di specie, la Corte d'Appello non ha ravvisato nelle espressioni «fascista e maschilista», dirette al capo ufficio della contabilità dell'istituto Luce e indicate in un volantino affisso all'interno dei locali della società, alcun effetto lesivo della reputazione, pur assumendo una intrinseca connotazione negativa. Il vocabolo «maschilista» denota un atteggiamento mentale e una conseguente azione fortemente faziosa a favore dei maschi, che, nel contesto di un acceso conflitto sindacale, ben potrebbe essere utilizzato da rappresentanti sindacali che, in base a proprie convinzioni e valutazioni, stigmatizzano un atteggiamento aziendale che si assume discriminatorio per ragioni sessuali. Il vocabolo «fascista», invece, individua, a mio parere, dal punto di vista storico-ideologico, colui che accetta uno strapotere statale, che si identifica nel *leader* carismatico, nello Stato e nel popolo in maniera ascetica, anche a costo di rinunciare alle proprie libertà civili. È, tuttavia, indiscutibile che detto termine venga, nell'uso lessicale comune e nel contesto del contenuto del volantino, usato in senso sia pure spregiativo per identificare un personaggio che agisce in maniera dispotica e arrogante. Dunque, il linguaggio e la forma comunicativa utilizzati, tra l'altro limitati anche all'interno dei locali della società, sono stati ritenuti, a ragione, come quelli più efficaci e adeguati al livello dello scontro (Cass., Sez. lav., 5 luglio 2002, n. 9743, in *Foro it.*, n. 10/2002).

Il ricorso al comunicato come forma «tollerata» di divulgazione del giudizio critico conferma quelle argomentazioni (Aimo, 2003, *op. cit.*) che evidenziano il maggior favore dimostrato dalla giurisprudenza nei confronti delle forme più discrete di critica, non esorbitanti dall'ambito endoaziendale.

Il fondamentale rilievo riconosciuto al criterio delle modalità di esposizione della critica impone un'aggiornata riflessione sulla questione alla luce delle sollecitazioni provenienti dalla «società dell'informazione» e dal valore pluralistico sotteso all'art. 21, comma 1, Cost., che pone esso stesso un vincolo finalistico alla disciplina dei mezzi di diffusione del pensiero: rendere possibile l'utilizzo dei mezzi di diffusione da parte del maggiore numero di soggetti, a beneficio della maggior circolazione delle idee e delle notizie, con conseguente vantaggio per l'interesse generale all'informazione [Corte Cost., sentenze nn. 105 del 1972 e n. 94 del 1977, richiamate da Alessandro Pace, *La libertà di manifestazione del pensiero come «valore». La disciplina dei mezzi di diffusione*, in Alessandro Pace, Michela Manetti (a cura di), *Art. 21. Rapporti Civili. La libertà di*

manifestazione del proprio pensiero, in *Commentario della Costituzione* fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna, 2006].

Il diritto di critica, lungo il suo nuovo sentiero, incrocia il dibattito che riguarda l'ampliarsi dei soggetti e dei confini geografici interessanti il conflitto collettivo postfordista, con conseguente riflesso sulla tecnica di bilanciamento degli interessi.

Sul piano dei mezzi di diffusione, appare evidente, *prima facie*, come sempre più le imprese, e soprattutto i grandi gruppi economico-finanziari, controllino (sia direttamente attraverso il controllo finanziario, sia indirettamente attraverso il finanziamento pubblicitario) o, comunque, dispongano agevolmente dei *mass media* (Supiot, *Revisiter les droits d'action collective*, in *Droit Social*, n. 7-8, 2001, pp. 687-704), determinando di fatto, già solo per questo, una «disparità di armi» tra i protagonisti di un eventuale conflitto collettivo-sindacale.

Infatti, forti di tale disponibilità, talune imprese tentano, attraverso anche la rete telematica, di accreditarsi alla stregua del buon cittadino (di qui il sempre più frequente termine di cittadinanza d'impresa), utilizzando strumenti come i codici etici, i bilanci sociali, con i quali, per mezzo di una ben strutturata strategia che combina *marketing*, comunicazione e pubblicità, si prospettano al pubblico un'immagine e una serie di informazioni circa il carattere eticamente orientato del proprio prodotto e/o processo produttivo.

Nel caso che si commenta, l'istituto Luce si era dotato di un codice etico, che si assume dotato di una certa vincolatività nei confronti dei propri dipendenti (*stakeholder* per eccellenza) [Vedi art. 2.5 del codice etico istituto Luce: «L'osservanza delle norme del codice è parte essenziale delle obbligazioni contrattuali di tutti i dipendenti ai sensi dell'art. 2104 del codice civile». E inoltre, l'art. 9, ultimo comma: «Egli (il lavoratore) deve accettare in forma esplicita i propri impegni derivanti dal codice etico»], in cui esprime un generale impegno a «rispettare la normativa nazionale e internazionale, nonché le prassi generalmente riconosciute».

Inoltre, l'art. 9 del codice etico impegna l'istituto Luce a evitare e contrastare prassi discriminatorie (in termini ancora più categorici e con riferimento alle politiche di gestione del personale, vedi l'art. 25, comma 1, sulla base, tra l'altro, del sesso. Inoltre, a proposito della valorizzazione e della gestione dei dipendenti, l'istituto Luce si impegna a fare in modo che l'autorità sia esercitata con equità e correttezza, evitandone ogni abuso (art. 26.4 del codice).

E infine, relativamente all'aspetto centrale della vicenda giudiziaria che qui si commenta e rispetto al quale l'Istituto appare «inadempiente», di fronte alla garanzia, riconosciuta al dipendente/collaboratore che ritiene di essere stato discriminato per motivi legati anche al sesso (art. 28 del codice), di segnalare l'accaduto all'istituendo organismo interno di valutazione, l'istituto Luce omette di instaurare un canale di confronto e di dialogo con le rappresentanze sindacali, come previsto dallo stesso codice e come richiesto, sia pure implicitamente, dalle redattrici del comunicato nella parte in cui si riserva di adire le sedi opportune, in caso di rifiuto di avviare un percorso di adeguamento alla legislazione in materia di tutela delle lavoratrici-madri.

Ferma restando la necessità di pervenire a un assestamento per quanto riguarda la qualificazione giuridica di questi «nuovi strumenti» [Vedi, tra gli altri, A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999; Montuschi, Tullini (a cura di), *Lavoro e responsabi-*

lità sociale dell'impresa, Zanichelli, 2006; Paolo Greco (a cura di), *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Giappichelli, 2007; Tursi, *Responsabilità sociale dell'impresa, «etica d'impresa» e Diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2006, I, pp. 65-82], sembrerebbe utile apprestare una cornice interpretativa funzionale a una valutazione, alla luce del principio generale di correttezza e buona fede, della veridicità delle informazioni veicolate dagli stessi nei confronti non solo dei lavoratori, ma anche dei consumatori e di tutti gli *stakeholders*.

Il mutato contesto di riferimento sembra imporre, anche, la necessità di riparametrare le valutazioni di ragionevolezza e adeguatezza circa le «forme» di comunicazione del giudizio critico (Cass. 25 febbraio 1986, n. 1173).

In primis, sembra sempre più inevitabile, anche in termini di maggiore efficacia, il ricorso a modalità espressive del «dissenso» che si estendano al di là del perimetro aziendale. Dovrebbe, ormai, ritenersi non controversa la possibilità di estendere la critica e il conflitto sindacale anche al di fuori del contesto strettamente lavorativo, con modalità, come manifestazioni di piazza, volantaggi per strada ecc., finalizzate a interessare soggetti terzi al conflitto (Pretura di Bergamo 29 settembre 1997, in *Mass. giur. lav.*, 1998, con nota di Failla).

In ordine alla legittimità della divulgazione a mezzo dei *mass media*, si è correttamente osservato (Pret. Milano 26 gennaio 1999, in *D&L*, 1999, p. 384, con nota di Franceschinis; Tribunale di Milano 31 luglio 2000, in *D&L*, con nota di Quadrio) che la critica sindacale è per sua natura pubblica, sia perché con essa si tutelano gli interessi di una collettività di lavoratori, sia perché si realizza in forme che sono destinate a coinvolgere una pluralità di persone, siano essi lavoratori o meno. Il caso del «vigile ribelle» alla cd. ordinanza antiluciole (Per una ricostruzione della vicenda vedi, Pret. Milano 26 gennaio 1999, in *D&L*, 1999, p. 384, con nota di Franceschinis) mostra la carica «diffusiva» della critica espressa nel contesto di un conflitto sindacale, laddove l'invito, espresso attraverso le più diverse ed efficaci forme comunicative, del vigile ribelle all'obiezione di coscienza si estende a tutti i vigili d'Italia, spostando l'attenzione dalla singola specifica vertenza lavoristica a un più vasto problema sociale, storicamente avvertito da ciascun individuo, con la finalità di mobilitare l'opinione pubblica più ampia possibile.

4. — *Il diritto di critica nell'era della globalizzazione* — I molteplici e nuovi aspetti, sia soggettivi che oggettivi, sollevati dall'esercizio del diritto di critica nell'attuale fase economica e sociale, hanno stimolato dei tentativi di «canalizzazione» istituzionale ed *extra* aziendale, cui far accedere non solo il lavoratore, individualmente o in «forma collettiva», ma anche gli altri organismi «esponenziali» della cd. società civile (Ong, organizzazioni di consumatori e ambientaliste ecc.), circa le forme di espressione delle denunce relative alle condizioni del cittadino-lavoratore sia nel rapporto, sia nel mercato del lavoro, nazionale e sovranazionale.

Per quanto attiene all'ordinamento italiano, il riferimento, in particolare, è, per le discriminazioni di genere, al Comitato nazionale per l'attuazione dei principi di parità di trattamento e uguaglianza di opportunità tra lavoratori e lavoratrici e all'ufficio del Consigliere di parità [figure istituzionali previste dalla legge n. 125 del 10 aprile 1991, dal decreto legislativo n. 196 del 23 maggio 2000 e, da ultimo, dal cd. codice delle pari opportunità (d.lgs. n. 198/2006), che ne hanno ridefinito i compiti e le funzioni],

e, per le discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine etnica in una prospettiva non esclusivamente giuslavoristica, all'Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine etnica (Unar), istituito presso il Dipartimento per i diritti e le pari opportunità della Presidenza del Consiglio.

Per questioni impicanti risvolti di carattere sovranazionale, invece, un'utile «tribuna» presso la quale denunciare l'impatto socio-ambientale delle imprese multinazionali, operanti anche in Italia, è rappresentata dai Punti di contatto nazionali, istituiti dalle Linee guida Ocse destinate alle multinazionali con la funzione di contribuire all'attuazione delle Linee guida stesse.

Ciascun Punto di contatto, in via generale, offre la possibilità di risolvere, facilitando il ricorso a mezzi consensuali e procedure non contenziose (come conciliazione e arbitrato), le questioni derivanti dall'attuazione delle Linee guida, offrendo assistenza agli ambienti imprenditoriali, alle organizzazioni sindacali e alle altre parti interessate, incluse le organizzazioni non governative. Qualora, dopo il tentativo di coinvolgimento e di confronto tra le parti interessate, non si trovasse un'intesa sulle questioni emerse, il Punto di contatto nazionale provvederebbe a pubblicare un comunicato ed, eventualmente, delle raccomandazioni concernenti l'attuazione delle Linee guida, preoccupandosi di garantire, attraverso misure appropriate, la protezione dei dati sensibili delle imprese e le altre informazioni.

La problematica inerente al sottile confine tra obbligo al segreto aziendale e diritto di critica, specie se inserito in un contesto conflittuale transnazionale che vede la partecipazione, accanto all'attore sindacale, di organizzazioni non governative, interessa la recente campagna di pressione internazionale, attivata da una coalizione internazionale di organizzazioni sindacali e non governative (www.cleanclothescampaign.org), per denunciare le condizioni di lavoro dei lavoratori della Fibres and Fabrics International Pvt. Ltd. (Ffi) e della controllata Jeans Knit Pvt. Ltd. (Jkpl), entrambe aziende indiane impegnate nella confezione di *jeans* per il mercato europeo e nordamericano (tra cui, al tempo delle presunte violazioni, le imprese italiane Armani e Ra-Re).

Nel caso summenzionato, il diritto di critica è stato esercitato in materia piuttosto strutturata e articolata, anche quanto a mezzi di diffusione. Innanzi tutto, è stato costituito un Comitato locale (in collaborazione tra sindacati e organizzazioni non governative) di inchiesta con lo scopo di accertare la veridicità delle denunce fatte dai lavoratori direttamente interessati e, successivamente, è stato inviato un rapporto sulle violazioni rilevate alla direzione della Ffi/Jkpl.

Di conseguenza, le organizzazioni indiane coinvolte nella campagna sono state raggiunte da un'ingiunzione del Tribunale civile di Bangalore, emessa su richiesta della direzione della Ffi/Jkpl, che vieta la diffusione di informazioni sulle condizioni di lavoro all'interno degli stabilimenti produttivi. La «reazione» della *Cleanclothes Campaign* è stata quella di inoltrare un reclamo al *Social Accountability International* (Sai), l'organismo di certificazione che presiede al rispetto dei diritti dei lavoratori, e, per quanto riguarda il nostro ordinamento, di sollecitare un intervento del Punto di contatto nazionale italiano nei confronti delle aziende italiane (Armani e Ra-Re) coinvolte, perché, in qualità di committenti, assumano comportamenti socialmente responsabili nei confronti dell'intera filiera di fornitura.

La breve disamina delle questioni sollevate dalla campagna internazionale conferma l'urgenza, soprattutto a livello transnazionale e proprio a partire dalle basilari libertà di critica e attività sindacale, di strumenti di reazione «adeguati», siano essi di *hard* e/o di *soft law*, alle violazioni delle condizioni basilari di lavoro lungo la filiera produttiva globale, cercando di calibrare, per motivi che non è possibile approfondire in questa sede, le risposte al fine di evitare l'erezione di barriere tecniche non tariffarie al commercio internazionale, in quanto tali sanzionabili nel quadro del sistema Wto. Per inciso, basti pensare, con riferimento all'ordinamento comunitario, al cd. caso Viking, di recente definizione da parte della Corte di Giustizia Ue [Sentenza della Corte (Grande Sezione) 11 dicembre 2007, Causa C-438/05, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union-Viking Line Abp, Oü Viking Line Eesti], dove si è trattato di delineare la compatibilità tra la libertà di stabilimento *ex art. 43 Ce* e il diritto sociale fondamentale a un'azione collettiva (comprensiva di un'azione di denuncia), attuale o minacciata, da parte di un'associazione sindacale, nazionale o internazionale, contro una politica aziendale di cambiamento della bandiera di una nave collocata in una palese prospettiva di *dumping* sociale. Al riguardo, è opportuno attendere gli esiti applicativi del richiamo alla Carta dei diritti fondamentali, nella sua rinnovata «veste», per verificare l'attuabilità di un quadro «costituzionale» più equilibrato, meno sbilanciato a favore delle libertà economiche.

Domenico Vitale
*Dottorando in Scienze del lavoro
presso l'Università di Milano*

SICUREZZA SOCIALE

CASSAZIONE, 13 settembre 2007, n. 19140, Sez. lav. – Pres. Ravagnani, Est. Battimiello, P.M. Pivetti (conf.) – C. R. e altri (avv. Sante Assennato) c. Inps e Inail.

Lavoratori esposti all'amianto – Benefici previdenziali – Spettanza – Accertamento – Poteri del giudice – Onere della prova ex art. 2697 cod. civ.

Per l'esposizione qualificata all'amianto, ai sensi dell'art. 13, comma 8, della legge n. 257/1992, e degli artt. 24 e 31 del d.lgs. n. 277/1991, in mancanza di una impossibile verifica dell'ambiente di lavoro, sottoposto a profondi cambiamenti, la prova dell'inquinamento ambientale che grava sul lavoratore deve essere valutata in termini di ragionevole certezza, nel senso che, esclusa la rilevanza della mera possibilità di una concentrazione di fibre qualificata, questa può essere ravvisata in presenza di un elevato grado di probabilità, che può essere ritenuto sussistente sulla base delle valutazioni compiute dal giudice di merito delle prove orali, dei pareri Contarp, delle relazioni tecniche acquisite e della consulenza tecnica dell'ausiliare, il quale, valutando nel loro complesso tali elementi di giudizio, è pervenuto a una ricostruzione delle condizioni di lavoro molto vicina alla realtà, attraverso un giudizio espresso in termini di elevata probabilità, prossima alla certezza. (1)

(Omissis)

La Corte bolognese, muovendo dalla considerazione che un giudizio di ragionevole certezza può essere dato anche in presenza di un elevato grado di probabilità, ha ritenuto conclusivamente raggiunta la prova, per ciascuno degli odierni resistenti, di una esposizione qualificata all'amianto per un periodo ultradecennale.

La Corte ha, infatti, preso in esame la singola collocazione lavorativa, descrivendone le attività comportanti la manipolazione di materiali contenenti amianto.

(*Omissis*)

Il ricorso dell'Inps non considera che le lavorazioni con elementi contenenti amianto erano continue, anche se le operazioni di taglio, sagomatura e foratura erano intervallate dai lavori di sistemazione in sito dei pannelli rimodellati: Non considera che l'esposizione alle fibre di amianto avveniva di continuo anche in forma indiretta, poiché i lavoratori odierni resistenti operavano assieme ad altri sempre su strutture, vagoni ferroviari e *autobus*, dove l'impiego di materiali contenenti amianto era molto diffuso.

La Corte di merito ha operato un giudizio di sintesi, avendo come riferimento – in mancanza di una impossibile verifica dell'ambiente di lavoro, sottoposto in seguito a profondi cambiamenti – prove orali, pareri Contarp, relazioni tecniche e, infine, la consulenza dell'ausiliare, il quale, valutando nel loro complesso tali elementi di giudizio, è prevenuto a una ricostruzione delle condizioni di lavoro molto vicina alla realtà, attraverso un giudizio espresso in termini di elevata probabilità, prossima alla certezza.

Si tratta di un ragionamento conforme ai principi in materia di prova ed esente da vizi logici, giacché la prova dell'inquinamento ambientale che grava sul lavoratore deve essere valutata in termini di ragionevole certezza, nel senso che, esclusa la rilevanza della mera possibilità di una concentrazione di fibre qualificata, questa può essere ravvisata in presenza di un elevato grado di probabilità, che può essere ritenuto sussistente sulla base delle valutazioni compiute dal consulente.

Deve perciò concludersi che le critiche che vengono mosse alla sentenza con il motivo in esame sono inattendibili. (*Omissis*)

(1) BENEFICI PREVIDENZIALI PER I LAVORATORI ESPOSTI ALL'AMIANTO
E ONERE DELLE PROVA *EX ART.* 2697 COD. CIV.

In materia di esposizione qualificata all'amianto, ai sensi dell'art. 13, comma 8, della legge n. 257/1992, e degli artt. 24 e 31 del d.lgs. n. 277/1991, la Suprema Corte di Cassazione, con la decisione in commento, ha statuito il seguente principio di diritto: «la prova dell'inquinamento ambientale che grava sul lavoratore deve essere valutata in termini di ragionevole certezza, nel senso che, esclusa la rilevanza della mera possibilità di una concentrazione di fibre qualificata, questa può essere ravvisata in presenza di un elevato grado di probabilità, che può essere ritenuto sussistente sulla base delle valutazioni compiute dal consulente».

Vale la pena soffermarsi sull'evoluzione del termine esposizione qualificata di amianto secondo la giurisprudenza della Suprema Corte e della Corte Costituzionale.

In primo luogo si osserva che sia il decreto legislativo n. 277/91, sia la legge n. 257/92, come anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 5/00, affermano il diritto alla tutela della salute in presenza di «rischio amianto».

Precisa la Corte Costituzionale con la sentenza n. 5/2000 che la soglia limite di cui al d.lgs. n. 277/91, relativa alla qualificata esposizione all'amianto, è stata individuata ai fini di prevenzione.

E nonostante la Cassazione ritenga il richiamo al requisito dei «limiti di soglia», *ex artt. 24 e 31 d.lgs. n. 277/1991*, presupposto e indicato dalla stessa Corte Costituzionale, una corretta lettura della decisione n. 5/2000 porta a opposte conclusioni.

La Corte Costituzionale designa correttamente ed esaustivamente la finalità dell'art. 13, comma 8, della legge n. 257/1992 – tanto da non poter essere più messa in discussione, e quindi caducando implicitamente il vecchio orientamento della Cassazione, espresso nelle decisioni n. 6605/1998, n. 6620/1998, n. 7407/1998 e n. 10722/1998, facente perno sul diverso scopo di tutela del bene/occupazione –; finalità individuata nella volontà legislativa di risarcire un danno potenziale (o effettivo) arrecabile al bene della salute.

