

PARTE II
GIURISPRUDENZA

Domenico Dalfino (*)

IL RITO FORNERO NELLA GIURISPRUDENZA: PRIME APPLICAZIONI

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi: *ratio* e struttura del cd. rito Fornero. — 2. Le principali questioni interpretative. — 3. Obbligatorietà o facoltatività del rito. — 4. Questioni di carattere intertemporale e ambito di applicazione. — 5. L'impugnativa del licenziamento e le domande diverse (cumulabili e non). — 6. Le soluzioni prospettate in ordine alle domande non cumulabili. — 7. L'istruttoria nella fase sommaria. — 8. La (ritenuta) compatibilità tra giudice della fase sommaria e giudice dell'opposizione. — 9. Rito Fornero e tutela cautelare d'urgenza *ex art.* 700 cod. proc. civ.

1. — *Profili introduttivi: ratio e struttura del cd. rito Fornero* — L'introduzione del nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (cd. rito Fornero: art. 1, commi da 47 a 68, legge 28 giugno 2012, n. 92) risponde allo specifico obiettivo di «adeguamento al mutato contesto di riferimento» (art. 1, comma 1, lett. *c*). Peraltro, la dichiarata finalità di carattere più generale della legge è quella di realizzare «un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione» (art. 1, comma 1) (1).

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

(1) La finalità della presente rubrica è quella di offrire un panorama delle applicazioni giurisprudenziali del cd. rito Fornero.

Pare opportuno, in ogni caso, riportare la seguente breve nota bibliografica: F.P. Luiso, *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento e inquadramento sistematico*, in www.judicium.it; R. Caponi, *Rito processuale veloce per le controversie in tema di licenziamento*, *ivi*; M. De Cristofaro, G. Gioia, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, *ivi*; C. Consolo, D. Rizzardo, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corriere giur.*, 2012, pp. 735 ss.; D. Borghesi, *I licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in *Commentario alla riforma Fornero*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, pp. 14 ss.; P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel*

L'opera di «adeguamento» è stata perseguita anche attraverso la contestuale riforma dell'art. 18 Stat. lav., la cui rubrica non è più intitolata «Reintegrazione nel posto di lavoro», bensì «Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo». In particolare, la reintegrazione rappresenta oggi uno dei possibili livelli di tutela del lavoratore (reintegratoria «forte», reintegratoria «debole», indennitaria «forte», indennitaria «debole»), differenziati in base alla diversità dei presupposti del recesso stesso, a fronte dell'accertata illegittimità del recesso datoriale, ferma restando l'applicabilità ai licenziamenti intimati da datori di lavoro che presentino i requisiti dimensionali espressamente contemplati dal nuovo art. 18, commi 8 e 9, Stat. lav. (ma fatte salve le ipotesi di licenziamento nullo in quanto discriminatorio o illecito, per le quali il numero dei dipendenti è del tutto irrilevante). Al di sotto di tale soglia, continua a valere l'alternativa tra la riassunzione del prestatore di lavoro illegittimamente licenziato e il pagamento di un'indennità risarcitoria, ai sensi dell'art. 8, legge n. 604 del 1966.

La *ratio* del nuovo procedimento, applicabile testualmente alle «controversie aventi a oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro», è quella di ottenere una definizione celere delle controversie in parola in vista della formazione di una decisione stabile, nell'interesse di tutte le parti (2).

La struttura del rito è bifasica:

a) la prima fase, a cognizione sommaria non cautelare, di competenza del Tribunale in funzione di giudice del lavoro, senza preclusioni o deca-

lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92, Cacucci, Bari, 2013, pp. 407 ss.; L. De Angelis, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Giornale dir. lav. relazioni ind.*, 2012, pp. 693 ss.; M. De Luca, *Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (legge n. 92 del 2012): note minime*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 345; P. Tosi, *L'improbabile equilibrio tra rigidità «in entrata» e flessibilità «in uscita» nella legge n. 92/12 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, pp. 836 ss.; D. Dalfino, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella legge 28 giugno 2012, n. 92)*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, pp. 763 ss.; Idem, *L'impugnativa del licenziamento secondo il cd. rito Fornero: questioni interpretative*, in *Foro it.*, 2013, V, cc. 6 ss.; P. Sordi, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti*, in *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Competizione versus garanzie?*, Atti del Convegno dell'Agi, tenutosi ad Ancona nei giorni 26 e 27 ottobre 2012, Torino, 2013, pp. 263 ss.