La Corte Costituzionale, a tal fine, espressamente afferma che: «lo scopo della disposizione censurata [art. 13, comma 8, legge n. 257/92, *n.d.r.*] secondo quanto si evince dalla accennata ricostruzione della relativa vicenda normativa, va rinvenuto nella finalità di offrire, ai lavoratori esposti all'amianto per un apprezzabile periodo di tempo (almeno 10 anni), un beneficio correlato alla possibile incidenza invalidante di lavorazioni che, in qualche modo, presentano potenzialità morbigene. Il criterio dell'esposizione decennale costituisce un dato di riferimento tutt'altro che indeterminato, specie se si considera il suo collegamento, contemplato nello stesso articolo 13, comma 8, al sistema generale di assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'amianto, gestito dall'Inail. Nell'ambito di tale correlazione, il concetto di esposizione ultradecennale, coniugando l'elemento temporale con quello di attività lavorativa soggetta al richiamato sistema di tutela previdenziale (articoli 1 e 3 del d.P.R. n. 1124 del 1965), viene a implicare, necessariamente, quello di rischio, e, più precisamente, di rischio morbigeno rispetto alle patologie, quali esse siano, che l'amianto è capace di generare per la sua presenza nell'ambiente di lavoro; evenienza, questa, tanto pregiudizievole da indurre il legislatore, sia pure a fini di prevenzione, a fissare il valore massimo di concentrazione di amianto nell'ambiente lavorativo, che segna la soglia limite del rischio di esposizione (decreto legislativo 15 agosto 1991, n. 277, e successive modifiche). La disposizione denunciata poggia, quindi, su un sicuro fondamento, rappresentato sia dal dato di riferimento temporale sia dalla nozione di rischio che, com'è noto, caratterizza il sistema delle assicurazioni sociali» (vedi Corte Cost., sentenze nn. 5/2000 e 127/2002).

La Suprema Corte di Cassazione, invece, in ordine all'esposizione qualificata di amianto stabilisce la necessità del superamento dei limiti della soglia indicata dagli artt. 24 e 31 d.lgs. n. 277/1991, affermando che l'attribuzione del beneficio di cui all'art. 13, comma 8, legge n. 257 del 1992 (nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, d.l. n. 169 del 1993, convertito in legge n. 271 del 1993), presuppone l'adibizione ultradecennale del lavoratore a mansioni comportanti un effettivo e personale rischio morbigeno a causa della presenza, nei luoghi di lavoro, di una concentrazione di fibre di amianto che, per essere superiore – secondo la prova fornita dal lavoratore *ex art. 2697 cod. civ.* ovvero eventualmente acquisita dal giudice *ex art. 421 cod. proc. civ.* (ed essendo irrilevante, al riguardo, il mancato rilascio dell'attestazione

del datore di lavoro e dell'Inail nell'ambito della relativa procedura congiunta in sede amministrativa) – ai valori limite indicati nella legislazione prevenzionale di cui al d.lgs. n. 277 del 1991 e successive modifiche (valori espressamente richiamati dall'art. 3, predetta legge n. 257 del 1992, così come modificato dall'art. 16, legge n. 128 del 1998), renda concreta e non solo presunta la possibilità del manifestarsi delle patologie che la sostanza è idonea a generare; né la esplicita previsione normativa di una determinata «soglia» (ribadita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 5 del 2000) contrasta con le regole del sistema assicurativo gestito dall'Inail, le quali, consentendo – a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 179 del 1988 – di ritenere l'esposizione a rischio in presenza di una qualsiasi quantità di fibre di amianto, rispondono all'esigenza – propria di tale sistema e non comparabile con la diversa esigenza sottesa all'attribuzione del beneficio ai fini previdenziali – di tutelare il lavoratore al verificarsi di una malattia professionale (Vedi Cass., Sez. lav., n. 10185 del 12 luglio 2002).

Secondo il decreto 27 ottobre 2004 di attuazione dell'art. 47 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326, per i benefici previdenziali per i lavoratori esposti all'amianto, sempre a decorrere dal 1° ottobre 2003, i benefici di cui all'art. 1 del predetto decreto di attuazione sono concessi ai lavoratori che, per un periodo non inferiore a dieci anni, sono stati esposti all'amianto in concentrazione media annua non inferiore a 100 fibre/litro come valore medio su otto ore al giorno, confermando quello che era già stabilito con l'art. 47, comma 3, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269.

Secondo l'art. 47 del decreto legge n. 269/2003, convertito nella legge n. 326/2003, e il decreto di attuazione del 17 dicembre 2004, i requisiti giuridici per accedere ai benefici amianto a partire dal 02 ottobre 2003 sono la esposizione all'amianto per un periodo non inferiore a dieci anni e la concentrazione media annua non inferiore a 100 fibre/litro come valore medio su otto ore al giorno, in realtà sia già adottato in sede amministrativa dall'Inail come Ente accertatore e certificatore dell'esposizione «qualificata», che confermato dalla giurisprudenza della Cassazione, come parametro per definire una esposizione «qualificata» all'amianto a fini previdenziali; per quanto riguarda l'accertamento e per la certificazione della sussistenza e della durata della esposizione resta competente l'Inail.

È da considerare che la giurisprudenza della Suprema Corte in ordine alla esposizione «qualificata» con superamento della soglia di rischio è consolidata (Cass., sentenze n. 10114/2002; n. 1085/2002; n. 997/2003; n. 2849/2004; n. 21930/2004), e la Corte ha stabilito che «il beneficio della rivalutazione dei contributi previdenziali (mediante la moltiplicazione del loro valore per il coefficiente 1,5) a favore dei lavoratori che abbiano subito un'esposizione ultradecennale all'amianto spetta a coloro (che non abbiano contratto malattia professionale) per i quali risulti accertata un'esposizione in misura superiore al valore-soglia (0,1 fibre per centimetro cubo in concentrazione media annua per otto ore al giorno) fissato dalla legislazione prevenzionistica di cui al d.lgs. n. 277/1991, e ciò anche nel caso in cui l'esposizione risalga a epoca precedente» (Vedi, per tutte, Cass., Sez. lav., n. 22422 del 19 ottobre 2006; Cass., Sez. lav., n. 14079 del 18 giugno 2007; Cass., Sez. lav., n. 10037 del 27 aprile 2007).

Precisa la S.C., con la sentenza n. 400 dell'11 gennaio 2007, che «il disposto dell'art. 13, comma 8, legge n. 257 del 1992, relativo all'attribuzione di un beneficio contributivo-pensionistico ai lavoratori esposti all'amianto per un periodo superiore a die-

ci anni, applicabile nella specie *ratione temporis*, va interpretato nel senso che l'esposizione all'amianto ivi prevista è identificabile con un'esposizione superiore al valore di zero virgola uno fibre per centimetro cubo di cui all'art. 24, comma 3, d.lgs. n. 277 del 1991 (abrogato dall'art. 5, d.lgs. n. 257 del 2006)».

Di fronte a tale rigore legislativo la sentenza in esame apre uno spiraglio dando una lettura corretta in ordine all'onere della prova a carico del lavoratore che oggi si trova nell'impossibilità di dimostrare per il passato il superamento della soglia di inquinamento richiesto per legge.

A conferma di quanto sopra la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 16119 del 1° agosto 2005 aveva già stabilito che «l'attribuzione dell'eccezionale beneficio di cui all'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257 (nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, del d.l. n. 271 del 1993), presuppone l'assegnazione ultradecennale del lavoratore a mansioni comportanti un effettivo e personale rischio morbigeno, a causa della presenza, nel luogo di lavoro, di una concentrazione di fibre di amianto superiore ai valori limite indicati nel d.lgs. n. 277 del 1991; al fine del riconoscimento di tale beneficio, non è necessario che il lavoratore fornisca la prova atta a quantificare con esattezza la frequenza e la durata dell'esposizione, potendo ritenersi sufficiente, qualora ciò non sia possibile, avuto riguardo al tempo trascorso e al mutamento delle condizioni di lavoro, che si accerti, anche a mezzo di consulenza tecnica, la rilevante probabilità di esposizione del lavoratore al rischio morbigeno, attraverso un giudizio di pericolosità dell'ambiente di lavoro, con un margine di approssimazione di ampiezza tale da indicare la presenza di un rilevante grado di probabilità di superamento della soglia massima di tollerabilità».

Con la sentenza in oggetto la Corte di legittimità fa un ulteriore passo in avanti confermando l'importanza dell'espletamento di un'istruttoria completa che deve tener conto delle prove orali, certificazioni Contarp-Inail, *curriculum* lavorativo, studi epidemiologici e in particolare dell'importanza della consulenza tecnica d'ufficio espletata nel giudizio di merito valutando gli elementi probatori in suo possesso, ivi compresi gli atti di indirizzo del Ministero del lavoro (Vedi Cass., Sez. lav., 13 febbraio 2007, n. 3095), che può diventare mezzo idoneo ad accertare il rischio qualificato ai sensi di legge, e precisa che la prova dell'inquinamento ambientale che grava sul lavoratore deve essere valutata in termini di ragionevole certezza, e che questa può essere ravvisata in presenza di un elevato grado di probabilità, che può essere ritenuto sussistente sulla base delle valutazioni compiute dal consulente (nel caso in esame la Suprema Corte ha rigettato il ricorso dell'Inps che denunciava la violazione degli artt. 13, comma 8, legge n. 257/1992, 24 e 31 del d.lgs. n. 277/1991, 2697 cod. civ. e 112 e 116 cod. proc. civ.).

Di contro si fa presente che vi è una giurisprudenza maggioritaria della Suprema Corte secondo la quale «l'art. 13, comma 8, legge n. 257/1992, riguardante i benefici previdenziali, dispone che il beneficio pensionistico va attribuito unicamente agli addetti a lavorazioni che presentano valori di rischio per esposizione a polveri d'amianto superiori a quelli consentiti dagli artt. 24 e 31, d.lgs. n. 277 del 1991; pertanto il giudice di merito, nel rispetto dei criteri di ripartizione dell'onere probatorio, deve accertare se l'assicurato, dopo aver provato la specifica lavorazione pratica e l'ambiente dove ha svolto per più di dieci anni detta lavorazione, abbia anche dimostrato che tale ambiente ha presentato un concreto rischio di esposizione alle polveri di amianto con

valori limite superiori a quelli citati», e il lavoratore ha il rigoroso onere di provare tali valori limite, cosa che spesso nella realtà diventa impossibile, stante l'avvenuta bonifica del luogo di lavoro (Vedi, per tutte, Cass., Sez. lav., 02 novembre 2005, n. 21224; Cass., Sez. lav., 04 ottobre 2007, n. 20785).

Pertanto alla luce di quanto esposto, in applicazione del principio di diritto stabilito dalla S.C. con la citata sentenza, si può affermare che, in mancanza di una impossibile verifica dell'ambiente di lavoro, sottoposto in seguito a profondi cambiamenti, la prova dell'inquinamento ambientale che grava sul lavoratore può essere data attraverso una completa articolazione dei mezzi di prova quali le prove orali, i pareri Contarp, le relazioni tecniche acquisite, studi epidemiologici, indirizzi ministeriali e la consulenza tecnica dell'ausiliare, il quale, valutando nel loro complesso tali elementi di giudizio, deve effettuare attraverso un giudizio espresso in termini di elevata probabilità, prossima alla certezza, una ricostituzione delle condizioni di lavoro molto vicina alla realtà.

Mintcho Y. Mintchev
Avvocato in Roma

I

CORTE D'APPELLO FIRENZE, 9 giugno 2007, Sez. lav. – Pres. Pieri, Est. Amato – G. M. M. quale erede di F. A. C. (avv.ti Cerrai e Bartalena) c. Inps.

Prestazioni assistenziali a cittadini extracomunitari – Invalidità civile – Requisito «carta di soggiorno» (art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000) – Nozione di «beni» ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Violazione dell'articolo 14 Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1, del Protocollo 1; art. 6.2 TUE (rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Cedu) e art. 34 della Carta di Nizza – Disapplicazione della disciplina interna contrastante.

Va disapplicata la disciplina nazionale (art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000) che introduce distinzioni dettate dal possesso di uno o altro documento di regolare soggiorno in quanto radicalmente contrastante col principio generale di eguaglianza e col divieto di discriminazione per nazionalità di cui è dovuta l'applicazione in ragione del primato degli ordinamenti comunitario e internazionale in materia.

Le interpretazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo relative all'applicazione del principio generale di non discriminazione, di cui all'articolo 14 Convenzione in combinato disposto con la nozione di «beni» ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo 1 addizionale alla Convenzione, aprono a un concetto di «cittadinanza» che travalica l'originario scenario degli Stati-nazione e si allarga al rispetto dei diritti fondamentali della persona, riallacciandosi idealmente all'art. 22 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo Onu del 1948 che afferma che ogni individuo, quale membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale.

La regola generale, secondo la quale i principi enunciati nelle decisioni della Corte di Giustizia delle Comunità di Lussemburgo s'inseriscono direttamente nell'ordinamento interno, assumendo valore di fonte del diritto di ius superveniens, trova il suo fondamento nell'esigenza di uniforme interpretazione del diritto comunitario nell'ambito territoriale definito dal Trattato.

Sebbene, a differenza di quanto previsto nel Trattato Ce (artt. 244 e 256), nessuna norma della Convenzione europea renda le sentenze della Corte direttamente eseguibili negli ordinamenti nazionali, è importante notare come le due Corti sovranazionali abbiano imparato a rispecchiarsi e a concorrere all'adeguata tutela delle posizioni fondamentali della persona, che rappresentano ora, anche per il diritto dell'Unione, un punto imprescindibile, e come, dunque, non sia

priva di grande rilevanza la circostanza di essere un punto fermo delle più recenti e impegnative argomentazioni della Corte di Lussemburgo, non solo l'affermazione del principio di uguaglianza come uno dei più significativi denominatori comuni del sostrato europeo, ma anche il richiamo dell'articolo 6 TUE ai sensi del quale l'Unione è fondata sul principio dello Stato di diritto e rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Cedu «in quanto principi generali del diritto comunitario», di modo che è possibile – attraverso l'autentica interpretazione del complessivo ordinamento comunitario (trattati e discipline conseguenti) effettuate dai giudici di Lussemburgo – dirsi, in buona misura e nonostante i distinguo della dottrina, realizzata la «comunitarizzazione» della Convenzione sui diritti dell'uomo. E così pure per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione proclamata a Nizza nel dicembre 2000 – il cui contenuto è oramai unanimemente considerato non soltanto più un documento politico –, che afferma con nettezza l'universalismo di alcune di queste posizioni fondamentali, tra cui il diritto, di ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione, «alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali». (1)

II

TRIBUNALE RAVENNA, 16 gennaio 2008, Sez. lav. – Est. Rivero – S. I. (avv. Casadio) c. Ministero dell'economia e delle finanze e c. Inps (avv. Zanni, Cascio).

Prestazioni assistenziali a cittadini extracomunitari – Invalidità civile – Requisito «carta di soggiorno» (art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000) – Nozione di «beni» ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Violazione dell'articolo 14 Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1, del Protocollo 1 – Disapplicazione della disciplina interna contrastante.

La disciplina dell'articolo 80, comma 19, della legge n. 388/2000 contrasta con l'articolo 14 della Cedu e con l'interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo, oltre che con l'art. 117 Cost. (laddove prevede il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali) e l'articolo 3 per l'evidente sperequazione sottesa alla norma in questione che nega a cittadini non comunitari, che versano in una medesima condizione di bisogno, la prestazione assistenziale sulla sola base del possesso di titoli differenti di soggiorno regolare, con l'ulteriore illogicità per cui viene dato rilievo – per l'accesso ad una prestazione assistenziale che serve a garantire la sopravvivenza di chi è sprovvisto dei mezzi necessari atti allo scopo ex art. 38 Costituzione – a un titolo (co-

me la carta di soggiorno) che è collegato a sua volta a una determinata capacità reddituale; il che si risolve in una ancor più eclatante discriminazione dei cittadini più bisognosi, identificabili proprio in quelli che non hanno neppure i requisiti per ottenere la carta di soggiorno.

È riconosciuto dalla Corte Costituzionale che le norme della Cedu vivono attraverso la lettura che ne dà la Corte europea dei diritti dell'uomo, vincolante per i giudici nazionali, col limite che il giudice interno non potrebbe procedere alla disapplicazione del diritto interno con presenza delle norme convenzionali Cedu, come avviene per la diretta applicazione della normativa comunitaria a scapito della normativa interna, bensì sollevare sempre la questione di costituzionalità per contrasto della normativa interna con l'art. 117 Costituzione.

Sul punto il giudice condivide la diversa soluzione accolta dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 28507/2005, che, riconoscendo l'immediata precettività delle disposizioni Cedu, appare improntata a conferire maggiore effettività ai diritti fondamentali affermati nello spazio europeo. (2)

III

TRIBUNALE PISTOIA, 23 marzo 2007, Sez. lav. – Est. De Marzo – N. K. (avv. Breschi) c. Inps (avv. Minicucci).

Prestazioni assistenziali a cittadini extracomunitari – Assegno sociale – Requisito «carta di soggiorno» (art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000) – Nozione di «beni» ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Violazione dell'articolo 14 Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1, del Protocollo 1 – Disapplicazione della disciplina interna contrastante.

Deve escludersi l'operatività dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000 in quanto contrastante con l'articolo 14 Cedu, che vieta la discriminazione per ragioni di origine nazionale in ordine al godimento del diritto alle prestazioni assistenziali.

L'articolo 14 Cedu dispone che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione deve essere assicurato senza alcuna discriminazione, tra cui l'origine nazionale. L'articolo 1 del Protocollo addizionale 1 alla Convenzione riconosce a ogni persona il diritto al rispetto dei suoi beni, con un ambito oggettivo di operatività quale si ricava dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, che include certamente tra i diritti patrimoniali anche le prestazioni sociali, incluse quelle di tipo non contributivo.

Senza ipotizzare una totale sovrapposizione tra problematiche legate all'applicazione del diritto comunitario e questioni poste dalle norme della Convenzione, è difficile sottrarsi all'idea che la medesima esigenza di certezza e uniforme applicazione delle regole operi anche con riferimento alla Convenzione europea, considerato l'obbligo delle Alte Parti Contraenti di riconoscere a ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti dal Titolo I della Convenzione stessa.

Per vero che sia che la norma di fonte internazionale, anche non costituzionalizzata, gode di una capacità di resistenza rispetto alla contraria previsione interna sopravvenuta, è consequenziale riconoscere che le indicazioni interpretative della Corte europea vincolano il giudice interno, senza che sussista alcuna necessità di sollecitare l'intervento della consulta. (3)

I

(Omissis)

7. Il Collegio, dunque, rinviene la soluzione della controversia nel più ampio ventaglio della disciplina scaturente da fonti differenti, tutte peraltro espressione della esigenza di assicurare in maniera effettiva la realizzazione del diritto fondamentale di ogni individuo alla parità di trattamento, *rectius* all'eguaglianza, riguardo alle posizioni fondamentali della persona, in particolare relative alla sicurezza sociale, là dove è del tutto evidente che queste ultime attengono alle dotazioni essenziali di tipo economico o di altro genere necessarie alla sopravvivenza dell'individuo, anzi più precisamente alla sua vita dignitosa.

Sotto questo profilo un iniziale forte rilievo assume la fonte internazionale, così come recepita anche nell'ordinamento statale interno.

Il riferimento è operato alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali (Cedu) del 1950, resa esecutiva in Italia con la legge n. 848/55, il cui art. 14 dispone che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione deve essere assicurato senza alcuna discriminazione, tra i cui «fattori di rischio» viene inclusa (oltre al sesso, alla razza, al colore, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche o di altro genere, all'appartenenza a una minoranza, al censo, alla nascita) altresì l'origine nazionale.

Inoltre, l'art 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione riconosce a ogni persona il diritto al rispetto dei suoi beni. È noto, peraltro, come la decennale elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a occuparsi dell'ambito oggettivo di operatività del citato art. 1, abbia, attraverso progressive riflessioni contenute in alcune importanti decisioni, in-

cluso tra i beni e i diritti patrimoniali da tutelare anche le prestazioni sociali, comprese quelle di tipo non contributivo, rendendo quindi applicabile anche a questi diritti il principio di non discriminazione di cui all'art. 14: vedi Cedu 16 settembre 1996, Gaygusuz c. Austria; Cedu 27 marzo 1998, Petrovic c. Austria; Cedu 4 giugno 2002, Wessels-Bergervoet c. Olanda; Cedu 11 giugno 2002, Willis c. Regno Unito; Cedu 20 giugno 2002, Azinas c. Cipro; 30 settembre 2003; Cedu 30 settembre 2003, Koua Poirrez c. Francia, nella quale ultima la Corte di Strasburgo ha esplicitamente affermato che deve considerarsi discriminatoria ogni «distinzione» legata alla nazionalità del soggetto beneficiario della prestazione assistenziale – trattavasi di assegno per adulti minorati (caso pienamente sovrapponibile a quello al vaglio della Corte) – che non si fondi su «giustificazioni obiettive e ragionevoli», e che tali non sono gli «imperativi» finanziari destinati all'equilibrio della spesa sociale.

Risulta agevole osservare come queste decisioni della Cedu aprano a un concetto di «cittadinanza» che travalica l'originario scenario degli Stati-nazione e si allarga al rispetto dei diritti fondamentali della persona, riallacciandosi idealmente all'art. 22 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo Onu del 1948 che afferma che ogni individuo, quale membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale.

8. È stato, d'altro canto, di recente osservato (Trib. Pistoia 4 maggio 2007, cit.) che, a differenza di quanto previsto nel Trattato Ce (artt. 244 e 256), nessuna norma della Convenzione europea rende le sentenze della Corte di Strasburgo direttamente eseguibili negli ordinamenti nazionali, sebbene questo riguardi soltanto l'efficacia esecutiva in relazione a provvedimenti da cui discende un obbligo pecuniario, mentre la regola generale, secondo la quale i principi enunciati nelle decisioni della Corte di Giustizia delle Comunità di Lussemburgo s'inseriscono direttamente nell'ordinamento interno, assumendo valore di fonte del diritto e di *ius superveniens* (per tutti, sul «primato» dunque del diritto comunitario, vedi Corte Cost. n. 62/2003; n. 125/2004), trova il suo fondamento nell'esigenza di uniforme interpretazione del diritto comunitario nell'ambito territoriale definito dal Trattato.