(2) Cfr. Trib. Genova, ord. 9 gennaio 2013 giudice Ravera, che ha ravvisato l'interesse del datore di lavoro a promuovere il rito Fornero al fine di domandare l'accertamento della validità e legittimità del licenziamento intimato per giusta causa.

denze, è destinata a concludersi con un'ordinanza, di accoglimento o di rigetto, munita di efficacia esecutiva non suscettibile di sospensione o revoca sino alla definizione con sentenza dell'eventuale successivo giudizio di opposizione; b) la seconda fase, a cognizione piena, esperibile «contro» l'ordinanza sommaria innanzi al medesimo ufficio giudiziario in funzione di giudice del lavoro, secondo forme più snelle rispetto a quelle del rito «ordinario» del lavoro, ciononostante caratterizzata dalle medesime decadenze e preclusioni nella fase introduttiva, è destinata a concludersi con sentenza esecutiva, a sua volta «reclamabile» innanzi alla Corte d'Appello, nelle forme di un giudizio a cognizione piena, anch'esso snello e informale nello svolgimento del contraddittorio, tendenzialmente chiuso alle novità sul piano probatorio, la cui decisione è suscettibile di ricorso per Cassazione.

Tali novità, a loro volta, vanno coordinate con quelle precedentemente introdotte dalla legge n. 183/2010 (cd. Collegato lavoro) e con le altre previste dalla stessa legge n. 92 del 2012, attinenti, per un verso, alla misura e al computo del duplice termine decadenziale per l'impugnativa del recesso datoriale, per un altro, alle ipotesi applicative del termine stesso.

La riforma del 2012 nulla ha previsto in ordine all'applicazione di misure coercitive (a differenza di precedenti progetti e d.d.l.) (3) nell'ipotesi di inosservanza da parte del datore di lavoro della condanna alla reintegrazione, lasciando sussistere una grave e irragionevole lacuna nell'ordinamento, resa ancor più grave dall'espressa esclusione delle controversie di lavoro dalla generale previsione di cui all'art. 614-*bis* cod. proc. civ.

2. — *Le principali questioni interpretative* — La nuova disciplina ha subito posto numerose questioni interpretative, le più urgenti e delicate delle quali, almeno nella prima fase di applicazione giurisprudenziale, hanno riguardato sinora:

- obbligatorietà o facoltatività del rito;
- questioni di carattere intertemporale e ambito di applicazione;
- cumulabilità di domande diverse rispetto a quella avente a oggetto l'impugnativa del licenziamento ed esatta individuazione delle stesse;
- contenuto del provvedimento giudiziale a fronte di domande non cumulabili (inammissibilità o conversione del rito);
- portata e significato della «sommarietà» della cognizione, con particolare riferimento ai limiti dell'attività istruttoria;

(3) Cfr. il cd. Progetto Foglia-*bis* (in *Foro it.*, 2007, V, 190) e i progetti di legge presentati nel corso della XV legislatura.

– possibile coincidenza tra giudice (persona fisica) della fase sommaria e giudice (persona fisica) della fase di opposizione, nonché esatta natura del giudizio di opposizione.

3. — *Obbligatorietà o facoltatività del rito* — Si è potuta riscontrare una netta prevalenza dell'orientamento favorevole alla obbligatorietà del rito per l'impugnativa del licenziamento.