Risulta, tuttavia, al riguardo importante notare come le due Corti sovranazionali abbiano «imparato» a rispecchiarsi e a concorrere all'adeguata tutela delle posizioni fondamentali della persona che rappresentano ora anche per il diritto dell'Unione un punto imprescindibile, e come, dunque, non sia priva di grande rilevanza la circostanza di essere un punto fermo delle più recenti e impegnative argomentazioni della Corte di Lussemburgo non solo l'affermazione del principio di uguaglianza come uno dei più significativi denominatori comuni del sostrato europeo (per tutte vedi Corte di Giustizia

Ce 22 novembre 2005, C-144/04, Mangold), ma anche il richiamo dell'art. 6 TUE, ai sensi del quale l'Unione è fondata sul principio dello Stato di diritto e rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Cedu, «in quanto principi generali del diritto comunitario» (così, da ultima, Corte di Giustizia Ce 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld Vzw*, punto 45), di modo che è possibile – attraverso l'autentica interpretazione del complessivo ordinamento comunitario (trattati e discipline conseguenti) effettuate dai giudici di Lussemburgo – dirsi, in buona misura e nonostante i distinguo della dottrina, realizzata la «comunitarizzazione» della Convenzione sui diritti dell'uomo (*contra*, ma come mera affermazione di principio non motivata, vedi Cass. n. 6978/2007).

Come detto, il processo è binario e speculare. Non a caso, infatti, la Corte di Strasburgo (Cedu 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlanda*) si è spinta ad affermare la «equivalenza» tra i diversi ma convergenti sistemi di tutela dei diritti umani vigente in Europa (Cedu e TUE) attraverso un'approfondita ricostruzione del percorso storico-istituzionale dei diritti fondamentali, citando tra l'altro anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione proclamata a Nizza nel dicembre 2000.

9. A tale ultimo proposito deve essere segnalato che la questione dibattuta in questa sede giudiziaria trova proprio nel citato *Bill of Rights* una ulteriore importante chiave di lettura, giacché è nella Carta di Nizza che si rinviene la ricognizione/affermazione dell'articolazione di tutte le categorie dei diritti fondamentali della persona, compresi quelli sociali, ed è noto anche quale forte impulso a porre al centro della riflessione e dello stesso agire politico delle istituzioni comunitarie il tema dei diritti fondamentali abbia avuto la proclamazione di questa Carta dei diritti, soprattutto per quanto riguarda la indivisibilità di essi in tutte le accezioni: diritti civili, politici, sociali e oltre.

Il contenuto della Carta è oramai unanimemente considerato non soltanto più un documento politico, né solo la «rappresentazione simbolica» del «progetto» di costituzione di una «società europea», il «luogo» in cui bisogni, aspettative, interessi, diritti assumono dignità e reclamano tutela. Essa, nel rappresentare senza alcun dubbio il catalogo più aggiornato e ragionato di quello che configura il «precipitato» storico e valoriale di qualche secolo di esperienza politica, sociale e giuridica del continente europeo nel suo complesso, ha anche affermato con nettezza l'universalismo di alcune di queste posizioni fondamentali.

Proprio per quanto attiene a questioni di più alta «temperatura» sociale, di più alta «tensione» etico-politica, quelle relative alla sicurezza sociale e all'assistenza sociale, infatti, al paragrafo 2 dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali è precisato che «ogni individuo che risieda o si sposti legal-

mente all'interno dell'Unione», quindi il riferimento deve essere inteso ovviamente ai cittadini di paesi terzi soggiornanti regolarmente in un paese membro, «ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali», dove l'inciso conclusivo «conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali» non può certo compromettere i principi generali dell'ordinamento comunitario (e, ad esempio, i suoi rapporti con la Cedu sopra delineati o il ruolo dell'interpretazione della Corte di Lussemburgo nella interpretazione «creativa» del diritto comunitario) né la tenuta effettiva delle discipline nazionali che si pongano in contrasto con l'incrocio multilivello delle normative di garanzia e tutela.

In dottrina, infatti, si è rilevato come l'obiettivo avuto di mira dagli estensori della Carta sia certamente più ampio e impegnativo di quanto già previsto dall'ordinamento comunitario in tema di libera residenza e libera circolazione: l'art. 34.2 è teso, in altri termini, a realizzare all'interno dell'Unione una «situazione di (seppur minima) eguaglianza materiale tra tutti coloro, cittadini e non, che a vario titolo [...] vi risiedono»: coloro, cioè, che, avendo titolo per risiedere all'interno dell'Ue, «hanno diritto alle risorse materiali per condurre un'esistenza dignitosa».

10. La natura di diritto sociale fondamentale delle prestazioni assistenziali rappresenta, pertanto, sicuro *acquis* dell'ordinamento europeo e la sopra-descritta previsione della Carta sanziona questa conclusione, mentre è opportuno ricordare che fin dal suo apparire sulla scena politica e giuridica del continente il documento di Nizza è stato reputato avere l'evidente vocazione a fungere «da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori [...] della scena comunitaria [...], [fornendo] la Carta [...] la più qualificata e definitiva conferma della natura di diritto fondamentale» che rivestono i vari diritti in essa esplicitati (vedi, sul tema specifico del diritto alle ferie, le «coraggiose» Conclusioni in data 9 febbraio 2001 dell'Avvocato Generale Corte di Giustizia Ce nella causa C-173/99, Bectu, punto 28).

E il valore non più soltanto assiologico e politico delle enunciazioni dei principi e dei diritti sociali individuali e collettivi della Carta di Nizza si coglie oramai anche dal richiamo a essa operato su numerose materie (altrettanto delicate perché relative a fondamentali posizioni soggettive della persona richiamate nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo) dalla Corte di Giustizia di Lussemburgo (Corte di Giustizia Ce 27 giugno 2006, C-540/03, Parlamento c. Consiglio; Corte di Giustizia Ce 13 marzo 2007, C-432/05, Unibet; Corte di Giustizia Ce 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld Vzw*), la quale pertanto, anche se in via indiretta, è giunta a conferire alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue un ruolo molto prossimo a fonte sovraordinata omologa a un testo costituzionale.

Se ne deve di conseguenza trarre la convinzione del vistoso scostamento da parte del legislatore italiano del 2000 dai principi ora ricostruiti e dalla lettura «incrociata» che le Supreme Corti europee danno del diritto alla sicurezza e all'assistenza sociale.

11. Da quanto sopra delineato, inoltre, risulta effettivamente «difficile sottrarsi all'idea che la medesima esigenza di certezza e uniforme applicazione delle regole [valida per le decisioni di Lussemburgo] operi anche con riferimento alla Convenzione europea una volta che si consideri[no] l'obbligo delle Alte Parti Contraenti di riconoscere a ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti dal Titolo I della Convenzione stessa» (così efficacemente Trib. Pistoia 4 maggio 2007, cit.), considerata la competenza assegnata alla Corte di Strasburgo estesa a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione (art. 32 Cedu). E, quindi, aggiunge questo Collegio, alla esigenza di affermare il diritto dei cittadini stranieri non comunitari a forme adeguate di assistenza che non discriminino sulla base di elementi inappropriati (documentali e/o di tipo temporale) l'accesso alle provvidenze del *welfare*.

Al riguardo è utile ricordare come la fonte internazionale in questa sede più volte richiamata sia stata già ritenuta idonea (Cass. n. 10542/2002; Cass. n. 11096/2004; Cass., Ss.Uu., n. 28507/2005) a rappresentare indispensabile momento di raffronto giuridico per la valutazione delle discipline dell'ordinamento nazionale, e come l'immediata precettività rispetto al caso concreto di una disposizione di essa possa implicare anche la disapplicazione della norma interna (da ultimo, ancora Cass., Ss.Uu., n. 28507/2005); nonché come i recenti approdi interpretativi delle supreme magistrature del nostro paese abbiano, da un lato (Cass. pen. 1° dicembre 2006, Dorigo), non soltanto ribadito l'immediata applicabilità nel nostro ordinamento delle sentenze della Corte di Strasburgo emesse nei confronti dell'Italia, bensì affermato l'altrettanto immediata precettività delle norme della Convenzione, e, dall'altro (Corte Cost. n. 393/2006), riconosciuto esplicita forza giuridica a norme internazionali di tutela dei diritti fondamentali della persona.

12. A queste decisive considerazioni derivanti dal combinato disposto dell'ordinamento internazionale e comunitario e dalla valorizzazione delle previsioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, vanno – al fine di confermare il diritto della defunta signora C. a fruire dell'indennità di accompagnamento – ad aggiungersi ulteriori argomentazioni.

a) La disciplina dell'art. 80, comma 19, legge n. 388/2000, in base a quanto ricostruito in precedenza sulla speciale caratura assiologica e giuridica della Convenzione del 1950, e del suo art. 14, nonché della sua interpretazione da parte della Corte di Strasburgo, si mostra a questo punto lesiva dell'art. 117, comma 1, Cost., nella versione introdotta dalla legge cost. n.

3/2001, ai sensi del quale la potestà legislativa è esercitata tra l'altro nel rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», ossia tenendo nel debito conto i principi affermati e i diritti tutelati in ambedue le categorie di fonti giuridiche ora rammentate (sulla superiorità della Cedu rispetto alla legge ordinaria vedi anche Cass. n. 401 e n. 402/2006, ordd.).

b) Appare conseguentemente di difficile confutazione la irragionevolezza della disparità di trattamento, lesiva quindi dell'art. 3 Cost., introdotta dalla disposizione in esame tra cittadini extracomunitari regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale, sulla sola base del possesso di documenti differenti: si è detto che l'accesso alle prestazioni assistenziali è espressione della tutela di posizioni fondamentali della persona (per le quali già l'art. 2, d.lgs. n. 286/98, non aveva differenziato le discipline di tutela sulla base del tempo e dei titoli del soggiorno) e che l'art. 34.2 della Carta di Nizza ha reso «universale» questo accesso, che, dunque, non può sopportare limitazioni legate alla mera durata della permanenza in uno Stato ovvero collegate a una già determinata capacità reddituale (requisito, questo, peraltro radicalmente in contraddizione con la provvidenza assistenziale che – arg. *ex* art. 38 Costituzione italiana – serve a garantire il mantenimento a chi è «sprovvisto dei mezzi necessari per vivere»).

Esiste, in altri termini, un nucleo di principi e diritti fondamentali e inviolabili che non tollerano discriminazioni, in quanto riferibili all'individuo in quanto tale, e non al cittadino o allo straniero, e vanno affermati con nettezza (in termini Corte Cost. n. 432/2005, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 8, legge Regione Lombardia n. 1/2001, che collegava il diritto di circolazione gratuita degli invalidi al 100% al possesso della cittadinanza italiana): ne consegue l'irragionevolezza di fissare l'accesso a una basilare misura di assistenza ai soggetti privi di autonomia personale solo per coloro che abbiano un documento che attesti il soggiorno prolungato (requisito fattuale che nessuno ha negato avere realizzato anche la signora C., senza tuttavia avere mai richiesto la carta di soggiorno) e altre condizioni personali di tipo reddituale. E, pertanto, va ampiamente condivisa la dottrina che, proprio in riferimento all'art. 80 in questione e assunto in tesi essere la sicurezza sociale un diritto riconosciuto alla «persona», ritiene difficile riscontrare la legittimità di un criterio che conduce «a includere solamente determinate categorie di immigrati – quelli di successo – lasciando ai margini i meno fortunati [...] allorché, chiunque, da cittadino, si trovasse nelle medesime condizioni, fruirebbe di diritti economici e sociali».

13. Queste considerazioni imporrebbero – ove fossero possibili differenti interpretazioni – una lettura costituzionalmente adeguata della disciplina primaria che avesse violato le regole della Costituzione italiana del 1948.

Nella specie questo corollario non è materialmente praticabile, stante la sicura inequivocità della disposizione del citato comma 19 cui non è possibile sostituire da parte del giudice ordinario altra differente prospettiva legislativa.

Tale situazione, tuttavia, non impedisce in primo luogo che, se gli obblighi internazionali vanno rispettati, divenga consequenziale riconoscere che anche le indicazioni interpretative della Corte di Strasburgo sono idonee a vincolare il giudice interno, a prescindere dalla necessità di sollecitare l'intervento della Consulta. In secondo luogo – sviluppandosi così potenzialità sinora poco avvertite persino nel rapporto con l'ordinamento comunitario e realizzandosi un controllo diffuso tra i giudici di merito della legittimità delle leggi in un sistema caratterizzato dal sindacato centralizzato della Corte Costituzionale (così Trib. Pistoia 4 maggio 2007, cit.) –, in virtù della piena giuridicità del diritto internazionale quale si manifesta essenzialmente nella capacità degli operatori giuridici interni di dare concreta e stabile attuazione alle regole pattizie concordate dagli Stati, appare convincente e da ulteriormente articolare il rammentato indirizzo interpretativo (Cass. n. 10542/2002 e Cass., Ss.Uu., n. 28507/2005, citate) secondo cui dalla natura sovraordinata delle norme delle Convenzione Cedu discende anche «l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto».

14. Non sembra a questo punto al Collegio che possa obiettarsi riguardo alla disposizione in esame (art. 80, comma 19, cit.) la non immediata precettività del principio sopra ricostruito in tema del diritto di tutti, cittadini e non, ad adeguate forme di assistenza sociale, come interpretato dalla Corte di Strasburgo il combinato disposto dell'art. 14 Cedu e dell'art. 1 Protocollo aggiuntivo (in termini vedi Trib. Pistoia 4 maggio 2007, che ha anche convincentemente contrastato gli argomenti di Cass. n. 11887/2006, ord., contrari all'uso del potere di disapplicazione).

Certamente la questione della disapplicazione «diretta» va ulteriormente approfondita, tenuto conto che in dottrina si è dubitato che essa possa avvenire quando la norma sovranazionale resti del tutto estranea riguardo a fattispecie meramente «interne» ossia prive di nessi con il diritto comunitario (così già Cass. n. 10542/2002, cit.).

Nella specie, peraltro, il nesso con l'ordinamento sovranazionale non si mostra insussistente, là dove – se è pur vero che le questioni del cd. *welfare* e delle politiche sociali sono state tradizionalmente lasciate alle capacità e adeguatezza delle *policies* dei singoli Stati membri – non soltanto coesione e inclusione sociale, lotta alla povertà e integrazione dei sistemi di solidarietà, rappresentano dal Trattato di Amsterdam in avanti e passando per la cd. Agenda di Lisbona obiettivi prioritari dell'Unione, ma soprattutto il ricorda-

to Regolamento n. 859/2003, nel definire un importante intervento normativo proprio in materia di sicurezza sociale e proprio nei riguardi dei cittadini non comunitari (in sostanziale continuità con la Direttiva n. 2003/109 relativa allo *status* dei cittadini dei paesi terzi soggiornanti di lungo periodo), configura un ulteriore tassello di una generale cittadinanza sociale, già abbozzata dalla Direttiva n. 2000/43/Ce sul principio di non discriminazione fondata su razza e origine etnica, attuata in Italia dal d.lgs. n. 215/2003, in entrambi i quali è esplicito il riferimento alle «prestazioni sociali» (nonché ad altri aspetti non lavoristici attinenti alla cittadinanza generalmente intesa).

15. Va, d'altro canto, rilevato come la medesima dottrina, che ritiene eccessivamente disinvolti taluni passaggi interpretativi che mettono sul medesimo piano il modello comunitario e quello Cedu (quali, ad esempio, contenuti in Cass. pen. 10 luglio 1993, Medrano, e in Corte d'App. Roma 11 aprile 2002, in *D&L*, 2002, p. 1059), valuti altrettanto «scorretto [...] derivare dal semplicistico confronto tra modello comunitario e modello Cedu l'assenza, in quest'ultimo, della supremazia delle norme nonché di meccanismi idonei ad attribuire alle sentenze della Corte di Strasburgo la "diretta vincolatività per il giudice interno" valevole, invece, per le sentenze della Corte di Giustizia».

16. In conclusione sia la «interferenza virtuosa» tra ordinamenti giuridici – tutti, com'è pacifico, accolti nell'ordinamento italiano – attraverso il ricordato richiamo della Convenzione del 1950 da parte dell'art. 6 TUE e l'opera della giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, sia il rinvenimento nell'art. 34.2 della Carta di Nizza di un postulato valoriale (ma non soltanto, vista la «giuridificazione» di questa mediante il dialogo tra Corti sovranazionali e anche nazionali: tra le tante vedi Trib. costituzionale spagnolo 13 febbraio 2006, STC 41/2006; House of Lords 28 febbraio 2007, *Dabas v. High Court of justice Madrid*), che permette di assegnare alla sicurezza sociale anche dei cittadini extracomunitari la portata di diritto fondamentale esigibile presso le Corti dell'Unione in virtù della latitudine universale del principio di eguaglianza, consentono di affermare il diritto di questi ultimi alle provvidenze economiche destinate allo scopo di assistenza dall'ordinamento nazionale, senza che siano rilevanti distinzioni dettate dal possesso di uno o altro documento di regolare soggiorno, e di disapplicare la disciplina nazionale (quale l'art. 80, comma 19, legge n. 388/2000) che introduca siffatte distinzioni di regime, perché radicalmente contrastante con il detto generale principio di eguaglianza, e il divieto di discriminazione per nazionalità, in ragione dell'affermato primato degli ordinamenti comunitario e internazionale in materia.

Per Questi Motivi

rigetta l'appello principale dell'Inps (*Omissis*)

II

(*Omissis*)

7. Ai fini della soluzione della controversia deve essere invece applicata la normativa della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 resa esecutiva in Italia con la legge n. 845/1955 (Cedu) che nella materia della sicurezza sociale ha sul piano valoriale un contenuto sostanziale più esteso e pregnante della stessa normativa regolamentare Ce.

In particolare occorre fare riferimento (così, Corte d'Appello Firenze, 9 giugno 2007, Inps/Casco, Est. Amato) ai fini della controversia anzitutto all'art. 14 della Cedu, il quale dispone che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione deve essere assicurato senza alcuna discriminazione; la norma richiama tra i fattori di rischio (oltre a quelli fondati sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione) anche l'origine nazionale. Va aggiunto poi che il Protocollo addizionale alla Convenzione all'art. 1 riconosce a ogni persona il diritto al rispetto dei suoi beni; l'ambito oggettivo di operatività dello stesso art. 1 è stato peraltro ricostruito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, includendo tra i beni e i diritti patrimoniali da tutelare anche le prestazioni sociali, comprese quelle di tipo non contributivo; rendendo così applicabile anche a questi diritti il principio di non discriminazione di cui all'art. 14.

Sul tema è ripetutamente intervenuta la Corte di Strasburgo, da ultimo con la sentenza 30 settembre 2003, Koua Poirrez c. Francia, nella quale ha esplicitamente affermato che deve considerarsi discriminatoria ogni «distinzione» legata alla nazionalità del soggetto beneficiario della prestazione assistenziale che non si fondi su «giustificazioni obiettive e ragionevoli», e che tali non sono gli «imperativi» finanziari destinati all'equilibrio della spesa sociale (si trattava di un caso di assegno per adulti minorati, assai simile a quello oggetto del presente giudizio).

Risulta così chiaro, ai fini di questa causa, come esista una norma Cedu che riconosca come discriminatoria qualsiasi normativa che, senza una adeguata giustificazione, pregiudichi il diritto a una prestazione di sicurezza sociale di un cittadino straniero per motivi legati alla sua nazionalità.

8. Sulla stessa portata della normativa Cedu va richiamato inoltre quanto recentemente osservato da due sentenze – destinate ad avere una portata storica – della Corte Costituzionale (n. 392 e n. 393/2007) se-

condo le quali a seguito della riforma del 2001 dell'art. 117 della Cost. le legislazioni statale e regionale sono tenute a osservare, oltre alla normativa comunitaria (*ex art. 11 Cost*), i vincoli derivanti da obblighi internazionali e, tra questi, quelli discendenti dalla Cedu.

Secondo la Corte Costituzionale il primo artefice dell'attuazione della Convenzione è «il giudice» tenuto a interpretare in modo conforme il diritto interno alla Convenzione; «... Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme». Passaggio ulteriormente ribadito quando la Corte riconosce che «... L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione». Dunque, i giudici nazionali, secondo la cd. logica *multi-level*, sono tenuti contemporaneamente a un'interpretazione conforme del diritto interno al dato costituzionale, alle norme comunitarie e alla Cedu.

Si tratta, probabilmente, di un passaggio epocale destinato a incidere profondamente sul ruolo stesso del giudice nazionale quale «giudice comune della Convenzione» come viene testualmente definito, oggi, dalla Corte Costituzionale.

La stessa Corte Costituzionale ha poi osservato che le norme della Cedu vivono attraverso la lettura che ne dà la Corte europea dei diritti dell'uomo con sede a Strasburgo, vincolante per i giudici nazionali.

9. Secondo la Corte Costituzionale peraltro il giudice interno non potrebbe procedere alla disapplicazione del diritto interno con prevalenza delle norme convenzionali Cedu (come avviene per la diretta applicazione della normativa comunitaria a scapito della normativa interna); il giudice interno dovrebbe invece sollevare sempre la questione di costituzionalità per contrasto della normativa interna con l'art. 117 Costituzione.

Sul punto però questo giudice condivide la diversa soluzione accolta dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 28507/2005, che, riconoscendo l'immediata precettività rispetto al caso concreto delle disposizioni Cedu, appare improntata a conferire maggiore effettività ai diritti fondamentali affermati nello spazio europeo.

10. Sulla scorta di queste considerazioni va dunque affermato che la disciplina dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000 contrasta con l'art. 14 della Cedu e con l'interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo; oltre che con l'art. 117 della Costituzione italiana (laddove prevede il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali) e con l'art. 3 della Costituzione essendo evidente la sperequazione sottesa alla norma in questione che nega a citta-

dini non comunitari, che versano in una medesima condizione di bisogno, la prestazione assistenziale sulla sola base del possesso di titoli differenti (carta di soggiorno e permesso di soggiorno); con l'ulteriore illogicità per cui viene dato rilievo – per l'accesso a una prestazione assistenziale che serve a garantire la sopravvivenza di chi è sprovvisto dei mezzi necessari atti allo scopo *ex art. 38 Costituzione* – a un titolo (come la carta di soggiorno) che è collegato a sua volta a una determinata capacità reddituale; il che si risolve in una ancor più eclatante discriminazione dei cittadini più bisognosi identificabili proprio in quelli che non hanno neppure i requisiti per ottenere la carta di soggiorno.

11. Va quindi affermato che la legislazione italiana non può ledere i principi fondamentali e inviolabili che sono volti ad assicurare la realizzazione del diritto fondamentale di ogni individuo alla parità di trattamento riguardo ai diritti della persona i quali sicuramente abbracciano anche la materia della sicurezza sociale, la quale come già detto coinvolge a sua volta la sopravvivenza della persona e pertanto la sua stessa dignità.

D'altra parte va anche ricordato (vedi Corte d'Appello Firenze, cit.) come sulla materia venga in rilievo la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione proclamata a Nizza nel dicembre 2000, nella quale è contemplato il catalogo più ampio e aggiornato dei diritti fondamentali della persona, compresi quelli sociali; in particolare per quanto attiene alla sicurezza sociale e all'assistenza sociale, al paragrafo 2 dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali è precisato che «ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». La norma secondo la dottrina deve essere intesa nel senso che serve a realizzare all'interno dell'Unione una situazione di (seppur minima) eguaglianza materiale tra tutti coloro, cittadini e non, che a vario titolo [...] vi risiedono, coloro cioè che, avendo titolo per risiedere all'interno dell'Ue hanno diritto alle risorse materiali per condurre un'esistenza dignitosa; essa perciò non tollera una sperequazione come quella stabilita dalla legge nazionale di cui si tratta.

12. A queste decisive considerazioni occorre dunque riportarsi per disapplicare la normativa interna e riconoscere al ricorrente la prestazione dell'assegno d'invalidità pur in mancanza del possesso della Carta di soggiorno.

Per Questi Motivi

dichiara il diritto della ricorrente a percepire l'assegno di invalidità civile e condanna l'Inps al pagamento della prestazione, oltre interessi di legge, con decorrenza dal primo del mese successivo al giorno della domanda amministrativa. (*Omissis*)

III

(*Omissis*)

La domanda piuttosto appare meritevole di accoglimento, alla luce di considerazioni fondate sul rilievo diretto e prevalente che le norme internazionali spiegano a seguito del loro recepimento nell'ordinamento interno.

In particolare, viene in questione la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali (Cedu), resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848.

L'art. 14 Cedu dispone che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione deve essere assicurato senza alcuna discriminazione. E fra le ragioni discriminanti esemplificativamente previste dall'art. 14, cit., v'è proprio quella fondata sull'origine nazionale.

L'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione riconosce a ogni persona il diritto al rispetto dei suoi beni. La Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a occuparsi dell'ambito oggettivo di operatività dell'art. 1 del Protocollo, ha, tuttavia, incluso senza esitazioni tra i diritti patrimoniali anche le prestazioni sociali, ivi incluse quelle di tipo non contributivo [si veda, in particolare, a coronamento di un'evoluzione iniziata nel 1996 con la sentenza resa nel caso *Gaygusuz c. Austria* (ricorso n. 17371/90), la sentenza del 30 settembre 2003, resa nel caso *Koua Poirrez c. Francia* (ricorso n. 40892/1998)]. Proprio la sentenza appena citata ha riconosciuto che tali diritti soggiacciono al divieto su base esclusivamente nazionale e in assenza di giustificazioni – nella specie del tutto assenti – obiettive e ragionevoli.

In giurisprudenza è stato affermato (vedi, ad esempio, Cons. Stato 9 aprile 2003, n. 1926/02) che, a differenza di quanto previsto nel Trattato Ce (artt. 244 e 256), nessuna norma della Convenzione europea rende le sentenze della Corte di Strasburgo direttamente eseguibili negli ordinamenti nazionali. In realtà, gli articoli richiamati riguardano l'efficacia esecutiva in relazione a provvedimenti da cui discende un obbligo pecuniario.

In effetti, la regola generale, secondo la quale i principi enunciati nelle decisioni della Corte di Giustizia s'inseriscono direttamente nell'ordinamento interno, assumendo valore di fonte del diritto e di *ius superveniens* (la regola enunciata da Corte Cost. 23 aprile 1985, n. 113, è stata di recente ribadita da Corte Cost. 20 aprile 2004, n. 125, e 14 marzo 2003, n. 62), trova il suo fondamento nell'esigenza di uniforme interpretazione del diritto comunitario nell'ambito territoriale definito dal Trattato: esigenza che si correla all'istituzione di una Corte chiamata ad assicurare il rispetto del diritto, nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato.

Ciò posto, senza pertanto ipotizzare una totale sovrapposizione tra problematiche legate all'applicazione del diritto comunitario e questioni poste

dalle norme della Convenzione, è difficile sottrarsi all'idea che la medesima esigenza di certezza e uniforme applicazione delle regole operi anche con riferimento alla Convenzione europea una volta che si considerino l'obbligo delle Alte Parti Contraenti di riconoscere a ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti dal Titolo I della Convenzione stessa (art. 1 di quest'ultima), l'istituzione della Corte europea, chiamata ad assicurare il rispetto degli impegni derivanti per gli Stati (ossia per tutti gli organi dello Stato, ivi inclusi i giudici) dalla Convenzione e dai suoi protocolli (art. 19 della Convenzione), la competenza assegnata alla Corte, che si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione (art. 32 della Convenzione).

A fronte di tali indicazioni, si comprende che, per quanto generali possano essere le previsioni della Convenzione, esse sono destinate a divenire di stringente precettività a seguito delle puntualizzazioni interpretative della Corte europea.

A tal proposito, Cass. 19 luglio 2002, n. 10542, ha condivisibilmente puntualizzato che il «giudice nazionale, ove ravvisi un contrasto con la disciplina nazionale, è tenuto a dare prevalenza alla norma pattizia, che sia dotata di immediata precettività rispetto al caso concreto, anche ove ciò comporti una disapplicazione della norma interna» (nello stesso senso, si veda Cass. 12 giugno 2004, n. 11096). La vincolatività delle sentenze della Corte europea è stata ribadita di recente sia dalla giurisprudenza civile (vedi Ss.Uu. 23 dicembre 2005, n. 28507), sia dalla giurisprudenza penale (Cass., Sez. I, 12 luglio 2006-3 ottobre 2006, n. 32678, Somogyi, la quale è giunta ad affermare che, in materia di violazione dei diritti umani il giudice nazionale italiano sia tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato; vedi anche Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006-25 gennaio 2007, n. 2800, Dorigo).

Peraltro, se è vero che la norma di fonte internazionale, anche se non costituzionalizzata, gode pur sempre di una capacità di resistenza rispetto alla contraria previsione interna sopravvenuta (si veda, ad esempio, Corte Cost. 19 gennaio 1993, n. 10, che ritiene trattarsi di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria), agli stessi risultati, ma valorizzando il fatto che la norma internazionale è sorretta non solo e non tanto dalla volontà che certi rapporti siano regolati in un certo modo, quanto dalla volontà che gli obblighi internazionali siano rispettati, diviene consequenziale riconoscere che le indicazioni interpretative della Corte europea vincolano il giudice interno, senza che sussista alcuna necessità di sollecitare l'intervento della Consulta.

Tale risultato potrà anche essere raggiunto, valorizzando i parametri della legge fondamentale ed eventualmente sollecitandone una lettura conforme all'esegesi delle previsioni della Convenzione offerta dalla Corte. Tuttavia, esso rappresenta una mera eventualità che non elide in alcun modo il dovere del giudice di non dare applicazione alla norma nazionale che reputi (o che sia stata giudicata dalla Corte europea) contrastante con i dettami della Convenzione.

Va aggiunto che, in senso contrario, ossia nel senso della necessità di provocare il sindacato della Corte Costituzionale, non depono il novellato art. 117 Cost. Quest'ultimo oggi dispone che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Tale norma, se, per un verso, pare dissipare i dubbi sulla possibilità per il legislatore ordinario di sottrarsi ai vincoli internazionali manifestando la specifica volontà di disattendere l'obbligo pattizio, per altro verso, non appare dotata, anche per la specifica sede, di alcuna efficacia innovativa quanto ai meccanismi di controllo della legittimità della norma interna. In particolare, l'accostamento delle norme costituzionali con quelle internazionali non rende necessario, in caso di ritenuto contrasto con queste ultime, lo scrutinio della Consulta. Se tale ricostruzione fosse esatta, ne dovrebbe discendere che, anche in caso di contrasto della disciplina con le norme comunitarie, occorrerebbe passare attraverso il filtro del giudice delle leggi, il che appare assolutamente contrastante con le acquisizioni raggiunte sul punto dalla stessa Corte Costituzionale (Corte Cost. 8 giugno 1984, n. 170).

La ricostruzione appena operata dei rapporti tra Corte di Strasburgo e giudici nazionali può creare disagio nella misura in cui, sviluppando potenzialità sinora poco avvertite persino nel rapporto con l'ordinamento comunitario, realizza un controllo polverizzato tra le Corti di merito della legittimità delle leggi in un sistema caratterizzato dal sindacato centralizzato della Corte Costituzionale. Tuttavia, essa appare consequenziale alla giuridicità del diritto internazionale quale si manifesta essenzialmente nella capacità degli operatori giuridici interni di dare concreta e stabile attuazione alle regole pattizie concordate dagli Stati.

In senso contrario rispetto a tale ricostruzione sono stati prospettati dalla S.C., con l'ordinanza 20 maggio 2006, n. 11887, i seguenti argomenti:

a) l'abrogazione della legge dello Stato si verifica nelle sole ipotesi di cui agli artt. 15 disp. prel. cod. civ. e 136 Cost., che non tollerano la disapplicazione da parte del giudice, pur quando quest'ultimo possa avvalersi dell'interpretazione del giudice internazionale;

b) il giudice è soggetto soltanto alla legge, per cui ammettere un potere (o addirittura un obbligo) di disapplicazione significherebbe ammettere un

pericoloso varco al principio di divisione dei poteri, avallando una funzione di revisione legislativa da parte del potere giudiziario che appare estranea al nostro sistema costituzionale;

c) le norme della Convenzione europea sopra citata non possono ritenersi «comunitarizzate», ossia assoggettate al medesimo regime che caratterizza le norme di derivazione comunitaria, in virtù del par. 2 dell'art. 6 del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, in quanto il rispetto dei diritti fondamentali della Convenzione costituisce una direttiva per le istituzioni comunitarie, non una norma comunitaria rivolta agli Stati membri;

d) poiché anche le limitazioni della sovranità statale che consentono l'applicazione delle regole comunitarie incontrano i controllimiti rappresentati dai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dai diritti inalienabili della persona umana, deve in ogni caso essere verificato il rispetto dei principi costituzionali.

Si tratta, tuttavia, di argomenti poco persuasivi, alla luce delle considerazioni sopra sviluppate, in quanto il potere diretto di disapplicazione è talmente poco contrastante con il nostro ordinamento da essere attribuito al giudice, in presenza di regole interne contrastanti con quelle comunitarie. Inoltre, non è dato ravvisare alcuna violazione, nelle regole Cedu che vengono in applicazione nel caso di specie, di principi fondamentali del nostro ordinamento. Se così fosse, occorrerebbe piuttosto prospettarsi il dubbio della legittimità della norma interna che ha previsto il recepimento della fonte internazionale contrastante con tali principi.

Deve, pertanto, in relazione alle suesposte considerazioni, ritenersi prevalente l'operatività del principio di cui all'art. 14 Cedu che vieta la discriminazione per ragioni di origine nazionale in ordine al godimento del diritto alle prestazioni assistenziali.

Per Questi Motivi

il giudice, dott. Giuseppe De Marzo, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da N. K. nei confronti dell'Inps, l'accoglie e, per l'effetto, condanna l'Inps al pagamento dell'assegno sociale maggiorato, con decorrenza dal 1° luglio 2004 sino alla data del riconoscimento in via amministrativa dello stesso trattamento (dicembre 2006) (*Omissis*)

(1-3) LA TEMATICA DEI CITTADINI STRANIERI IN RIFERIMENTO
ALL'ACCESSO ALLE PRESTAZIONI NON CONTRIBUTIVE A DIECI ANNI
DI DISTANZA DALL'APPROVAZIONE DELLA LEGGE N. 40/1998

1. — Le pronunce delle giurisdizioni di merito di Pistoia, Firenze e Ravenna, sollecitano nuovamente l'attenzione sul requisito *carta di soggiorno* (art. 9, T.U. n. 286/98) richiesto per la concessione di determinate prestazioni assistenziali agli stra-

nieri in possesso della cittadinanza extracomunitaria, e in effetti, dieci anni dopo l'adozione della legge n. 40/1998, la questione rimane attuale e caratterizzata da evidenti complessità di approccio (Basti vedere le divergenze di ordine interpretativo e di soluzione giuridica presenti nelle decisioni che si sono susseguite in questo arco di tempo; per esempio, Brescia, in cause Razazian – Tribunale 1° luglio 2005 e Corte d'Appello 26 gennaio 2006 – e Radouane – Tribunale 17 febbraio 2006 –, che ritiene le prestazioni previste per gli invalidi civili testualmente escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000, la cui efficacia sarebbe da riferire esclusivamente ai «servizi sociali», specificati dal Tribunale di Verona con la sentenza del 24 gennaio 2006, quali «servizi gestiti localmente dagli enti comunali, preordinati allo sviluppo economico e civile delle comunità territoriali che incidono negli ambienti scolastici, di quartiere e familiare»; su un altro piano ancora – per esempio, Tribunale Trento 29 ottobre 2004 – l'erronea applicazione del Regolamento n. 859/2003/Ce a situazioni che non presentano i richiesti presupposti per l'estensione del Regolamento Cee n. 1408/71, relativo al coordinamento comunitario dei regimi di sicurezza sociale). Tutto ciò mentre si ha la conferma, più in generale, di un orientamento del legislatore deciso a mantenere e consolidare la differenziazione di *status* giuridico degli stranieri sulla base di criteri fondati sulla cittadinanza, anche indirettamente, *in deroga* al principio di non discriminazione e alla parità di trattamento. La circostanza che sul «bonus bebè» (legge 23 dicembre 2005, n. 266, commi da 330 a 334) ci si sia semplicemente limitati a intervenire sugli aspetti connessi alle sanzioni amministrative, senza rimuovere la disposizione esclusiva, è chiaramente indicativa di questa volontà.

Ma l'attualità della questione è anche altra, data, segnatamente, dalle modifiche intervenute sul piano del Testo Unico n. 286/98 di attuazione di diverse Direttive comunitarie, specie i decreti legislativi nn. 3, 5 e 251 del 2007, che hanno dato attuazione alle Direttive comunitarie, rispettivamente, n. 2003/109/Ce (*status* dei soggiornanti di lungo periodo), n. 2003/86/Ce (ricongiungimenti familiari), n. 2004/83/Ce (qualifica del titolo di rifugiato, incluse le persone comunque bisognose di protezione internazionale, e contenuto della protezione). Non per ultimo le denunce, anche in chiave di pura propaganda elettorale, circa l'impatto finanziario delle misure, e la prospettiva di vedere gli immigrati *nuovamente* esclusi dagli interventi di sostegno alla famiglia che sono al centro dei programmi presentati dai partiti politici. Insomma, una strategia più complessiva che con toni di «già visto» – la campagna del 1990 a proposito delle pensioni «facili» agli emigrati italiani all'estero – non risparmia alcuno: dai parenti ricongiunti (in particolare gli ascendenti a carico) degli «extracomunitari» ai nuovi «vicini» dell'Est, ed è persino ovvio precisare che il riferimento è ai cittadini romeni e bulgari dopo il 1° gennaio 2007. Elementi marcanti di questo clima sono ugualmente il protagonismo dei sindaci in materia di iscrizione anagrafica e non solo (basti vedere le ordinanze nn. 4 e 10/2008 del sindaco di Azzano Decimo, che vincolano la qualità del soggiorno legale al possesso di risorse tali da escludere ogni ricorso alle prestazioni assistenziali), e non sarà parimenti un caso se, proprio nei giorni delle elezioni, l'amministrazione centrale si è adoperata per notificare i ricorsi contro diverse sentenze del Tribunale di Biella del 30 dicembre 2006, con le quali lo stesso Tribunale aveva dato luogo all'accoglimento delle domande relative al *bonus bebè* in favore di cittadini stranieri extracomunitari!

Le pronunce di cui in premessa, che hanno dato luogo all'accoglimento delle domande sulla base di una applicazione «diretta» dell'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo *in combinato disposto* con l'articolo 1 del Protocollo 1 allegato alla Convenzione, e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo paiono mettere un punto fermo alla questione, che, tuttavia, potrebbe non essere propriamente tale alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e n. 349/2007 del 22 ottobre 2007 – infatti, entrambe le sentenze sono centrate sulla questione dei rapporti tra *legislazione nazionale e obblighi internazionali*, in relazione alle modifiche apportate all'art. 117, comma 1, dalla legge cost. n. 3/2001 –, in cui si afferma, sostanzialmente, che le disposizioni della Convenzione europea non sono direttamente applicabili dal giudice ordinario contro la legge italiana e, conseguentemente, che è prerogativa *esclusiva* della Corte lo scrutinio della legge ordinaria nazionale che si suppone ledere i principi della Convenzione europea. È quindi facile immaginare che si prefigurano scenari di lungo corso, in parte per la resistenza delle giurisdizioni ordinarie, in parte perché è bene non dare per acquisita la posizione della Corte al riguardo, specie considerando le difficoltà oggettive di questa – e lo vedremo anche in seguito – sul tema della discriminazione «indiretta».

Al momento dell'adozione della legge n. 40/98, la legislazione italiana prefigurava unicamente due livelli di prestazioni economiche slegate dal rapporto assicurativo: l'assegno sociale agli ultra sessantacinquenni (già pensione sociale istituita dalla legge n. 153/69) e le prestazioni previste per gli invalidi civili e per le altre categorie equiparate. Delle prestazioni, cioè, finalizzate ad attenuare il rischio «povertà» degli anziani, ovvero di supporto alle persone disabili, come tali impossibilitate, in molti casi, ad acquisire in prima persona lo *status* economico di «lavoratore». Da questo punto di vista, è indubbio che gli interventi legislativi del 1998 (vedi gli artt. 65 e 66 della legge n. 448/98) hanno inteso ampliare le tutele, allegando alcune protezioni mutate dai rischi classici che compongono la sicurezza sociale *ugualmente* a quelle persone prive di rapporto assicurativo e previdenziale – in quanto esaurito o perché non vi è mai stato – secondo un'idea della «cittadinanza» non come nozione giuridica strettamente intesa, ma, bensì, legata al concetto di territorio (e conseguentemente la qualità di «residente»). Dunque, è soprattutto questo lo scopo degli assegni di competenza comunale «ai nuclei familiari composti di almeno tre figli minori» (dal 1° gennaio 1999) e di «maternità» (dal 2 luglio 1999), e la scomposizione – relativamente all'ultimo – in due distinti regimi di assegno (Stato/Comuni), nel contesto delle modifiche intervenute a partire dal 1° luglio 2000. E lo stesso si può dire in relazione agli assegni di «nascita», prima concessi in via sperimentale (2004) e successivamente con la forma del «*bonus bebè*» (biennio 2005-2006).