Invece, la Sezione lavoro del Tribunale di Firenze, all'esito della riunione tenutasi il 17 ottobre 2012, ha optato per la facoltatività, riservando all'attore, in relazione al caso concreto, la valutazione della maggiore o minore utilità del nuovo rito o di quello «ordinario» del lavoro, rispetto «agli interessi del cliente». A tal proposito, per un verso, si è fatto richiamo espresso all'orientamento della Cassazione che ritiene possibile invocare la tutela della repressione della condotta antisindacale anche attraverso un giudizio a cognizione piena *ex artt.* 414 ss. cod. proc. civ.; per un altro, si è osservato che «non essendo possibile presentare con il rito speciale domande diverse da quelle di cui al comma 47 dell'art. 1 della legge n. 92/2012, sarebbe illogico obbligare la parte, che eventualmente abbia più istanze di tutela, a proporre più cause (moltiplicando i processi)».

A ben vedere, la *ratio* e la funzione del rito (v. *supra*) e, in via più sfumata, il dato testuale del comma 48 («la domanda [...] si propone») impediscono di accogliere quest'ultima posizione. A nulla vale richiamare l'orientamento formatosi con riferimento alla fase sommaria del procedimento *ex art.* 28 Stat. lav., poiché in questo caso il rito speciale è stato previsto non soltanto in funzione della tutela dell'interesse di entrambe le parti (e non del solo attore), ma anche dell'interesse generale alla celerità della definizione di una precisa tipologia di controversie.

A conclusioni diverse potrebbe giungersi nell'ipotesi di istanza congiunta delle parti diretta a «saltare» la fase sommaria per accedere direttamente a quella successiva a cognizione piena, di opposizione. Il Tribunale di Roma, ord. 28 novembre 2012, giudice Sordi, ha ritenuto ammissibile e ha accolto tale istanza, non avendovi ravvisato la violazione di «alcun principio generale dell'ordinamento processual-civilistico, né di specifiche disposizioni dettate dalla legge n. 92/2012 e neppure della *ratio* di quest'ultima»; anzi, «ritenere che, nonostante l'anticipata manifestazione dell'intento delle parti di attivare il giudizio a cognizione piena, esse debbano essere costrette in ogni caso a percorrere comunque la strada del previo esperimento della fase sommaria, con conseguente allungamento dei tempi necessari per pervenire a quella decisione resa all'esito di un giudizio a cognizione piena cui le parti hanno chiaramente affermato di aspirare comun-

que», confligge «con lo scopo perseguito dal legislatore del 2012» (Nello stesso senso, vd. Trib. Piacenza, ord. 16 gennaio 2013, giudice Picciau).

Senonché, questa tesi, per quanto suggestiva e astrattamente ragionevole, non convince pienamente; essa, infatti, trascura di considerare la chiara lettera del comma 51 dell'art. 1 («contro l'ordinanza») e la struttura e funzione *lato sensu* impugnatoria del giudizio di «opposizione» (v. *infra*).

4. — *Questioni di carattere intertemporale e ambito di applicazione* — Ai sensi del comma 67, *ratione temporis* il nuovo rito si applica «alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore» (18 luglio 2012). Occorre, dunque, aver riguardo alla data di deposito del ricorso in cancelleria, ai sensi dell'art. 39, ultimo comma, cod. proc. civ., indipendentemente dalla data in cui sia stato intimato il licenziamento. Invece, la nuova disciplina sostanziale deve applicarsi ai soli licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore della legge, valendo il regime anteriore per quelli intimati prima.