2. — Visto nel più ampio contesto dettato dal Testo Unico n. 286/98, l'articolo 41 si colloca come «specificazione» di quei principi di uguaglianza e di parità di trattamento già enunciati nel testo dell'articolo 2: segnatamente, il comma 2, in materia di «diritti in materia civile», e il successivo comma 3, relativo al rispetto dei diritti garantiti ai lavoratori stranieri e alle loro famiglie ai sensi della Convenzione OIL n. 143/75. D'altra parte, il riferimento al possesso – alternativamente – della «carta di soggiorno» o di un «permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno», è criterio che contribuisce, di per sé, a distinguere la categoria dei soggiornanti per lavoro (e i loro fami-

liari aventi diritto o ricongiunti) dai cd. soggiorni «brevi» ai sensi della regolazione Schengen. All'opposto, il criterio della «carta di soggiorno» in via esclusiva – risultante dalle modifiche introdotte dal comma 19 dell'articolo 80 della legge n. 388/2000 con effetto dal 1° gennaio 2001, ai fini del diritto all'assegno sociale e «le provvidenze che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali» – è un criterio che se, per un verso, allinea i trattamenti alle condizioni nel frattempo imposte per la concessione degli assegni di maternità – ricordiamo, infatti, che l'assegno originario (1° luglio 1999) nasce a esclusivo beneficio delle cittadine italiane ed è stato esteso alle cittadine comunitarie ed extracomunitarie titolari della carta di soggiorno solamente con le modifiche intervenute dal 1° luglio 2000 –, per altro verso, alza la barra del diritto su dei confini che non si misurano più in termini di soggiorno «regolare» – eventualmente, di «durata» del soggiorno stesso –, ma piuttosto sull'unico fondamento della qualità di *residente permanente* cui necessariamente rinvia la titolarità della «carta di soggiorno» (ora «permesso di soggiorno Ce-Slp», conformemente all'articolo 9 del Testo Unico n. 286/98, come modificato dal decreto legislativo n. 3/2007). Ecco dunque che questo dato, insieme all'estromissione *tout court* dei cittadini stranieri extracomunitari da alcuni specifici interventi di sostegno alla «famiglia», ha portato al consolidamento di *quattro* livelli di trattamento e una parità sostanziale – nel campo delle prestazioni economiche che implicano un rapporto di durata – *esclusivamente* per quanto riguarda le prestazioni previste dal regime previdenziale ordinario.

Così, l'assegno comunale ai nuclei composti da almeno tre figli minori e gli importi *una tantum* (1.000 euro) erogati per i figli nati nel 2004 e nel biennio 2005/2006 (a determinate condizioni) restano attribuiti solamente ai cittadini italiani e comunitari. Le maggiori prestazioni assistenziali e previdenziali finanziate a carico dello Stato – per intenderci, l'assegno sociale, le prestazioni agli invalidi civili e gli assegni di maternità Comuni/Stato – richiedono lo *status* di soggiornante permanente, e soltanto un minor numero di «altre» prestazioni e servizi sociali possono essere riconosciute agli stranieri titolari del permesso di soggiorno di durata almeno annuale. E questa differenziazione dei trattamenti è talmente radicata che, salvo per l'assegno sociale e le prestazioni agli invalidi civili, una situazione peggiore è riservata persino ai «rifugiati» ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, ratificata con legge 24 luglio 1954, n. 722 – in qualche caso anche ai loro familiari –, nonostante le prescrizioni degli articoli 23 e 24 della Convenzione circa la parità di trattamento in materia di assistenza pubblica e di legislazione del lavoro e assicurazioni sociali.

Detto per inciso, con l'attuazione della Direttiva comunitaria n. 2004/83/Ce, gran parte di queste difficoltà possono ritenersi superate, almeno in via di principio, in considerazione del disposto degli articoli 2, 22, e 27 del decreto legislativo n. 251/2007, entrato in vigore il 19 gennaio 2008. Il primo articolo attiene al campo delle definizioni; il secondo fissa i diritti dei familiari, anche quando «non hanno individualmente diritto allo *status* di protezione internazionale»; il terzo, il «diritto al medesimo trattamento riconosciuto al cittadino italiano in materia di assistenza sociale e sanitaria», ma merita ricordare, in precedenza, la forte obiezione dell'Inps alla concessione dell'assegno comunale ai nuclei composti di tre figli minori (vedi la Circolare dell'istituto n. 62/2004, confermata anche dal Ministero del lavoro il 15 luglio 2005), il ritardo con cui si proceduto a fornire i primi spiragli di apertura in materia di assegno di maternità

(vedi la succitata nota del Ministero del lavoro), e, sul piano giudiziario, è significativo il rigetto del Tar Friuli (V. G.), del 22 maggio 2004, in materia di assegno di maternità, con delle tesi – essenzialmente, il carattere «chiaramente programmatico e non di immediata applicazione dell'articolo 23 della Convenzione di Ginevra» – giustamente controbattute dal Tribunale di Milano nella recente sentenza n. 373/2007 del 5 dicembre 2007 (depositata il 31 gennaio 2008), relativa a un rigetto dell'indennità di accompagnamento in favore di un minore figlio di rifugiati. Infatti, il suddetto Tribunale collega l'articolo 23 Convenzione agli obblighi del successivo articolo 24, comma 1, lettera *b*, il quale concerne le «assicurazioni sociali» e, ugualmente, ogni altro rischio legalmente protetto «salvo [...] ii) particolari disposizioni della legge nazionale del paese di residenza, relative alle prestazioni o frazioni di prestazioni pagabili interamente da fondi pubblici» per ritenere, con riguardo all'articolo 41 del Testo Unico n. 286/98 e all'articolo 80, comma 19, della legge n. 388/2000, che, in mancanza di uno specifico riferimento alla categoria dei rifugiati, le suddette norme «non possono essere interpretate quali disposizioni della legge nazionale intese a introdurre quegli specifici limiti, ammissibili ai sensi dell'articolo 24, punto ii), alla statuizione del comma 1, lettera *b*, della stessa disposizione, che sancisce l'impegno degli Stati contraenti di concedere ai rifugiati lo stesso trattamento concesso ai cittadini nella materia in esame». Infatti, «la disciplina generale, non può, in difetto di specifica estensione, derogare alla normativa speciale disciplinante la condizione del rifugiato» («né può dubitarsi, tenuto conto anche delle ragioni che determinano il riconoscimento di tale condizione, dell'applicazione della citata normativa sia nei confronti della ricorrente, che agisce quale esercente la potestà sul figlio e che ha ottenuto il riconoscimento del suddetto *status*, sia, conseguentemente, nei confronti del minore, privo della capacità di agire»).

Chiuso questo inciso, è gioco-forza constatare, anche a riprenderle una a una, che si tratta di prestazioni pur sempre collegabili ai rischi protetti a titolo obbligatorio, come anche riconosciuto dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 361/2000) quando reputa l'assegno di maternità indicativo «dell'attuazione, in modo progressivo e sempre più esteso, data dal legislatore, all'esigenza di tutela imposta, in via generale, dall'art. 31 Costituzione» (segnatamente: «il fondamento costituzionale della tutela della maternità non sta *solo* nelle disposizioni contenute nell'art. 37, che riguardano specificamente il lavoro subordinato [...] Il legislatore ha dato attuazione in modo progressivo e sempre più esteso all'esigenza di tutela imposta dai citati precetti costituzionali, proteggendo il valore della maternità, anche indipendentemente dallo svolgimento di un'attività lavorativa da parte della donna, come è dimostrato dalle disposizioni contenute nell'art. 66 della legge n. 448 del 1998»). Del pari in relazione all'assegno di nascita nella versione «2004», che (sentenza n. 287/2004) è stato ricondotto alla competenza statale in materia di previdenza sociale in quanto prestazione economica a carattere temporaneo che costituisce «espressione di quella tutela previdenziale della maternità riconosciuta alla donna in quanto tale, in ragione degli articoli 31, comma 2, e 37 della Costituzione, a prescindere da ogni situazione di bisogno, di disagio o di difficoltà economiche, e non soltanto in quanto collegata a una attività di lavoro subordinato o autonomo».

Un secondo e non meno importante elemento è l'aumento di influenza del diritto comunitario, dall'estensione del Regolamento n. 1408/71 sul coordinamento dei regimi di sicurezza sociale, alle già richiamate Direttive connesse alle politiche di asilo e

immigrazione. Queste misure, a effetto orizzontale, si affiancano a quelle già operanti nel contesto degli accordi Ce-Stati terzi contenenti delle disposizioni sociali sui lavoratori, e in particolare il principio di non discriminazione, in base alla nazionalità, in materia di «sicurezza sociale» di cui agli Accordi di associazione Ce-Algeria, Ce-Marocco, Ce-Tunisia, nonché con la Turchia. Si tratta di un quadro molto complesso e articolato, con la conseguenza che, specie per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, occorre non confondere le basi giuridiche e le diverse nozioni di «sicurezza sociale» in campo. Basti ricordare che, nell'ambito degli accordi sopra citati, la nozione di sicurezza sociale è intesa nel senso del diritto comunitario (*l'identica* definizione prevista dal Regolamento n. 1408/71 come interpretato dalla Corte di Giustizia Ce). Del pari nei casi di applicazione *valida* del Regolamento n. 859/2003/Ce: in presenza, cioè, di situazioni transnazionali implicanti la competenza di almeno due Stati membri dell'Unione europea. Invece, per quanto riguarda le Direttive settoriali, esiste una certa contraddizione tra la nozione espressa dalla Direttiva n. 109/2003/Ce, relativa allo *status* dei «soggiornanti di lungo periodo», che è una *nozione nazionale* (sebbene sia riferita alle «prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione nazionale»), e la Direttiva n. 2005/71/Ce afferente al «soggiorno dei cittadini di Stati terzi a fini di ricerca scientifica» (la quale si comprende direttamente come *nozione comunitaria* per l'esplicito rinvio ai «settori di sicurezza sociale ai sensi del Regolamento n. 1408/71...»). Una sfumatura che non è di poco conto in termini di risultato sul piano della parità di trattamento (in pratica, significa dire che i «ricercatori» godono di un trattamento *più favorevole* di quello attualmente riservato ai migranti economici non titolari dello *status* di lungo residenti), sebbene a questo riguardo meriti ugualmente sottolineare che la nuova proposta di Direttiva quadro presentata dalla Commissione europea in relazione a questi ultimi (COM 638/2007 del 23 ottobre 2007) riprende la medesima formulazione approvata dal Consiglio nella Direttiva n. 2005/71/Ce sui ricercatori, precisando ugualmente – *relazione* della proposta all'articolo 12 – che «la parità di trattamento in materia di sicurezza sociale copre le prestazioni di cui all'articolo 4 del Regolamento n. 1408/71 [...] Il Regolamento n. 859/2003 ha esteso le disposizioni del Regolamento n. 1408/71 ai cittadini dei paesi terzi unicamente nel caso in cui questi si trasferiscono da uno Stato membro all'altro. Le disposizioni relative alla parità di trattamento in materia di sicurezza sociale contenute nella presente Direttiva si applicano ugualmente alle persone che arrivano in uno Stato membro con provenienza diretta da un paese terzo». Ciò è sicuramente indicativo della volontà della Commissione europea di superare le attuali distinzioni, ma è troppo presto per capire se una soluzione del genere sarà condivisa in sede di Consiglio Ue.

3. — Con la sentenza Corte Cost. n. 432/05, era parso di cogliere un orientamento netto della Corte Costituzionale, nel senso che il trattamento differenziato dei cittadini stranieri richiede, per essere tollerato, l'esistenza di ragioni «obiettive», ossia non in conflitto con lo scrutinio di ragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Costituzione. Vero è che nel caso al centro della pronuncia si trattava di una discriminazione diretta fondata sulla nazionalità. Pur tuttavia, i pronunciamenti successivi hanno messo in luce un «disagio», che è indicativo delle difficoltà della Corte nel rapportarsi al tema della discriminazione «indiretta», sicché non è probabilmente un caso se la soluzione prospettata nella pronuncia n. 324/2006 privilegia dei profili sicuramente utili, ma tecnici, senza an-

ciare al cuore del problema. Non vi è dubbio, in queste condizioni, che il rinvio operato dal Tribunale di Brescia con l'ordinanza n. 615/2007 (ugualmente incentrata sugli articoli 2, 3, 10, 11, 35 e 117, comma 1, Cost., e relativa a un rifiuto di prestazione in materia di invalidi civili, opposto in vigenza dei nuovi criteri), rappresenta un interessante banco di prova. Questa cautela è d'obbligo in particolare alla luce dell'ordinanza n. 32/2008, nella diversa materia dell'accesso all'Erp, ma pur sempre in relazione a un requisito basato sulla durata della residenza/lavoro – cinque anni continuativi, in Lombardia, nel periodo immediatamente precedente la domanda –, requisito reputato dalla Corte «non irragionevole (sentenza n. 432 del 2005) quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire (sentenza n. 493 del 1990), specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco (ordinanza n. 393 del 2007)», e si deve debitamente sottolineare che questo enunciato comprende praticamente tutti gli elementi suscettibili di pesare nel giudizio di legittimità, incluso in rapporto alle disposizioni della Cedu. D'altra parte, quando anche il tema sia esclusivamente giuridico, non può farsi astrazione del nuovo quadro politico e delle difficoltà crescenti sul terreno dei diritti dei migranti tutti.

Dal punto di vista della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, non si può mettere in dubbio che le prestazioni di cui si tratta, sebbene non contributive, sono collocabili tra i *diritti patrimoniali* tutelati dalla Convenzione, in particolare alla luce della decisione Stec del 6 luglio 2005, con cui la *Grande Chambre* della Corte ha definitivamente inteso chiarire la questione al fine di superare le differenze che avevano marcato la giurisprudenza anteriore. Gli aspetti che rivestono interesse agli occhi della Corte sono, in primo luogo, la necessità di far rientrare tra i «beni» considerati dall'articolo 1 del Protocollo 1 le prestazioni alle quali già si applica l'articolo 6-1 della Convenzione, anche per esigenze di «coerenza globale della Convenzione», e il richiamo alla sentenza *Salesi c. Italia* del 23 febbraio 1993, in cui la Corte aveva già sottolineato che le indennità italiane per invalidità civile conferiscono un «diritto soggettivo, di carattere patrimoniale», con l'ulteriore precisazione che (*Schuler-Zraggen c. Svizzera* del 24 giugno 1993) «l'evoluzione giuridica [...] e il principio di uguaglianza di trattamento fanno ritenere che l'applicabilità dell'articolo 6, par. 1, è di regola nel campo delle assicurazioni sociali, comprese le prestazioni di tipo assistenziale (*d'aide sociale*)». In secondo luogo, la necessità di adottare un'interpretazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 «che eviti le disparità di trattamento che, ai nostri giorni, appaiono illogiche o ingiustificabili» (punti 48 e 49 della decisione). Infatti, l'approccio della Corte quanto all'articolo 1 del Protocollo 1 «dovrebbe realmente rispecchiare l'attuale organizzazione della protezione sociale negli Stati membri del Consiglio d'Europa», essendo ugualmente chiaro che in seno a questa comunità – come per la maggioranza degli Stati presi isolatamente – «esiste una vasta gamma di prestazioni sociali destinate a conferire dei diritti automatici. Le modalità di finanziamento sono di vario genere. Talune sono alimentate con i contributi versati a una cassa particolare, altre dipendono dall'entità dei contributi versati dal richiedente, altre ancora sono versate a carico del bilancio pubblico, in base all'appartenenza a una categoria definita dalla legge...». Deriva, conseguentemente, «alla luce della diversità dei sistemi di finanziamento e dell'intreccio delle prestazioni nella maggior parte dei sistemi di protezione sociale», che «appare artificioso considerare che solamente le prestazioni finanziate mediante i contributi versati a una specifica cassa siano suscettibili di rientrare nel campo del Proto-

collo 1. Per di più, escludere le prestazioni finanziate attraverso l'imposta equivale a non considerare che molti aventi diritto contribuiscono anch'essi, attraverso il pagamento delle tasse, al finanziamento del sistema» (punto 50 della decisione). E, conclude ancora la Corte, «in uno Stato democratico moderno molti individui, per tutta o parte della loro vita, godono di mezzi di sussistenza grazie a prestazioni di sicurezza o di previdenza sociale. Numerosi ordini giuridici interni riconoscono che questi individui hanno bisogno di una certa sicurezza e, quindi, prevedono il versamento automatico delle prestazioni alla condizione di perfezionare i requisiti prescritti in vista del diritto. Quando la legislazione interna riconosca a un individuo un diritto a una prestazione sociale, è logico riflettere l'importanza di questo interesse giudicando l'articolo 1 del Protocollo 1 applicabile» (punto 51 della decisione).

Sul punto relativo alla portata del principio generale di *non discriminazione* ai sensi dell'articolo 14 Convenzione, va rilevato che i casi visti dalla Corte europea non escludono affatto la discriminazione «indiretta». In particolare, si vedano le sentenze Niedzwiecki et Okpisz del 25 ottobre 2005 (fondate sul combinato disposto degli articoli 8 e 14 Convenzione), in cui erano in gioco criteri legati alla tipologia del permesso di soggiorno e agli effetti del diritto alle prestazioni familiari previste dalla legislazione tedesca – ma si veda ugualmente la sentenza Surul (n. C-262/96) della Corte di Giustizia Ce, in cui il medesimo fatto discriminatorio è sanzionato in base alla regola generale di non discriminazione ai sensi dell'Accordo di associazione Ce-Turchia –, le quali completano l'ambito considerato nelle precedenti sentenze Gaygusuz (16 settembre 1996) e Koua Poirrez (30 settembre 1993) – questa volta sul combinato disposto dell'articolo 14 Convenzione e dell'articolo 1 del Protocollo 1 – in materia di discriminazione diretta, fondata sul criterio della cittadinanza. Importa osservare altresì che, sebbene non citata, la costruzione giuridica della sentenza n. 432/2005 della Corte Costituzionale riflette in pieno i criteri della Corte di Strasburgo, ovvero sia che l'ammissibilità, eventuale, della distinzione legata alla nazionalità richiede, necessariamente, *giustificazioni obiettive e non irragionevoli*.

Un ulteriore punto di riflessione e di approccio in chiave interna e internazionale è il legame tra «soggiorno» (inteso quale legislazione sul soggiorno legale) e «diritti».

La Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'Uomo non attribuisce agli stranieri dei diritti in materia di ingresso e soggiorno. Conseguentemente, in linea generale, le condizioni di ammissione e di controllo della regolarità del soggiorno sono di competenza esclusiva dei singoli Stati, con un margine di intervento della Corte europea limitato a un numero ristretto di casi, nella maggior parte collegati a impedire la violazione dell'articolo 8 Convenzione in materia di espulsione. Le stesse vicende che hanno caratterizzato l'*iter* della Direttiva n. 2003/86/Ce hanno messo in luce vari piani di difficoltà – dal cd. «periodo di attesa» per l'esercizio del diritto al ricongiungimento della famiglia, alla posizione dei singoli familiari, siano parte della famiglia nucleare, ascendenti e/o discendenti a carico –, a dimostrazione del fatto che, anche dal punto di vista del diritto internazionale, si tratta di un tema di non univoca soluzione. E in effetti, qualora si proceda a un esame non superficiale dei maggiori testi in campo a livello dell'Oil (Convenzioni Oil nn. 97/49 e 143/75), del Consiglio d'Europa (Convenzione europea relativa allo Statuto giuridico del lavoratore migrante e Carta sociale europea riveduta) e dell'Onu (la Convenzione sui lavoratori migranti del 18 dicembre 1990), è possibile cogliere delle differenze nell'ampiezza dei diritti consentiti,

e non è del pari indifferente la circostanza del non accoglimento, da parte della Corte di Giustizia Ce, del ricorso del Parlamento europeo c. il Consiglio, teso all'annullamento dell'articolo 4, n. 1, ultimo comma, e n. 6, e dell'articolo 8 della Direttiva n. 2003/86/Ce (sentenza del 27 giugno 2006, causa n. C-540/03).

Ciò posto, nella misura in cui ciascuno Stato è libero di regolare le condizioni di ingresso e soggiorno degli stranieri (e vale la pena di ricordare che, per taluni ambiti, ciò attiene ugualmente ai familiari che hanno titolo al ricongiungimento), non si giustifica un diverso trattamento dei cittadini extracomunitari.

In materia di ricongiungimento familiare, è d'uopo ricordare che la Corte Costituzionale opera una sostanziale differenza tra *la famiglia nucleare* – per cui «l'inviolabilità del diritto all'unità familiare è certamente invocabile e deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione e, quindi, in relazione al ricongiungimento dello straniero con il coniuge e con i figli minori» – e *i restanti familiari*, per i quali «non può invece sostenersi che il principio contenuto nell'articolo 29 della Costituzione abbia un'estensione così ampia da ricomprendere tutte le ipotesi di ricongiungimento di figli maggiorenni e genitori; infatti nel rapporto tra figli maggiorenni, oramai allontanatisi dal nucleo di origine, e genitori l'unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito e contestualmente si aprono margini che consentono al legislatore di *bilanciare* l'interesse all'affetto con altri interessi di rilievo» – essenzialmente il controllo dell'immigrazione –, di modo che la Corte non ha ritenuto «irragionevoli» le restrizioni operate dal legislatore con la legge n. 189/2002 in relazione agli ascendenti a carico, nonché ai figli maggiorenni (delle restrizioni che sono state in parte superate dalle successive modifiche apportate dal decreto legislativo n. 5/2007).

Orbene, nella situazione presente convivono aree di sofferenza e di discriminazioni non giustificate e fuori da ogni canone di ragionevolezza.

Basti considerare che il requisito «carta di soggiorno», in quanto riferito a una tipologia di permesso di soggiorno che rinvia allo *status* di «soggiornante permanente», è condizione che non rispetta i diritti dei «lavoratori», né quelli dei familiari conviventi, per di più con effetti di *pena aggiuntiva* ogni qualvolta si sia in presenza di cause ostative al rilascio del titolo richiesto, tra l'altro con conseguenze per l'intero nucleo familiare, considerando che la precedente Carta di soggiorno, come l'attuale Permesso di soggiorno Ce-Slp, è un titolo concettualmente unitario (vedi l'articolo 9, comma 1, del Testo Unico n. 286/98). E un elemento di ulteriore sperequazione proviene dalle stesse modifiche apportate dal decreto legislativo n. 3/2007, con cui si è superato lo sbarramento dei familiari suscettibili di ricevere questo tipo di permesso, in particolare i «genitori a carico» che ne erano sin qui tassativamente esclusi. L'osservazione non attiene evidentemente all'estensione, in quanto tale, della cerchia degli aventi diritto al permesso di soggiorno Ce-Slp, ma piuttosto al contrasto dato dall'immediatezza di effetti, nella materia che qui interessa, rispetto alla condizione di stranieri, anche lavoratori ai sensi dell'art. 38 Costituzione, che non hanno ancora maturato i requisiti richiesti per il riconoscimento dello *status* di soggiornante permanente (tra cui cinque anni di soggiorno legale e continuativo).