In giurisprudenza si è precisato che l'assoggettamento della controversia al nuovo rito dipende comunque dal fatto che il recesso datoriale sia sanzionabile con una delle misure previste dall'art. 18 Stat. lav., nel testo applicabile *ratione temporis*. Pertanto, in caso di licenziamento intimato prima del 18 luglio 2012, ma non rientrante, secondo il precedente regime dell'art. 18 Stat. lav., tra le ipotesi assoggettate alla tutela reale, «l'impugnazione andrà proposta seguendo le comuni regole del rito codicistico del lavoro, anche se quella fattispecie sia oggi compresa tra quelle sanzionate dal nuovo testo dell'art. 18» (cfr. Trib. Roma, ord. 28 novembre 2012, cit.; Trib. Roma, ord. 31 ottobre 2012, giudice Casola; Trib. Roma, ord. 31 ottobre 2012, giudice Pucci: in relazione, rispettivamente, al licenziamento orale intimato prima del 18 luglio 2012 da un datore di lavoro con meno di 16 dipendenti, al licenziamento in violazione dell'art. 54, d.lgs. n. 151/2001, al licenziamento, formalmente «motivato per l'avvenuta cessazione dell'appalto presso cui la lavoratrice era addetta», nell'ambito di un'assunzione con contratto a termine *part-time*).

Il nuovo rito è tendenzialmente esclusivo, in quanto a esso sono assoggettabili soltanto le controversie relative alla impugnativa del licenziamento (art. 1, comma 47, cit.).

Ne consegue l'inapplicabilità del nuovo procedimento alla domanda di accertamento dell'illegittimità di un contratto a tempo determinato e dell'illegittimità della successiva proroga (Trib. Milano, ord. 15 ottobre 2012, giudice Gasparini); peraltro, anche a fronte della pregiudiziale richiesta di accertamento della natura subordinata del rapporto dedotto in giudizio,

non rientra nell'ambito di applicazione del rito neanche la domanda formalmente qualificata di «reintegrazione», accompagnata, però, non dalla deduzione di un provvedimento di licenziamento, bensì dalla allegazione, non contestata, dell'interruzione del rapporto di lavoro alla scadenza del termine di durata (Trib. Roma, ord. 8 novembre 2012, giudice Calvosa).

Vi rientra, invece, l'ipotesi del licenziamento intimato ai sensi dell'art. 5, comma 3, legge n. 223 del 1991, come modificato dall'art. 1, comma 46, legge n. 92 del 2012, stante l'espresso richiamo all'art. 18 Stat. lav. contenuto nella norma riformata (vd. Trib. Roma, ord. 12 novembre 2012, giudice Falato, secondo cui, altrimenti opinando, «non si comprende perché mai [...] il legislatore abbia voluto lasciar fuori da tale rito proprio quei licenziamenti che, per la molteplicità delle posizioni coinvolte e per l'impatto economico che rappresentano, paiono idonei a incrementare tali costi in modo esponenziale»).

5. — *L'impugnativa del licenziamento e le domande diverse (cumulabili e non)* — Per esplicita previsione normativa, unitamente alla impugnativa del licenziamento, possono essere proposte: 1) la domanda relativa alla *qualificazione del rapporto di lavoro* (art. 1, comma 47); 2) le domande fondate sugli *identici fatti costitutivi* (art. 1, commi 48, 51 e 56); 3) le domande proposte nei confronti dei terzi chiamati in causa (art. 1, comma 51-55).

In relazione alle prime, si registra un contrasto interpretativo sull'esatta portata dell'accezione. In particolare, all'orientamento che ricomprende in essa «anche l'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro con un soggetto diverso da quello che formalmente ha rivestito tale posizione nel sinallagma contrattuale, ovvero sia la fattispecie della interposizione fittizia di manodopera» (Trib. Napoli, ord. 16 ottobre 2012, giudice Picciotti), si contrappone l'orientamento che l'esclude (Trib. Milano, ord. 25 ottobre 2012, giudice Scarzella) (4).

Non sussiste, peraltro, unanimità di posizioni sulla proponibilità con il nuovo rito della domanda di reintegrazione *ex* art. 18 Stat. lav. nei confronti di più soggetti, sul presupposto che si tratti di un unico centro d'imputazione d'interessi e dunque di un unico datore di lavoro. In senso affermativo, vd. Trib. Roma, ord. 13 dicembre 2012, giudice Armone, secondo cui «si tratta infatti di due identiche domande, proposte da uno stesso attore nei confronti di due convenuti, con conseguente applicabilità, in mancanza di disposizioni contrarie, delle norme generali del codice di procedura

(4) In *Foro it.*, 2013, I, c. 674.

civile, tra cui quella che ammette il litisconsorzio facoltativo (art. 103 cod. proc. civ.) [...] nella specie entrambe le domande hanno per oggetto un'impugnativa di licenziamento in un'ipotesi regolata dall'art. 18 e sono perlopiù fondate sullo stesso fatto costitutivo»). In senso negativo, vd. Trib. Milano, ord. 21 novembre 2012, giudice Perillo; Trib. Milano ord. 11 ottobre 2012, giudice Porcelli.

Invero, la norma parla di «questioni» e non di «domande», il che potrebbe indurre a pensare che l'accertamento della natura del rapporto di lavoro possa avvenire soltanto *incidenter tantum* (in questo senso, vd. Trib. Napoli, ord. 16 ottobre 2012, cit., che ha escluso dal novero delle domande proponibili con il rito speciale la domanda con la quale si chiede anche il riconoscimento dell'esistenza e della natura subordinata del rapporto di lavoro «con una certa decorrenza»; Trib. Roma, ord. 29 gennaio 2013, giudice Pucci). Tuttavia, ciò non dovrebbe far venir meno la possibilità di proporre una vera e propria domanda volta all'accertamento con efficacia di giudicato, purché sia strettamente funzionale alla impugnativa del licenziamento, onde non tradire la *ratio* e la funzione del procedimento.

Di più complessa intelligibilità è la formula «identici fatti costitutivi».

A questo riguardo, Trib. Roma, ord. 28 novembre 2012, cit., ha sostenuto la necessità di distinguere i *fatti costitutivi* in «due categorie: da un lato, quelli che sono costitutivi di ognuna delle quattro forme di tutela [...] previste dall'art. 18; dall'altro, quelli che sono costitutivi solamente di uno (o alcuni) di quei quattro tipi di tutela...»; e che «i fatti costitutivi che debbono essere "identici" siano solamente quelli appartenenti alla prima delle due categorie sopra menzionate. Vale a dire che con il ricorso *ex art. 1*, comma 48, legge n. 92 del 2012, con il quale il lavoratore impugna il licenziamento, costui potrà proporre anche le domande che, al pari di quelle *ex art. 18*, legge n. 300 del 1970, riconoscano tra i propri fatti costitutivi sia il preesistente rapporto di lavoro subordinato, sia l'illegittimità del licenziamento; ciò pur se la fattispecie costitutiva di tali ulteriori domande, da un lato, comprenda anche fatti ulteriori rispetto a quelli richiesti per la concessione delle tutele previste dall'art. 18 e, dall'altro, non includa tutti gli altri fatti costitutivi della domanda svolta dal ricorrente in riferimento all'art. 18 (cioè quelli ulteriori rispetto alla preesistenza di un rapporto di lavoro subordinato e al licenziamento viziato)» (vd. anche Trib. Roma, ord. 29 gennaio 2013, cit., per l'ammissibilità della domanda dell'indennità supplementare prevista dalla contrattazione collettiva). Su questa base, ha ritenuto astrattamente ammissibili «la domanda, proposta in via subordinata, di concessione della tutela di cui all'art. 8 della legge n. 604 del 1966 in caso di mancato accertamento del requisito dimensionale, stabilito per

l'applicazione dell'art. 18, legge n. 300 del 1970, ovvero la domanda, formulata in via subordinata rispetto a quella principale di illegittimità del licenziamento per difetto di giusta causa, diretta alla condanna al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, previa la riqualificazione del recesso datoriale come licenziamento per giustificato motivo». Con specifico riferimento all'oggetto di causa, ha ritenuto ammissibili la «domanda di risarcimento del danno alla salute pretesamente cagionato dal licenziamento e quelle, proposte subordinatamente al mancato accoglimento della domanda di reintegrazione per la natura discriminatoria del recesso datoriale, volte a ottenere i benefici derivanti dal contratto collettivo per ingiustificatezza del licenziamento (indennità sostitutiva del preavviso, indennità supplementare ex art. 18 Ccnl, retribuzione relativa al periodo di assenza per malattia)».