In conclusione, anche a voler seguire la Corte Costituzionale sul piano del «bilanciamento d'interessi» a cui rinvia la giurisprudenza in materia di ricongiungimento familiare, è difficile ritenere la giustificazione di un qualsivoglia trattamento differenzia-

to degli stranieri *dopo* l'ingresso e l'ammissione al soggiorno legale. Non certamente in rapporto alla famiglia nucleare, compresa nella nozione di *inviolabile diritto fondamentale della persona*. A ben vedere, ugualmente verso gli altri componenti della famiglia debitamente autorizzati, poiché la condizione di «a carico» – cioè di persona economicamente dipendente dal lavoratore richiedente il ricongiungimento – serve essenzialmente a circoscrivere l'ambito degli aventi diritto alla riunificazione (non a imporre condizioni di presa a carico obiettivamente superiori a quelle richieste dai cittadini nazionali), ed è gran tempo di concludere sulla questione, anche a evitare incursioni sindacali, sul genere delle citate ordinanze n. 4 e n. 10/2008 del sindaco di Azzano Decimo, assolutamente pericolose, oltre che improprie sul piano tecnico e giuridico. La posta in gioco, in questo caso, è fondamentalmente una prestazione locale – il «reddito di base di cittadinanza» – che non ha una precisa collocazione nella legislazione statale. È chiaro tuttavia, che legando il soggiorno legale (autorizzato) al possesso di un minimo di redditi personali tale da escludere l'accesso alla prestazione, l'autore intende far ricadere nell'ambito della «fine di soggiorno legale» chiunque, da straniero residente nella località, abbia a richiedere la concessione di tale «aiuto sociale», e ciò in violazione delle pertinenti disposizioni della legge regionale e ugualmente in contrasto con la maggior parte dei riferimenti di diritto internazionale citati nel testo delle ordinanze (specie la n. 10/2008).

Gina Turatto
Coordinatrice Uffici Inca - Area Africa

TRIBUNALE IVREA, 8 novembre 2007 – Est. Morlini – F. C. (avv.ti Marzocchella, Lopedote) c. Inail (avv. Clerico).

Assicurazione infortuni – Infezione da Hcv – Patologia silente – Malattia professionale – Inconfigurabilità – Causa virulenta – Infortunio sul lavoro – Sussiste – Epatite da contagio – Periodo di latenza – Termine per la richiesta dell’aggravamento – Computabilità.

L’infezione da Hcv, in quanto riconducibile a causa virulenta, costituisce infortunio sul lavoro e, come tale, non può essere indennizzata come malattia professionale neanche nel caso in cui la epatite virale si manifesti dopo un lungo lasso di tempo dal contagio. Il periodo di latenza nelle patologie cd. silenti è computabile ai fini dell’art. 83, comma 8, d.P.R. n. 1124/1965 nel termine decennale stabilito per l’esercizio del diritto alla revisione per aggravamento anche nel caso in cui non vi sia stato il preventivo riconoscimento dell’infortunio. (1)

(*Omissis*)

Con ricorso depositato il 14 febbraio 2007 e poi ritualmente notificato unitamente al decreto di fissazione udienza, F. C. conveniva in giudizio l’Inail.

Esponava parte ricorrente che aveva lavorato alle dipendenze dell’Asl 9 dal 1980 al 2000, in qualità di aiuto ostetrica-ginecologa; che in data 26 febbraio 1992, durante lo svolgimento della propria attività lavorativa e mentre recideva il cordone ombelicale di una paziente Hcv positiva, era stata investita da uno schizzo di sangue infetto penetrato negli occhi; che peraltro, nessuna conseguenza pregiudizievole si era nell’immediatezza verificata; che solo tredici anni e mezzo dopo, e in particolare il 1° dicembre 2005, contratta un’epatite cronica, solo allora verificatasi e come tale percepita, aveva richiesto all’Inail la corresponsione di una rendita per inabilità permanente, sul presupposto dell’avvenuta contrazione di una malattia professionale; che l’Inail aveva rigettato tale domanda, opinando come si trattasse dell’aggravamento di un infortunio sul lavoro, aggravamento verificatosi dopo il decennio e come tale non suscettibile di tutela indennitaria.

Con comparsa depositata il 18 aprile 2007, si costituiva in giudizio Inail, resistendo alla domanda *ex adverso* e chiedendone il rigetto.

In particolare, l’Istituto non contestava i fatti storici narrati dalla ricorrente, né contestava l’avvenuta contrazione dell’epatite a seguito dell’evento accaduto il 26 febbraio 1992. Tuttavia, ribadiva la correttezza del proprio operato nel qualificare i fatti come riferibili a un infortunio sul lavoro e non già a una malattia, e pertanto instava per il rigetto del ricorso.

Esperito senza esito il tentativo di conciliazione, la causa veniva decisa alla seconda udienza dell'8 novembre 2007, tramite lettura del dispositivo che segue, successiva alla discussione con i procuratori delle parti.

Motivi della decisione

a) Oggetto di causa è sostanzialmente quello di capire se la contrazione dell'epatite da parte della dottoressa F. C., a seguito della penetrazione in un occhio di sangue di una partoriente affetta da Hcv, sia riconducibile a una malattia professionale, così come sostenuto dalla difesa di parte ricorrente, ovvero di un infortunio sul lavoro, così come dedotto dalla convenuta.

Al quesito, ritiene il giudice di rispondere nel senso invocato dalla difesa dell'Istituto, per le medesime ragioni espresse in modo ineccepibile nella comparsa di risposta.

Va, infatti, osservato che i processi morbosi conseguenti alla penetrazione nell'organismo umano di germi patogeni, quale appunto quello per cui è causa relativo alla penetrazione nell'occhio di sangue infetto da Hcv, sono considerati nel sistema assicurativo-previdenziale come infortuni e non malattie. E invero, tenuto conto che è il carattere della causa che costituisce il discrimine tra infortuni e malattie professionali, nel senso che la causa violenta attiene agli infortuni e la causa lenta alle malattie, la riconducibilità all'infortunio dei processi morbosi, conseguenti alla penetrazione nell'organismo umano di germi patogeni, si spiega alla luce della tradizionale equiparazione tra causa violenta e causa virulenta.

A tali principi si è sempre ispirata la stessa Suprema Corte, che anche di recente ha avuto occasione di qualificare la patologia dell'Hcv come infortunio sul lavoro cagionato da causa virulenta (da ultimo, cfr. Cass. n. 20941/2004 e Cass. n. 6899/2004).

b) La qualificazione dell'evento come infortunio, all'evidenza, comporta l'applicazione del relativo regime normativo per quanto concerne la costituzione o la revisione della richiesta rendita. Ciò detto, Inail ha correttamente rigettato la domanda di concessione della rendita.

Infatti, per un verso, l'aggravamento dei postumi con superamento della soglia indennizzabile si è verificato oltre i dieci anni dalla data dell'infortunio previsti dall'art. 83, comma 8, d.P.R. n. 1124/1965, avendo la stessa ricorrente ammesso che, a fronte di un evento lesivo occorso nel 1992, solo nel 2005 i sintomi si sono verificati e sono stati percepiti. Da altra angolazione la domanda è comunque stata presentata oltre il termine decadenziale di un anno dalla scadenza del decennio dalla data dell'evento (cfr. art. 137, ultimo comma, d.P.R. n. 1124/1965, applicabile per la giurisprudenza anche alla revisione della rendita da infortunio: per tutte Cass. n. 21387/2004).

Né, d'altro canto, potrebbe obiettarsi circa la legittimità della normativa sopra ricordata. Infatti, la Corte Costituzionale ha statuito la conformità a Costituzione sia del principio di stabilizzazione dei postumi dell'infortunio dopo dieci anni, con conseguente intangibilità degli effetti (cfr. Corte Cost. n. 358/1991), sia della differenziazione tra il termine decennale previsto per gli infortuni sul lavoro e il termine di quindici anni previsto per le malattie professionali (Corte Cost. n. 228/1987).

Tanto meno soccorre, alla tesi della ricorrente, l'invocato disposto di cui all'articolo 13, d.lgs. n. 38/2000, che dispone come per le malattie infettive e parassitarie, così come per malattie neoplastiche, silicosi e asbestosi, la domanda di aggravamento, ai fini della liquidazione della rendita, possa essere presentata anche oltre i termini di 10 e 15 anni previsti per infortuni e malattie professionali. Sul punto, basta replicare che tale disposizione si applica soltanto agli infortuni e alle malattie professionali successive al 25 luglio 2000, così come previsto dal combinato disposto dagli articoli 13, comma 2, d.lgs. n. 38/2000, e d.m. 12 luglio 2000.

c) In ragione di tutto quanto sopra, il ricorso va rigettato, stante la qualificazione in termini di infortunio dell'evento lesivo, e la conseguente tardività della domanda di corresponsione della rendita per inabilità permanente.

(*Omissis*)

(1) LA CAUSA VIRULENTA: UN *TERTIUM GENUS*

TRA INFORTUNIO SUL LAVORO E MALATTIA PROFESSIONALE

La sentenza in commento ritorna sull'annosa questione della qualificazione, ai fini della tutela previdenziale, delle lesioni o infermità conseguite sul lavoro per causa virulenta.

Il problema principale più o meno è sempre lo stesso e riguarda la configurabilità di tale evenienza come infortunio sul lavoro o malattia professionale.

La questione apparentemente sembra muoversi sul mero piano teorico, ma, nei fatti, ha importantissime implicazioni di ordine pratico.

La soluzione cui è pervenuto il giudice, seppur formalmente in linea con precedenti giurisprudenziali specifici, complessivamente non appare convincente, quanto meno perché ha posto in maniera assertiva alcuni convincimenti che, invece, a supporto meritavano un minimo di argomentazione confermativa.

I problemi che pone la sentenza in commento sostanzialmente sono due: il primo attiene, come già accennato, alla qualificazione della fattispecie (infortunio o malattia professionale) e il secondo, subordinato al primo, nel caso di riconduzione del fatto a una ipotesi di infortunio, concerne la sua configurabilità come aggravamento.

L'uno e l'altro trovano soluzione combinata nei consolidati principi elaborati in materia dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di definizione della nozione di infortunio e di procedimento di formazione della fattispecie.

È stato osservato in proposito che nella fattispecie si pone una equivalenza tra *causa virulenta* e *causa violenta*, sicché «... il fatto lesivo violento si identifica con la *vis d'ordine biologico* che ha invaso l'organismo umano» (Alibrandi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2002, pp. 354 s.).

Più in particolare la dottrina ha ritenuto che «... per quanto insufficiente da sé sola a manifestare la malattia, la penetrazione ne rappresenta comunque il *primum movens* e dunque si pone, rispetto all'infezione, come causa lesiva efficiente» (Alibrandi, *Infortuni sul lavoro...*, cit., p. 354).

L'assunto trova ampia condivisione in dottrina, secondo cui, nell'ambito di una nozione allargata di causa violenta, in una accezione estensiva, trovano sempre più spazio nuove ipotesi di causalità infortunistica in ambito previdenziale non necessariamente coincidenti con quella più largamente diffusa della causa traumatica, ad esempio: cause derivanti da energia elettrica, causa termica, causa nucleare, cause derivanti da sostanze tossiche, cause derivanti da sforzo, cause di natura psichica ed emotiva, causa microbica e virale ecc. (Vedi Ferrari, Ferrari, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Padova, 2002, pp. 147 s.).

La dissociazione tra la causa e il manifestarsi degli effetti, e, soprattutto, la irrilevanza degli effetti sui fattori eziologici, è anche la ragione per la quale la dottrina ravvisa nella fattispecie una ipotesi di infortunio e non di malattia professionale.

In genere la stessa soluzione è sostenuta anche dalla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, secondo cui l'azione dei fattori microbici e virali, collocata in un'area di confine tra infortunio e tecnopatia, ai fini della tutela previdenziale costituisce causa violenta e, come tale, ancorché nelle sue manifestazioni cliniche possa agire in maniera lenta, è riconducibile, o meglio, più prossima alla fattispecie dell'infortunio che non a quella della malattia professionale (Cass. 08 aprile 2004, n. 6899, Ragiusan, 2004, fasc. 248, 209, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 975; Cass. 10 febbraio 1998, n. 1373, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Infortuni sul lavoro*, n. 55; Cass. 27 giugno 1998, n. 6390, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1998, II, p. 71; Pret. Arezzo 21 maggio 1994, in *Toscana lav. giur.*, 1995, p. 87; Pret. Perugia 07 febbraio 1977, in *Assistenza sociale*, 1977, II, p. 54).

È pur vero che la fattispecie è stata esaminata dalla giurisprudenza non per gli effetti costitutivi, ma per quelli probatori, ossia ai fini del regime della prova sul nesso eziologico; tuttavia la qualificazione di essa in termini di infortunio sul lavoro, ovvero questa sua collocazione prossimale, implica in via incidentale tutte le altre conseguenze che ne derivano in termini di applicazione del differenziato regime giuridico stabilito dal d.P.R. n. 1124/1965 per tale istituto.

Ma qui si pongono seri problemi di tutela in tutte quelle situazioni in cui la diversità di regime giuridico tra infortuni sul lavoro e malattie professionali comporta la possibilità di accedere alla prestazione previdenziale nell'un caso e non nell'altro: tale è l'ipotesi della revisione della rendita, che può essere richiesta se l'aggravamento dell'infortunio e della malattia professionale sopravviene entro il termine rispettivamente di dieci anni e quindici anni dalla guarigione o dalla stabilizzazione dei postumi (art. 83, comma 6, d.P.R. n. 12124/1965).

Se i postumi si evidenziano nel grado minimo o nel maggior grado indennizzabile dopo il termine massimo per l'aggravamento, l'assicurato non ha diritto né a far valere la revisione e né a richiedere la costituzione della rendita.

Per quanto concerne le cause virulente un tale sistema è da ritenere particolarmente gravoso e limitativo per il lavoratore perché molte sono le patologie virali (tra queste le epatiti da Hbv e Hcv) che non comportano da subito conseguenze pregiudizievoli, ma i postumi si possono manifestare anche dopo un lasso di tempo molto più lungo di quello stabilito dall'art. 83, d.P.R. n. 1124/1965.

Per questa ragione, nella valutazione del legislatore, l'ipotesi della causa virulenta non comporta la necessità di differenziare la disciplina stabilita per l'infortunio da quella stabilita per la malattia professionale, in quanto in entrambi i casi manca la repentinità dell'effetto: la norma giuridica, sotto la vigenza del d.P.R. n. 1124/1965, evidentemente non era allineata con il criterio nosografico, ma una evoluzione in tal senso si è registrata con l'art. 13, comma 4, d.lgs. n. 38/2000, a norma del quale per alcune malattie (indifferentemente, siano esse tecnopatie o derivanti da infortunio, tra cui quelle infettive) la domanda di aggravamento per la liquidazione della rendita può essere presentata senza limitazioni temporali.

L'esigenza di garantire il lavoratore assicurato in queste ipotesi che hanno richiesto una disciplina differenziata, se, da una parte, è stata avvertita dal legislatore in sede di novella dell'assicurazione infortuni (legge n. 144/1999 e d.lgs. n. 38/2000), dall'altra, non è stata avvertita dallo stesso legislatore in sede di approvazione del T.U. d.P.R. n. 1124/1965.

Sicuramente ha influito su questa inversione di tendenza l'emergere di nuove malattie da contagio (le epatiti virali, la sindrome da immunodepressione ecc.) costituenti un vero problema sociale e rappresentanti per il lavoratore un fattore morbigeno da rischio specifico: si pensi che nel 1965, anno di approvazione del T.U. dell'assicurazione infortuni, la scienza medica non conosceva l'esistenza di malattie virali come l'Hbv, l'Hcv, l'Hiv ecc., la cui diagnosi può rilevarsi anche molti anni dopo il contagio (analoga è la situazione per le malattie oncologiche).

Invero, la situazione che all'epoca si presentava agli occhi del legislatore era quella di altre malattie da contagio, come la leptospirosi, la sifilide, le zoonosi ecc., in cui non vi è un significativo periodo di latenza rispetto al contatto con l'agente patogeno.

Dunque, se l'esigenza è quella di garantire la effettività della tutela previdenziale anche in questi casi estremi, il problema formulato in termini di alternativa tra infortunio sul lavoro e malattia professionale sembra mal posto, in quanto, come emerge dalla vigente normativa (art. 13, comma 4, d.lgs. n. 38/2000), rispetto alla causa virulenta, non appare significativa una possibilità di differenziazione tra l'una e l'altra ipotesi, quasi a certificare l'anomalia della fattispecie rispetto a un sistema che artificiosamente ha dicotomizzato l'ambito della garanzia previdenziale tra i due estremi del fenomeno (infortunio e malattia professionale), in una tipizzazione che non tiene conto delle ipotesi mediane, le quali, partecipando degli elementi dell'uno e dell'altra, finiscono per avere un *quid proprium* che, in un'area di confine, non ne consente, salvo un inquadramento per approssimazione, la configurabilità in pieno come infortunio o come malattia professionale.

Per il regime previgente, tuttavia, far rientrare le infezioni virali nella categoria delle malattie professionali è una operazione che, pur nel convincimento della sostenibilità di questa ipotesi in misura non diversa dalla sostenibilità della ipotesi contraria, considerato lo stato attuale della giurisprudenza, sembra essere una operazione che necessita di una qualificazione formale; scelta che non può che essere rimessa al legislatore.

Infatti, per l'unanime orientamento giurisprudenziale, ormai assestato su posizioni consolidate, la disciplina previgente non può essere spinta fino a tanto, nemmeno attraverso la più gratifica interpretazione estensiva: certo vi sono ipotesi a confine tra infortunio e malattia professionale che la giurisprudenza ha riconosciuto come tecnopatia, come, a titolo esemplificativo, le lesioni riportate a seguito della esposizione a microtraumi ripetuti rispetto cui è parimenti prospettabile la causa violenta e la cd. causa lenta (tale, per esempio, è la movimentazione manuale ripetuta nel tempo di attrezzi a percussione o ad aria compressa, come la ribattitrice, che può anche essere considerato un utensile ad asse flessibile), ma questo non sembra essere il caso della eziologia virulenta, perché in tale ipotesi la progressione del fattore morbigeno riguarda l'effetto (l'evidenza clinica) ma non la causa (che, in genere, è istantanea).

Non si vogliono mettere in discussione tali assunti, sia per l'autorevolezza della fonte che li sostiene sia perché la brevità cui deve piegarsi questo commento non ne consente lo sviluppo, tuttavia, nella categoria degli infortuni dovuti a cause virulente si distingue la sottocategoria delle patologie cd. silenti, rispetto alle quali si determina un periodo di latenza in cui, essendovi stato il contagio, la malattia non si è evidenziata e non vi è certezza che nel tempo si evidenzierà: il soggetto può rimanere per tutta la vita un portatore sano, come divenire sintomatico in un tempo variabile (breve, medio o lungo termine) e sviluppare una menomazione.

Il punto di discriminare tra la causa traumatica e la causa virulenta risiede proprio in ciò: nel primo caso la sequenza causa-effetto è immediata (fattispecie a formazione istantanea), all'infortunio consegue contestualmente il danno; nel secondo caso, invece, tra il momento in cui si produce la causa e quello in cui insorge la lesione non vi è immediata e diretta consequenzialità temporale, pur nella sussistenza del nesso eziologico.

In questa peculiarità si ravvisa il fulcro della questione: per il lavoratore esposto a rischio di contagio l'infortunio deve essere denunciato al semplice verificarsi della causa violenta (contatto con l'agente infettante) oppure si deve attendere l'evidenza clinica delle conseguenze, cioè la manifestazione della malattia?

Il problema in sé non è di semplice soluzione e non è questa la sede per approfondire aspetti che richiederebbero studi più complessi e l'analisi dell'intero settore previdenziale degli infortuni sul lavoro e malattie professionali; ma, è questa la sede per ricercare, in relazione al caso concreto deciso nella sentenza che si annota, una possibile via d'uscita dalle strettoie del sistema che rendono incongrua la situazione in cui viene a trovarsi il lavoratore infortunato nel caso in cui vi è stato contagio ma non si è manifestata la lesione.

Senza dover richiamare categorie giuridiche o proporre riletture dell'ordinamento che ne comportino una modificazione nell'assetto applicativo, si può più semplicemente ritenere che alla diacronicità della sequenza causa-effetto debba corrispondere un differimento dalla causa all'effetto del termine di prescrizione o di subsidenza per richiedere il riconoscimento dell'infortunio.

Il ragionamento sembra in sé elementare: il *dies a quo* non decorrerebbe dalla data dell'infortunio (contatto con il fattore morbigeno), bensì da quella della sua manifestazione o evidenza clinica (produzione della lesione); lo stesso avverrebbe per l'aggravamento, in quanto il termine per richiedere la revisione decorrerebbe dal fattore *effetto* e non dal fattore *causa*.