Anche le domande riconvenzionali, per essere ammissibili, devono essere fondate sugli *identici fatti costitutivi*, sebbene la lettera dell'art. 1, comma 56, sembri imporne la proposizione soltanto nel giudizio di opposizione (in senso contrario, vd. Trib. Genova, ord. 9 gennaio 2013, cit.).

L'obbligatorietà e l'esclusività del nuovo rito hanno indotto la giurisprudenza a escludere l'assoggettabilità a esso delle domande non rientranti in nessuno dei casi su indicati (*qualificazione del rapporto di lavoro o identici fatti costitutivi*) e, in particolare, relative a:

- inquadramento in un livello superiore e pagamento delle differenze retributive (Trib. Milano, ord. 1° ottobre 2012, giudice Lualdi; Trib. Milano, ord. 31 ottobre 2012, giudice Porcelli; Trib. Milano, ord. 22 ottobre 2012, giudice Mariani; Trib. Milano, ord. 2 ottobre 2012, giudice Gasparini);

- trattamento di fine rapporto (Trib. Milano, ord. 31 ottobre 2012, giudice Porcelli);

- differenza del premio di risultato relativo a un determinato periodo e risarcimento del danno derivante dall'omesso o ritardato conferimento degli obiettivi da raggiungere (Trib. Roma, ord. 28 novembre 2012, giudice Sordi, cit.).

Infine, vi è da considerare l'ipotesi, molto frequente, in cui, nell'impugnare il licenziamento (correttamente) nelle forme del rito Fornero, il lavoratore avanzi pretese in via subordinata.

A tale proposito, occorre distinguere la richiesta di applicazione di un regime sanzionatorio diverso da quello domandato in via principale, ma pur sempre rientrante nelle previsioni del comma 47 in quanto comportante l'applicazione del nuovo art. 18 Stat. lav., dalla richiesta di applicazione del regime di tutela obbligatoria ex art. 8, legge n. 604 del 1966. Un

problema di utilizzabilità del nuovo rito si può porre soltanto nel secondo caso (v. *infra*).

6. — *Le soluzioni prospettate in ordine alle domande non cumulabili* — A tal proposito, sussiste una divergenza di orientamenti.

In alcuni casi, le domande diverse non cumulabili sono state dichiarate *tout court* improcedibili o inammissibili o improponibili nelle forme del rito Fornero (cfr. Trib. Milano, ord. 15 ottobre 2012, giudice Lualdi; Trib. Milano, ord. 22 ottobre 2012, cit.; Trib. Milano, ord. 21 novembre 2012, giudice Perillo; Trib. Milano, ord. 31 ottobre 2012, cit.); in altri, la declaratoria è stata accompagnata dalla precisazione della piena riproponibilità (Trib. Napoli, ord. 16 ottobre 2012, cit.), con salvezza dell'effetto impeditivo della decadenza prevista per l'impugnativa giudiziale del licenziamento (cfr. le decisioni prese dalla Sezione lavoro del Tribunale di Firenze in data 17 ottobre 2012, cit.).

Tuttavia, vi sono pronunce che hanno adottato soluzioni diverse.

In particolare, esclusa la possibilità di far ricorso all'art. 40 cod. proc. civ., riferendosi la norma ai soli casi di connessione qualificata *ex artt.* 31, 32, 34, 35 e 36 cod. proc. civ., Trib. Roma, ord. 28 novembre 2012, cit., in una controversia proposta *ex artt.* 414 ss. cod. proc. civ., ha disposto, alla prima udienza, la separazione delle cause con prosecuzione della impugnativa del licenziamento (e delle sole altre domande a essa cumulabili e, nella specie, cumulate) con le forme del rito Fornero.

Anche Trib. Napoli, ord. 16 ottobre 2012, cit., ha disposto la separazione delle cause e il mutamento di rito (sebbene nella specie le più domande cumulate erano state proposte con il rito Fornero).

In entrambi i casi, per un verso, si è ritenuto di operare la conversione del rito non sulla base degli artt. 426 e 427 cod. proc. civ. e tanto meno dell'art. 702-*quater*, comma 3, cod. proc. civ., bensì dell'art. 4, d.lgs. n. 150 del 2011, ritenuto norma generale applicabile in ogni ipotesi di errore sul rito; per un altro, si è ritenuto possibile adottare un provvedimento di separazione, non sussistendo alcun ostacolo in tal senso (nemmeno, nel caso deciso da Trib. Napoli, la lettera dell'art. 1, comma 56, legge n. 92, che espressamente prevede tale provvedimento soltanto nel giudizio di opposizione).

Va segnalata, inoltre, l'ordinanza del Tribunale di Taranto del 30 novembre 2012, giudice Magazzino (5), che, a fronte di domanda di pagamento per differenze retributive basata in parte su fatti costitutivi diversi

(5) In *Foro it.*, 2013, I, c. 673.

da quelli posti a fondamento della domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, ha disposto la separazione delle cause, con fissazione dell'udienza di discussione *ex art.* 420 cod. proc. civ. e assegnazione alle parti di termini perentori per l'eventuale integrazione degli atti.

Per quanto riguarda le domande proposte in via subordinata, il problema dell'esperibilità del rito Fornero si pone, come già anticipato, soltanto qualora sia invocato un regime di tutela non comportante l'applicazione del nuovo art. 18 Stat. lav. (*ex art.* 8, legge n. 604 del 1966). In tal caso, il giudice, una volta passato alla cognizione della subordinata, dovrebbe disporre il mutamento del rito, al fine di consentire l'emissione di una pronuncia di merito sia pure in altra e separata sede; a ben vedere, però, ragioni testuali e di semplificazione inducono a preferire la soluzione per la quale il giudice possa comunque occuparsi della domanda subordinata, in quanto pur sempre fondata su «identici fatti costitutivi».

A tal proposito, secondo Trib. Napoli, cit., «il rito speciale resta applicabile se il lavoratore deduce l'esistenza di un organico sufficiente all'applicazione dell'art. 18 Stat. lav., gravando l'onere della prova del contrario sul datore di lavoro, oppure chiede l'applicazione dell'art. 18 (v. commi 1-3 nel testo attualmente vigente) Stat. lav. deducendo trattarsi di un licenziamento vietato o inefficace per difetto di forma. E in questo caso – come si è detto – anche la domanda subordinata di tutela debole *ex art.* 8 della legge n. 604/1966 per l'ingiustificatezza del recesso rientrerà per trascinamento nel rito speciale, dovendosi altrimenti ipotizzare una assurda separazione tra domanda principale e domanda subordinata relative allo stesso licenziamento perfino, in ipotesi, per lo stesso vizio di ingiustificatezza».

7. — *L'istruttoria nella fase sommaria* — L'istruttoria, nel rito Fornero, è strutturata sulla falsariga dello schema già previsto dall'art. 669-*sexies* cod. proc. civ. in materia cautelare.

Tuttavia, mentre in relazione alla fase sommaria il comma 49 dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012 stabilisce che «Il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile», invece, in relazione alla fase di opposizione, il comma 57 dispone che «All'udienza, il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile». Ne consegue un diverso livello di predeterminazione di modalità e forme, non-

ché di approfondimento (sommario, appunto, nella prima fase e limitato agli atti di istruzione «indispensabili»; a cognizione piena, nella seconda fase e aperto agli atti di istruzione «rilevanti»), ferma restando comunque l'applicabilità dell'art. 421 cod. proc. civ., la cui previsione risponde all'esigenza di consentire che l'accertamento giudiziale si avvicini il più possibile alla cd. verità materiale.