Tanto è elementare il ragionamento che, se non supportato da ragioni giuridiche rinvenibili all'interno del settore ordinamentale entro cui è svolto, rischia di rimanere nel limbo dei dogmi.

Non è questo un rischio che si corre nel caso in esame: sovviene nell'ipotesi di specie la qualificazione dell'azione che il lavoratore sarebbe costretto a proporre per far valere le sue ragioni.

In mancanza di effetti invalidanti (inabilità temporanea e/o postumi permanenti) il lavoratore infortunato per una causa virulenta sarebbe costretto a chiedere una sentenza di mero riconoscimento dell'infortunio, cioè una sentenza di accertamento meramente dichiarativa della sussistenza dell'evento-infortunio.

Ma, la stessa giurisprudenza che qualifica la causa virulenta come infortunio sul lavoro, *in nuce* contiene anche il meccanismo per garantire la tutela nel caso del contagio silente; meccanismo ravvisabile proprio nella inammissibilità della azione di mero accertamento.

Non essendo ammessa in materia una sentenza meramente dichiarativa, la mancanza di una lesione-conseguenza renderebbe impossibile azionare, unitamente alla domanda di riconoscimento dell'infortunio, la richiesta dei benefici che conseguono dalla sua copertura previdenziale.

Ciò renderebbe ineffettiva la tutela cui l'assicurazione sociale è preordinata per effetto dell'art. 38, comma 2, Cost. perché, nel caso, perfettamente sovrapponibile a quello recensito nella sentenza in commento, il diritto non sarebbe azionabile nell'immediatezza della causa-evento (infortunio) perché diretto a un mero accertamento, mentre se le conseguenze si verificassero oltre il termine di prescrizione o di manifestazione dei postumi l'azione non sarebbe ugualmente proponibile proprio in virtù della conseguente prescrizione o inutile decorso del tempo massimo entro cui avrebbe dovuto manifestarsi.

Dunque, il problema non è tanto quello di qualificare la fattispecie come infortunio sul lavoro o come malattia professionale, quanto quello di definire il termine di presentazione della domanda o di proponibilità dell'azione, che non può che coincidere, nel suo termine iniziale, con quello in cui si è manifestata la lesione proprio in ragione del fatto che, mancando una evidenza clinica delle conseguenze, non è possibile richiedere il riconoscimento dell'infortunio.

Il principio della inammissibilità di azioni di mero accertamento nella assicurazione infortuni e malattie professionali è stato posto dalla giurisprudenza di legittimità in tempi relativamente lontani e non è mai stato revocato in dubbio, né disatteso dalla giurisprudenza successiva, anche per l'autorevolezza e il carattere risolutivo del precedente.

Infatti, il principio ha trovato riconoscimento e avallo da parte delle Sezioni Unite, secondo cui «È inammissibile l'azione di mero accertamento della natura professionale della malattia proposta in difetto di uno degli elementi costitutivi del diritto alla sua indennizzabilità» (Cass., Ss.Uu., 29 novembre 1988, n. 6468, in *Dir. prat. lav.*, 1989, p. 51; in *Riv. inf. mal. prof.*, 1989, II, p. 61; in *Or. giur. lav.*, 1989, p. 222).

In precedenza la giurisprudenza era contrastante e si dipanava dall'orientamento minoritario che ammetteva le azioni di mero accertamento («Anche la malattia professionale, come l'infortunio, può essere oggetto di mero accertamento in via autonoma, in quanto il lavoratore, ottenuta la dichiarazione di infortunio o malattia profes-

sionale, senza rendita, può chiedere poi la revisione per aggravamento ai sensi dell'art. 83, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124», Cass. 08 marzo 1983, n. 1718, in *Assistenza sociale*, 1983, II, p. 58) al prevalente orientamento che negava tale possibilità («L'azione di mero accertamento è proponibile soltanto quando esiste una situazione attuale di obiettiva incertezza di diritto che determina l'interesse a ottenere, mediante una pronuncia del giudice, l'accertamento dell'esistenza di un diritto proprio o dell'inesistenza di un diritto altrui; pertanto non sussiste l'interesse ad agire nell'ipotesi in cui un lavoratore, assicurato contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, domandi l'accertamento della sua malattia professionale di entità non indennizzabile in vista dell'eventuale sopravvenire dell'ulteriore fatto del superamento della soglia indennizzabile», Cass. 12 marzo 1987, n. 2583, in *Foro it.*, 1989, I, 724, e in *Dir. prat. lav.*, 1989, p. 5; conf. Cass. 11 maggio 1984, n. 2907, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1985, II, p. 56, e in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 1287; Cass. 27 gennaio 1987, n. 750, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1987, II, p. 75; Cass. 30 marzo 1987, n. 3079, in q. *Riv.*, 1987, III, p. 176; Cass. 14 luglio 1987, n. 6140, in *Foro it.*, 1989, I, 724, e in *Dir. prat. lav.*, 1989, p. 51).

Si può obiettare che tutte queste pronunce sono state rese nella specifica ipotesi della denuncia di malattie professionali, mentre il principio, non acclarato espressamente nei precedenti giurisprudenziali richiamati per gli infortuni, non sarebbe applicabile oltre l'ambito delle tecnopatie.

L'assunto, invero, è confutato dalla evoluzione che tale orientamento ha seguito nel tempo, fino a essere ritenuto operante indifferentemente nelle ipotesi di denuncia di malattia professionale e in quelle di denuncia di infortunio, in quanto identica sarebbe la *ratio* che ne sorregge gli assunti.

Se ne ha riscontro proprio nel più recente intervento in materia, le cui ragioni sono spiegate nella sua massima: «La domanda di mera qualificazione del fatto come infortunio è inammissibile perché si risolve in una domanda di accertamento di un mero fatto e non di un diritto; tuttavia, una volta che la sentenza inammissibile sia stata in concreto emessa, la parte nei cui confronti tale statuizione sia pronunciata ha non solo un interesse qualificato dall'interesse generale a ristabilire l'ortodossia dell'ordinamento processuale, ma anche un interesse personale acché sia affermato che il giudice non poteva emettere nei suoi riguardi una sentenza contenente una statuizione che comunque la riguarda, quale ne sia il contenuto immediatamente lesivo» (Cass. 27 luglio 2006, n. 17165, in *Or. giur. lav.*, 2007, I, p. 177).

Più in particolare la Suprema Corte nella parte motivazionale della sentenza ha ritenuto *ius receptum* il principio della inammissibilità delle azioni di mero accertamento proclamato dalle Sezioni Unite nella citata sentenza n. 6468 del 1988, formulando tale giudizio senza reticenze e senza incertezze: «Costituisce *ius receptum* che non può formare oggetto di domanda l'accertamento di un fatto nocivo, come di una malattia, di grado tale da non costituire presupposto sufficiente per la nascita di un diritto previdenziale [...] Non sono perciò proponibili azioni autonome di mero accertamento di fatti pur giuridicamente rilevanti, ma che costituiscano elementi frazionistici della fattispecie costitutiva del diritto, la quale può costituire oggetto di accertamento giudiziario solo nella sua funzione genetica del diritto azionato, e cioè nella sua interezza [...] La domanda di mera qualificazione del fatto come infortunio è inammissibile, perché si risolve in una domanda di accertamento di mero fatto e non di un diritto» (Cass. 27 luglio 2006, n. 17165, cit.).

Quanto supposto dalla Cassazione si pone in linea con quanto sopra ritenuto in termini di dissociazione temporale della sequenza causa-effetto nel caso di infortuni dovuti a contagio virale cui conseguono patologie cd. silenti, in quanto, perché si abbia diritto alla tutela previdenziale, è necessario che vi sia riconoscimento del fatto-infortunio, ma è altrettanto necessario che da esso consegua una lesione-evento, intesa quale requisito nella formazione e nel completamento della fattispecie, che dia diritto ai benefici prestazionali previsti dall'ordinamento.

Questa soluzione solo apparentemente è contrastata dalla dottrina, la quale, radicata sulle posizioni tradizionali, riconosce la valenza di causa violenta al fatto lesivo in sé, e non agli effetti: «Va sottolineato [...] che la causa violenta deve riguardare il fatto lesivo in sé, e non gli effetti che possono manifestarsi successivamente, anche in ragione dell'azione patogenetica che ne consegue (che può essere lenta). Così la giurisprudenza include tra le cause violente anche quelle virulente (cioè la causa di natura microbica) [...] e tutte quelle che (a fronte di una violenza iniziale) producono fatti lesivi con effetti patologici differiti» (Pessi, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2000, p. 442).

Ma non si può dimenticare che sulla questione è già intervenuta la Corte Costituzionale, che, vagliando la congruità dell'art. 112, d.P.R. n. 1124/1965, ne ha ritenuto la legittimità nella sola misura in cui il suo precetto in materia di prescrizione sia inteso nel senso che il *dies a quo* del suo inizio sia fatto coincidere non con la data in cui si è verificata la causa (infortunio-evento), ma con quella in cui sono insorti i postumi permanenti invalidanti di grado indennizzabile (infortunio-conseguenza), ovvero si è completata la fattispecie e l'eventuale azione proposta dal lavoratore non può più tendere a una sentenza di mero accertamento, bensì a una sentenza costitutiva di condanna («È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 112, comma 1, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, in riferimento all'art. 38, comma 2, Cost., in quanto la norma denunciata va interpretata nel senso che l'azione per perseguire le prestazioni a favore dell'infortunato sul lavoro o affetto da malattia professionale si prescrive nel termine di tre anni a decorrere dalla manifestazione del danno, e non dal momento dell'infortunio, quando tale manifestazione sia successiva a quel momento», Corte Cost. 23 maggio 1986, n. 129, in *Foro it.*, 1986, I, 2102; l'assunto è stato successivamente ribadito dalla Corte Costituzionale: vedi Corte Cost. 14 luglio 1999, n. 297, in *Cons. Stato*, 1999, II, 1007, e di esso ha fatto applicazione la giurisprudenza di legittimità senza mai discostarsene).

La stessa tabella delle menomazioni approvata, in esecuzione dell'art. 13, d.lgs. n. 38/2000, con il d.m. 12 luglio 2000, valuta l'epatite (menomazioni d n. 61 a n. 65) indipendentemente dal fattore causale e solo nel caso in cui sia cronica ed evidenzi alterazioni morfologiche, modifiche degli indici bioumorali e altri segni clinici (fibrosi, necrosi, epatomegalia, alterazione funzionale, splenomegalia, ascite, encefalopatia): la positività all'Hbv e all'Hcv non costituisce elemento di valutazione autonoma, ma la tabella assume la genesi virale della epatopatia quale indice per graduare il livello di gravità (vedi menomazione n. 63).

Analogamente, nel sistema della invalidità civile (art. 2, d.lgs. 23 novembre 1988, n. 509, e d.m. 05 febbraio 1992), non è considerata come malattia il semplice contagio da Hbv e Hcv, ma produce invalidità la sola conseguenza del contagio, cioè la «epatite cronica attiva» (cod. 6424).

Sicché, verificatasi la causa virulenta (contagio), non può ancora parlarsi di infortunio perché, ai fini della completezza della fattispecie, difetta l'ulteriore elemento della lesione (epatite cronica).

Tra gli elementi che, nella definizione di infortunio sul lavoro data dall'art. 2, d.P.R. n. 1124/1965, sono costitutivi della fattispecie, si possono individuare, nel contenuto minimo, tre requisiti essenziali: la causa violenta, l'occasione di lavoro e la lesione della capacità lavorativa o dell'integrità psico-fisica (Ferrari, Ferrari, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Padova, 2002, p. 145; Levi Sandri, *Istituzioni di legislazione sociale*, Milano, 1979, p. 268).

Se manca uno dei tre elementi non si può configurare l'infortunio in quanto la fattispecie non può ritenersi completata.

La situazione, che nella sua normalità (quella della causa violenta) si presenta come fattispecie a formazione istantanea (compresenza e immediatezza dei tre elementi: causa, occasione di lavoro e lesione), nelle situazioni speciali (quella della causa virulenta è una di esse) può essere rappresentata anche come fattispecie a formazione progressiva, in cui gli elementi costitutivi vengono a esistenza in tempi diversi e successivi: logicamente l'occasione di lavoro e la causa violenta devono coesistere e porsi contestualmente quali moventi iniziali della sua formazione, ma il terzo elemento costitutivo della nozione di infortunio, ossia la lesione (intesa sia come danno temporaneo in termini di perdita interinale della capacità lavorativa specifica, che come danno permanente, comportante postumi invalidanti), può sopravvenire in un momento successivo: ciò è evidente proprio nella causa virulenta, in cui il semplice contatto con il *virus*, ancorché determini il contagio (la sieropositività), non necessariamente comporta la lesione, ossia uno stato di compromissione strutturale e/o funzionale dello stato di salute dell'individuo (soluzione, questa, che trova implicito riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità: Cass., Ss.Uu., 29 novembre 1988, n. 6468, cit., e Cass. 27 luglio 2006, n. 17165, cit.).

Questo pregiudizio, solo eventuale e conseguente comunque alla cronicità, è un dato potenziale che, ove si verifichi, può anche manifestarsi dopo un lungo lasso di tempo dall'epoca del contagio: lo stato di latenza, in cui l'affezione rimane silente, può esitare in lesione dopo poco tempo, può manifestarsi nel medio e lungo termine, ma può anche non manifestarsi per tutta la durata della vita.

Dunque, nella causa virulenta la sequenza degli elementi costitutivi dell'infortunio presenta una variante rispetto alla causa violenta, proprio perché l'istantaneità dei tre elementi costitutivi (causa, occasione e lesione) tipica della causa violenta non è un fatto naturale e necessitato, e il terzo tassello, cioè la lesione, si manifesta in connessione eziologica con l'evento, ma non necessariamente si manifesta in connessione temporale (immediatezza) con esso.

Il secondo aspetto posto in evidenza dalla sentenza in commento è quello della configurabilità della *lesione silente o latente* come aggravamento: la fattispecie sorgerebbe sempre in via istantanea, mentre la proclamazione della malattia e i suoi postumi costituirebbero non la *lesione*, bensì un aggravamento di essa, ossia di un infortunio già manifestatosi in tutti i suoi elementi costitutivi.

Una tale soluzione lascia non pochi dubbi per la semplice ragione che l'evento non ha prodotto menomazione alcuna alla integrità psico-fisica e alla capacità lavorativa, e non il contagio in sé o la semplice sieropositività costituisce la *lesione*, ma perché essa

si manifesti è necessario che si sviluppi e si concluda l'effetto pregiudizievole a carico della integrità psico-fisica del soggetto (nella specie la epatopatia cronica).

L'aggravamento suppone sempre che a monte vi sia stato un riconoscimento di infortunio (in via amministrativa o giudiziale che sia), anche quando in favore dell'assicurato non sia stata erogata alcuna prestazione per l'assenza o la non rilevata esistenza di postumi indennizzabili.

L'aggravamento è una procedura di revisione, cioè che trova il suo fondamento nella preesistenza di un presupposto, che non è l'infortunio in sé inteso quale fatto (accadimento storico), bensì un infortunio inteso come diritto, riconosciuto come tale con atto formale dell'autorità, in via amministrativa o in via giudiziale (infortunio-provvedimento).

Ciò non è posto in dubbio dalla dottrina, che non ha mancato di precisare come l'aggravamento rappresenta la riformulazione, con un procedimento revisionale, di un giudizio diagnostico rispetto a un infortunio già riconosciuto: «Agli effetti del giudizio di revisione rilevano esclusivamente le modifiche intervenute nell'attitudine al lavoro e, in genere, nelle condizioni fisiche dell'assicurato purché, quando si tratti di peggioramento, questo sia derivato dall'infortunio che ha dato luogo alla rendita. In altri termini, perché il peggioramento delle condizioni fisiche dell'assicurato sia indennizzabile in sede di revisione, occorre che sia ricollegabile, con rapporto di causa effetto, all'infortunio che ha dato luogo alla costituzione della rendita [...] Presupposto del giudizio di revisione è [...] la rilevanza riconosciuta, entro i limiti di legge, alla possibilità di un miglioramento o di un peggioramento dell'invalidità» (Alibrandi, *Infortunio sul lavoro...*, pp. 624 s.).

La revisione per aggravamento può essere richiesta anche nell'ipotesi di liquidazione negativa (art. 83, comma 8, T.U.), cioè nell'ipotesi in cui, all'atto della guarigione clinica, non sono stati accertati postumi permanenti (Alibrandi, *Infortunio sul lavoro...*, p. 624; Ferrari, Ferrari, *Infortunio sul lavoro...*, p. 295), ma postula sempre a monte un provvedimento formale di riconoscimento, non essendo ammessa una mera azione di accertamento perché, come già evidenziato, «... oggetto della tutela di mero accertamento possono essere i diritti e non anche i fatti, sia pure giuridicamente rilevanti; [...] non si può chiedere una pronuncia di mero accertamento di una malattia professionale in atto non indennizzabile in vista di eventuali futuri aggravamenti, dato che, con riguardo a un diritto insussistente per difetto di requisiti di legge, non è configurabile una tutela di tipo preventivo in relazione all'ipotetico successivo verificarsi di detti requisiti...», Cass., Ss.Uu., 29 novembre 1988, n. 6468, cit.; «Non sono perciò proponibili azioni autonome di mero accertamento di fatti pur giuridicamente rilevanti, ma che costituiscano elementi frazionistici della fattispecie costitutiva del diritto, la quale può costituire oggetto di accertamento giudiziario solo nella sua funzione genetica del diritto azionato, e cioè nella sua interezza», Cass. 27 luglio 2006, n. 17165, cit.

Se è vero che non sono ammesse domande di mero accertamento dell'infortunio, la richiesta di riconoscimento dell'infortunio non può prescindere ed essere disgiunta dalla richiesta di una prestazione (indennizzo) (Vedi, oltre giurisprudenza già citata, Cass. 26 giugno 2006, n. 14717, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Infortunio sul lavoro*, n. 126; conf. Cass. 20 febbraio 2004, n. 3445, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Infortunio sul lavoro*, n. 129; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27323; in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Infortunio sul lavoro*, n. 151) e, nel caso in cui la lesione si manifesti o i postumi so-

pravengono in relazione dissociata rispetto alla causa, senza una consequenzialità diretta in termini di contestualità o immediatezza tra causa ed effetto, la prima domanda di accertamento d'infortunio sarebbe qualificabile come richiesta di aggravamento, e ci si potrebbe trovare innanzi il paradosso entro cui è trascinata la posizione della ricorrente.

Una situazione meritevole di apprezzamento previdenziale e, come tale, indennizzabile nel nuovo regime, pur generando uno stato di bisogno, nei casi un cui non è applicabile *ratione temporis* la normativa sopravvenuta (art. 13, d.lgs. n. 38/2000) resterebbe sfornita di tutela perché, nel caso in cui l'assicurato richiedesse il riconoscimento dell'infortunio allorché nessun effetto pregiudizievole si è verificato a carico della sua integrità psico-fisica o sulla sua capacità lavorativa, troverebbe ostativo all'accoglimento della sua domanda (in sede amministrativa e in sede giudiziale) il difetto di uno dei requisiti richiesti per il riconoscimento dell'infortunio (la lesione); nel caso in cui, invece, la lesione (effetto) si producesse o si manifestasse oltre il termine massimo indennizzabile stabilito ai fini del riconoscimento di aggravamento, la domanda diverrebbe inammissibile.

L'assunto condiviso dalla sentenza in commento probabilmente sarà allegato al vaglio di altri gradi del giudizio e in tali eventuali sedi la questione potrà trovare una soluzione razionalmente orientata a evitare il perpetuarsi del paradosso, ma, *sic rebus stantibus*, non paiono infondati i dubbi di illegittimità costituzionale che la normativa applicabile, intesa nella sua valenza formale e interpretata al di là di una lettura improntata alla prima regola dell'agire e del decidere umano (*la legge del buon senso*), evidenzia in relazione agli artt. 2, 3, 24 e 38 Cost. per essere frustrate, nell'ambito di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti (art. 2 Cost.), le esigenze di tutela previdenziale del lavoratore perché, a fronte di un infortunio e di un conseguente stato di bisogno nell'area di precetto dell'art. 38 Cost., non vi sarebbe indennizzo e lo stesso non potrebbe essere conseguito nemmeno in via giudiziale (art. 24 Cost.): la conseguenza è che con ciò l'ordinamento renderebbe alcuni cittadini ineguali rispetto agli altri, pur nella marginalità della fattispecie e nello scorrere a esaurimento della sua valutazione all'interno di un regime non più vigente, se non per le fattispecie che si sono verificate, ma non esaurite sotto la sua vigenza.

Antonio Federici
Culture di Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

**ANALITICO-ALFABETICO
DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI**

ASSICURAZIONE INFORTUNI E MALATTIE PROFESSIONALI

Assicurazione infortuni – Infezione da Hcv – Patologia silente –
Malattia professionale – Inconfigurabilità – Causa virulenta –
Infortunio sul lavoro – Sussiste – Epatite da contagio – Periodo
di latenza – Termine per la richiesta dell’aggravamento –
Computabilità (Tribunale Ivrea, 8 novembre 2007). 506

ASSICURAZIONE IVS (INVALIDITÀ, VECCHIAIA E SUPERSTITI)

Lavoratori esposti all’amianto – Benefici previdenziali –
Spettanza – Accertamento – Poteri del giudice – Onere della
prova *ex art.* 2697 cod. civ (Cassazione, 13 settembre 2007, n.
19140, Sez. lav.). 473

CONTROLLI DEL DATORE DI LAVORO

Sistema informatico di rilevazione degli accessi – Art. 4 Stat. lav.
– Violazione della procedura di partecipazione di cui al comma 2
della disposizione – Licenziamento – Illegittimità (Cassazione,
sentenza 17 luglio 2007, n. 15892, Sez. lav.). 358

DEMANSIONAMENTO

Mobbing – Amministrazione pubblica – Abuso di ufficio
(Cassazione, 7 novembre 2007, n. 40891, VI Sez. penale). 349

DIRITTO DI CRITICA

Comunicato sindacale – Diffamazione – Scriminante – Non
costituisce reato (Corte d’Appello Roma, 6 febbraio 2007, III
Sez. penale). 459

FERIE

Fruizione di ferie consecutive e nell'anno di maturazione – Art. 10, d.lgs. n. 66/2003 – Interpretazione conforme all'art. 7, Direttiva n. 93/104 – Fruizione di ferie decisa unilateralmente dal lavoratore – Liceità – Violazione dei principi di cui all'art. 2109 cod. civ. – Assenza ingiustificata dal lavoro – Insussistenza – Licenziamento per giusta causa – Illegittimità (Corte d'Appello Firenze, 3 aprile 2007, Sez. lav.) 411

INVALIDI CIVILI

Prestazioni assistenziali a cittadini extracomunitari – Invalidità civile – Requisito «carta di soggiorno» (art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000) – Nozione di «beni» ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Violazione dell'articolo 14 Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1, del Protocollo 1; art. 6.2 TUE (rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Cedu) e art. 34 della Carta di Nizza – Disapplicazione della disciplina interna contrastante (Corte d'Appello Firenze, 9 giugno 2007, Sez. lav.) 479

Prestazioni assistenziali a cittadini extracomunitari – Invalidità civile – Requisito «carta di soggiorno» (art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000) – Nozione di «beni» ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Violazione dell'articolo 14 Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1, del Protocollo 1 – Disapplicazione della disciplina interna contrastante (Tribunale Ravenna, 16 gennaio 2008, Sez. lav.) 480

Prestazioni assistenziali a cittadini extracomunitari – Assegno sociale – Requisito «carta di soggiorno» (art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000) – Nozione di «beni» ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Violazione dell'articolo 14 Convenzione in combinato disposto con l'articolo 1, del Protocollo 1 – Disapplicazione della disciplina interna contrastante (Tribunale Pistoia, 23 marzo 2007, Sez. lav.) 481

LAVORO A TEMPO DETERMINATO

Assunzione per esigenze sostitutive ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 368/2001 – Indicazione nel contratto delle ragioni della sostituzione, del nominativo del lavoratore sostituito e della durata del-

l'assenza – Necessità – Sussiste (Corte d'Appello Bari, 9 ottobre 2007, Sez. lav.) 393

Diritto di precedenza – Art. 10, commi 9 e 10, e art. 11, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/01 – Illegittimità costituzionale (Corte Costituzionale, 25 febbraio-4 marzo 2008, n. 44). 331

Illegittima apposizione del termine – Conversione in contratto a tempo indeterminato – Inapplicabilità – Diritto del lavoratore al risarcimento del danno *ex* art. 36, d.lgs. n. 165/2001 – Riconducibilità della fattispecie alla responsabilità contrattuale – Quantificazione del danno – Determinazione secondo equità (Tribunale Rossano, 4 giugno 2007, Sez. lav.) 433

Impiegato dello Stato e pubblico in genere – Illegittimità dell'apposizione del termine – Conversione in contratto a tempo indeterminato – Inapplicabilità – Diritto al risarcimento del danno *ex* art. 36, d.lgs. n. 165/2001 – Criteri per la quantificazione del danno – Applicabilità dell'art. 18, commi 4 e 5, Statuto dei lavoratori (Tribunale Genova, 14 dicembre 2006, Sez. lav.) 433

LAVORO SUBORDINATO

Patto di prova – Prova preassuntiva – Preordinazione a mera finalità esplorativa – Violazione art. 2096 cod. civ. – Instaurazione del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato – Esclusione (Cassazione, 4 aprile 2007, n. 8463, Sez. lav.) 379

LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI

Direttiva n. 96/71/Ce – Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi – Procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori – Obbligo dell'appaltatore di applicare le retribuzioni minime dettate dal contratto collettivo categoriale dello Stato ospitante privo di efficacia *erga omnes* – Contrasto con l'art. 49 TCE e Direttiva n. 96/71 (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 3 aprile 2008, causa C-346/2006). 312

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Superamento del periodo di comporta – Disciplina – Specificazione dei motivi – Mancata richiesta da parte del lavoratore – Effetti (Cassazione, 10 gennaio 2008, n. 278). 341

MANSIONI E QUALIFICA

- Mansioni e qualifiche – *Ius variandi* – Divieto di *reformatio in peius* – Sopravvenute modifiche aziendali – Giustificato motivo oggettivo di licenziamento – Impossibilità di impiego in mansioni equivalenti – Demansionamento quale unico mezzo per conservare il rapporto di lavoro – Legittimità (Cassazione, 5 aprile 2007, n. 8596, Sez. lav.) 368

CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

2006

DICEMBRE

- Tribunale Genova, 14 dicembre 2006, Sez. lav. – Est. Basilio – S. M. C. c. Ente Ospedaliero Galliera. 433

2007

FEBBRAIO

- Corte d'Appello Roma, 6 febbraio 2007, III Sez. penale – Pres. Mineo, Est. Ciccone – P. C. *et al.* imputati (avv.ti V. Lombardi, M. Lombardi, Goffredo); M. C., parte civile (avv. Ciatti).
Diff. Trib. Roma 4 maggio 2005. 459

MARZO

- Tribunale Pistoia, 23 marzo 2007, Sez. lav. – Est. De Marzo – N. K. (avv. Breschi) c. Inps (avv. Minicucci). 481

APRILE

- Corte d'Appello Firenze, 3 aprile 2007, Sez. lav. – Pres. Pieri, Est. Amato – F. (avv.ti Bellotti e Stramaccia) c. Bitumstrade Srl (avv. Baccetti). 411

- Cassazione, 4 aprile 2007, n. 8463, Sez. lav. – Pres. Ianniruberto, Est. Maiorano, P.M. Matera (conf.) – O. (avv.ti Proia e Persiani) c. M. (avv.ti Cerreti e Zanello).
Cassa con rinvio App. Roma 30 marzo 2006, n. 8721/05. 379

Cassazione, 5 aprile 2007, n. 8596, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Est. Vidiri – N. M. (avv.ti Afeltra e Zezza) c. Poste Italiane Spa (avv. Trifirò).
Conf. App. Venezia 21 gennaio 2003. 368

GIUGNO

Tribunale Rossano, 4 giugno 2007, Sez. lav. – Est. Coppola – S. E. (e altri) c. Azienda sanitaria provinciale di Cosenza. 433

Corte d'Appello Firenze, 9 giugno 2007, Sez. lav. – Pres. Pieri, Est. Amato – G. M. M. quale erede di F. A. C. (avv.ti Cerrai e Bartalena) c. Inps. 479

LUGLIO

Cassazione, 17 luglio 2007, n. 15892, Sez. lav. – Pres. Senese, Est. Stile, P.M. Fuzio (concl. conf.) – P. S. (avv.ti Panici e Giovannelli) c. Eni Spa (avv. Morricò).
Cassa App. Milano 17 marzo 2005. 358

SETTEMBRE

Cassazione, 13 settembre 2007, n. 19140, Sez. lav. – Pres. Ravagnani, Est. Battimiello, P.M. Pivetti (conf) – C. R. e altri (avv. Sante Assennato) c. Inps e Inail. 473

OTTOBRE

Corte d'Appello Bari, 9 ottobre 2007, Sez. lav. – Pres. Est. Lucafò – Poste Italiane Spa (avv.ti Fiorino e Carrieri) c. M. R. (avv.ti De Michele e Mignone). 393

NOVEMBRE

Tribunale Ivrea, 8 novembre 2007 – Est. Morlini – F. C. (avv.ti Marzocchella, Lopedote) c. Inail (avv. Clerico). 506

Cassazione, 7 novembre 2007, n. 40891, VI Sez. penale – Pres. Mannino, Est. Salvatore, P.M. Galati – Imp. C. W.
Annulla senza rinvio App. Lecce, 23 settembre 2005. 349

2008

GENNAIO

Cassazione, 10 gennaio 2008, n. 278 – Pres. Ciciretti, Est. Cementano – Aem Spa (avv.ti Gentile e Prisco) c. I. L. (avv.ti Ciccotti, Bossi e Arrigoni).
Cassa Corte d’Appello Milano 20 dicembre 2005. 341

Tribunale Ravenna, 16 gennaio 2008, Sez. lav. – Est. Rivero – S. I. (avv. Casadio) c. Ministero dell’economia e delle finanze e c. Inps (avv.ti Zanni, Cascio). 480

MARZO

Corte Costituzionale, 25 febbraio-4 marzo 2008, n. 44 – Pres. Bile, Est. Mazzella – N. (avv.ti Alleva, Andreoni, Angiolini) c. Presidenza del Consiglio dei ministri (Avv. Stato D’Avanzo). 331

APRILE

Corte di Giustizia delle Comunità europee, 3 aprile 2008, causa C-346/2006 – Pres. ed Est. Timmermans, Avv. Gen. Bot – Ruffert c. Land Niedersachsen. 312

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

– art. 2	467, 502, 517
– art. 3	434, 462, 480, 517
– art. 10	502
– art. 11	450, 491
– art. 21	461
– art. 24	517
– art. 29	504
– art. 31	500
– art. 35	502
– art. 36	414
– art. 37	500
– art. 38	480, 512
– art. 39	306, 461
– art. 40	306
– art. 41 Cost.	465
– art. 42	465
– art. 76	331

– art. 77	331
– art. 97	434
– art. 117	450, 480
– art. 136	495

PRELEGGI

– art. 12	376, 397
– art. 15	495

CODICE CIVILE

– art. 1175	382, 423
– art. 1256	347
– art. 1322	383
– art. 1338	443
– art. 1339	447
– art. 1344	390
– art. 1362	341, 397
– art. 1363	341
– art. 1367	341
– art. 1375	382, 423
– art. 1419	439
– art. 1460	423
– art. 1464	347
– art. 2043	351
– art. 2058	421
– art. 2087	354
– art. 2094	390
– art. 2096	379
– art. 2103	368
– art. 2104	468
– art. 2105	462
– art. 2109	411
– art. 2110	341
– art. 2126	451
– art. 2243	416
– art. 2393	464
– art. 2393- <i>bis</i>	464
– art. 2394	464
– art. 2395	464
– art. 2697	406, 473

CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 112	358, 477
– art. 116	477
– art. 360	359
– art. 374	373
– art. 378	359
– art. 384	362
– art. 421	475

CODICE PENALE

– art. 40	355
– art. 110	459
– art. 323	349
– art. 572	354
– art. 594	354
– art. 595	354, 459
– art. 609- <i>bis</i>	354
– art. 609- <i>septies</i>	354
– art. 610	354
– art. 612	354
– art. 660	354

CODICE PROCEDURA PENALE

– art. 129	350
– art. 421	349
– art. 606	349

LEGGI E DECRETI

r.d. n. 148 del 1931	
– art. 22	416
legge 24 luglio 1954, n. 722	499
legge 4 agosto 1955, n. 848	
– art. 14	482
legge 18 aprile 1962, n. 230	332, 394, 447
– art. 1	395
– art. 3	403
d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124	
– art. 1	475
– art. 2	515
– art. 3	475
– art. 83	506
– art. 112	514
– art. 137	507
legge 15 luglio 1966, n. 604	
– art. 2	342, 379
– art. 3	408
– art. 5	377
legge 20 maggio 1970, n. 300	
– art. 1	461
– art. 2	366
– art. 3	366
– art. 4	358
– art. 7	342
– art. 8	366
– art. 13	374, 408
– art. 18	362, 412, 433
– art. 28	466
– art. 38	360
legge 30 dicembre 1971, n. 1204	
– art. 11	401

legge n. 157 del 1981	417
– art. 3	419
– art. 8	419
– art. 9	419
d.l. 29 gennaio 1983, n. 17	
– art. 8- <i>bis</i>	402
legge 25 marzo 1983, n. 79	402
– art. 8- <i>bis</i>	332
legge 28 febbraio 1987, n. 56	
– art. 23	331, 395
d.lgs. 23 novembre 1988, n. 509	
– art. 2	514
legge n. 108 del 1990	344
– art. 1	362
legge del 10 aprile 1991, n. 125	469
legge 23 luglio 1991, n. 223	
– art. 4	372
– art. 25	332
d.lgs. 15 agosto 1991, n. 277	
– art. 24	473
– art. 31	473
d.m. 05 febbraio 1992	514
legge 27 marzo 1992, n. 257	
– art. 13	473
legge n. 421 del 1992	
– art. 2	450
d.lgs. n. 29 del 1993	
– art. 56	349
d.l. n. 169 del 1993	
– art. 1	475
legge n. 271 del 1993	475
– art. 1	477
d.P.R. n. 593 del 1993	349
d.lgs. n. 626 del 1994	
– art. 19	464
legge n. 127 del 1997	
– art. 17	352
legge n. 449 del 1997	
– art. 39	450
legge n. 128 del 1998	
– art. 16	476
d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286	466
– art. 2	487
– art. 9	496
– art. 41	498
legge n. 153 del 1969	498
legge n. 40 del 1998	497
legge n. 448 del 1998	
– art. 65	498
– art. 66	498
legge 12 marzo 1999, n. 68	
– art. 1	372
– art. 4	374

legge n. 144 del 1999	510
d.lgs. n. 38 del 2000	
– art. 13	508
d.lgs. del 23 maggio 2000, n. 196	469
d.m. 12 luglio 2000	
– art. 13	508
legge delega 29 dicembre 2000, n. 422 (cd. legge comunitaria del 2000)	404
– art. 1	333
legge n. 388 del 2000	
– art. 80	479
legge Regione Lombardia n. 1 del 2001	
– art. 8	487
legge cost. n. 3 del 2001	487
d.lgs. n. 66/01	335
d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151	
– art. 4	401
– art. 7	372
d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165	
– art. 2	450
– art. 4- <i>bis</i>	450
– art. 6	450
– art. 35	449
– art. 36	433
– art. 52	374
– art. 63	438
d.lgs. n. 231 del 2001	
– art. 5	464
d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368	438
– art. 1	339, 393, 446
– art. 4	406
– art. 5	338, 444
– art. 10	331
– art. 11	331, 404
legge n. 189 del 2002	504
legge n. 30 del 2003	429
d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66	
– art. 10	411
d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196	366
d.lgs. n. 215 del 2003	466, 489
d.lgs. n. 216 del 2003	466
d.l. 30 settembre 2003, n. 269	
– art. 47	476
legge 24 novembre 2003, n. 326	476
d.lgs. 9 luglio 2004, n. 213	413
– art. 1	415
decreto 27 ottobre 2004	
– art. 1	476
decreto 17 dicembre 2004	476
legge 23 dicembre 2005, n. 266	497
legge 9 marzo 2006, n. 80	446
d.lgs. n. 198 del 2006	469
d.lgs. n. 257 del 2006	

– art. 5	477
d.lgs. n. 3 del 2007	497
d.lgs. n. 5 del 2007	497
legge 17 ottobre 2007, n. 188	378
legge finanziaria n. 244 del 2007	446
– art. 3	446
legge 24 dicembre 2007, n. 247	335, 446
– art. 1	338
d.lgs. n. 251 del 2007	497
– art. 2	499
– art. 22	499
– art. 27	499

LEGGI DEGLI U.S.A.

National Labour Relation Act del 1935	462
---	-----

LEGGI DEL REGNO UNITO

Employment Rights Act del 1996	462
--------------------------------------	-----

LEGGI DELL'AUSTRALIA

South Australian Whistleblower Protection Act del 1993 .	462
--	-----

LEGGI DELLA FINLANDIA

Costituzione della Finlandia	299
------------------------------------	-----

LEGGI DELLA GERMANIA

legge 26 febbraio 1996 sul distacco dei lavoratori (Arbeitnehmer-Entsendegesetz)	317
legge del Land Niedersachsen (Land Bassa Sassonia)	
– art. 3	314
– art. 4	314
– art. 7	314
– art. 6	315
– art. 8	315

LEGGI DELLA NUOVA ZELANDA

New Zealand's Protected Disclosures Act del 2000 ..	462
---	-----

LEGGI DELLA SVEZIA

Costituzione della Svezia	299
---------------------------------	-----

UNIONE EUROPEA

Trattato Ce	
– art. 2 TCe	307
– art. 6 TCe	297, 480
– art. 6.2 TCe	479

– art. 43 TCe	299, 471
– art. 46 TCe	305
– art. 47 TCe	304
– art. 48 TCe	304
– art. 49 TCe	299
– art. 50 TCe	303
– art. 55 TCe	305
– art. 85 TCe	307
– art. 136 TCe	297
– art. 137 TCe	310
– art. 244 TCe	479
– art. 249 TCe	441
– art. 256 TCe	479
Commissione europea	
Direttiva n. 93/104	
– art. 7	411
– art. 7.1	415
– art. 7.2	411
– Considerando 5	414
Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio	
16 dicembre 1996, n. 96/71	
– art. 1	299
– art. 3	313
– art. 4	313
– art. 4	310
– art. 4(7)	310
– art. 8	313
– Considerando 17	302
– Considerando 22	302
Direttiva del 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce	
– art. 2	331, 404, 440
– art. 2	442
– clausola 3	339
– clausola 4	451
– clausola 5	333, 451
– clausola n. 8	405
Direttiva n. 2000/34/Ce	413
Direttiva n. 2000/43/Ce	489
Direttiva n. 2003/86/Ce	497
– art. 4	504
– art. 8	504
Direttiva n. 2003/88	419
– art. 7	426
Direttiva n. 2003/109/Ce	489
Direttiva n. 2004/83/Ce	497
Direttiva n. 2005/71/Ce	
– art. 12	501
Direttiva n. 2006/123	
– art. 1	300
– art. 4	306
– Considerando 9	306
Regolamento n. 1408/71/Cee	
– art. 4	497
– art. 4	501
Regolamento Cee 1986	
	299

Regolamento n. 859/2003/Ce	489
Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 luglio 2007 – par. 17	311

CCNL E ACCORDI SINDACALI

Ccnl dei dipendenti degli enti locali – art. 7	349
Ccnl per i lavoratori addetti al settore elettrico del 24 luglio 2001 – art. 32	341
Ccnl Poste Italiane	369
– art. 46	
Ccnl Poste Italiane del 26 novembre 1994 – art. 8	395
Ccnl Poste Italiane dell'11 gennaio 2001 – art. 25	396
Ccnl Poste Italiane dell'11 luglio 2003	404
Ccnl settore edilizio del 2000 – art. 16	412
Contratto settore edilizio integrativo per la Provincia di Firenze del 2002 – art. 6	412

CONVENZIONI E ACCORDI INTERNAZIONALI

Accordo di associazione Ce-Algeria	501
Accordo di associazione Ce-Marocco	501
Accordo di associazione Ce-Tunisia	501
Accordo di associazione Ce-Turchia	501
Accordo quadro Ces-Unice-Ceep sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999	331, 404
– art. 8	447
– clausola 1	336
– clausola 3	339
– clausola 4	339
– clausola 5	338, 440
– clausola 6	337
– clausola n. 8	405
– Considerando 6	339
Carta comunitaria dei diritti fondamentali approvata a Torino nel 1961	297
Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori approvata a Strasburgo nel 1989	297
– art. 13	300
Carta comunitaria dei diritti fondamentali della Unione europea di Nizza del 2000 – art. 11	461
– art. 28	300

– art. 31	305
– art. 34	479
– art. 34.2	485
– art. 51	297, 461
– art. 52	305, 461
Carta sociale europea	300
Carta sociale europea riveduta	503

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo
e delle libertà fondamentali approvata a Roma nel 1950

– art. 1	494
– art. 6-1	502
– art. 8	503
– art. 11	296
– art. 14	479
– art. 19	494
– art. 32	486

Protocollo 1 addizionale alla Convenzione europea
dei diritti dell'uomo del 1950

– art. 1	479
----------------	-----

Convenzione del Consiglio d'europa relativa allo Statuto
del lavoratore migrante
 503 |

Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951

– art. 23	499
– art. 24	499

Convenzione Oil n. 87
 300 |

Convenzione Oil n. 97/49
 503 |

Convenzione Oil n. 132/70

– art. 9.1	417
Convenzione Oil n. 143/75	498

Convenzione Onu sui lavoratori migranti
del 18 dicembre 1990
 503 |

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo Onu del 1948

– art. 22	479
-----------------	-----

CIRCOLARI MINISTERIALI

Circolare ministeriale del 25 settembre 1997
 352 |

Circolare Ministero del lavoro il 15 luglio 2005
 499 |

CIRCOLARI INPS

Circolare Inps n. 62/2004
 499 |

CODICE ETICO ISTITUTO LUCE

– art. 2.5	468
– art. 9	468
– art. 25	468
– art. 26.4	468
– art. 28	468

PUBBLICITÀ UNIPOL

RICORDA:

QUELLA CON LE MANI
(CONVENZIONE CGIL-UNIPOL)

PUBBLICITÀ UNIPOL

RICORDA:

QUELLA CON LA BAMBINA (RCA + C/C)

Finito di stampare
nel mese di giugno 2008
dalla Tipografia O.GRA.RO.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