La diversa «intensità» dell'istruttoria non toglie che, tanto nell'una quanto nell'altra fase di giudizio, essa sia semplificata («il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione»).

La giurisprudenza ha precisato che:

– nella fase sommaria il giudice è chiamato a valutare «il *fumus* della fondatezza della domanda», attraverso un «giudizio di mera verosimiglianza circa la esistenza o meno dei vizi del licenziamento denunciati dal ricorrente», con la conseguenza che «le prove indispensabili sono quelle, senza alcuna aprioristica e astratta esclusione legata alla loro tipologia, ritenute strettamente necessarie nella fattispecie concreta»; in questo senso e a questi fini «il giudice, in tale fase sommaria, è anche chiamato a esercitare i poteri di ufficio *ex art.* 421 cod. proc. civ.» (Trib. Piacenza, ord. 12 novembre 2012, giudice Picciau; sul giudizio di «mera verosimiglianza», vd. anche Trib. Roma, ord. 29 gennaio 2013, cit.);

– «in questa prima fase sommaria il convincimento in fatto è per definizione superficiale, riguardando il *fumus* di fondatezza della domanda. Il livello probatorio si abbassa, ovviamente, per tutte le parti onerate» (Trib. Napoli, ord. 16 ottobre 2012, cit.);

– deve ritenersi «preclusa una interpretazione che tenda, ampliandone senza limiti il contenuto», a trasformare la fase sommaria «in una duplicazione della fase di opposizione»; pertanto, la decisione della fase sommaria deve «intervenire – se non proprio tendenzialmente allo stato degli atti – su una base istruttoria davvero ridotta ai minimi termini e tale da garantire una definizione pressoché immediata della fase stessa» (Trib. Pavia, ord. 16 novembre 2012; Trib. Roma, ord. 13 novembre 2012);

– «diversamente ragionando, e quindi dando corso a una attività istruttoria per così dire “piena”, verrebbe meno il significato di un procedimento ridisegnato secondo modalità e contenuti [...] che appaiono viceversa finalizzati a una definizione il più rapida possibile della controversia tendente a rimuovere la situazione di incertezza nel reciproco interesse di entrambe le parti» (Trib. Milano, ord. 18 settembre 2012, cit.).

Ciò premesso, l'ordinanza sommaria è stata emessa sulla base, oltre che delle allegazioni delle parti, anche degli elementi emergenti dalla produzio-

ne documentale (Trib. Perugia, 8 ottobre 2012, giudice Gambaracci; Trib. Milano, ord. 15 ottobre 2012, cit.; Trib. Roma, ord. 29 gennaio 2013, cit.), nonché dei risultati dell'interrogatorio formale (Trib. Pavia, ord. 16 novembre 2012, cit.) o libero (Trib. Milano, ord. 4 ottobre 2012, giudice Bianchini; Trib. Milano, ord. 31 ottobre 2012, cit.) delle parti ovvero ancora dell'audizione di informatori (Trib. Roma, ord. 13 dicembre 2012, cit.; Trib. Roma, ord. 21 novembre 2012, giudice Casuri) o testimoni (Trib. Milano, ord. 31 agosto 2012, giudice Tarantola).

8. — *La (ritenuta) compatibilità tra giudice della fase sommaria e giudice dell'opposizione* — La natura «leggera» dell'istruttoria della fase sommaria e la diversa intensità rispetto a quella del giudizio di opposizione, ad avviso del Trib. Milano, ord. 18 settembre 2012, cit., ha reso «coerente la scelta, cristallizzata nel provvedimento del presidente della Sezione lavoro in data 30 luglio 2012, di assegnare la fase di eventuale opposizione al medesimo giudice; giudice che dando eventualmente corso proprio in tale fase a una istruttoria ben più articolata e con tempistiche evidentemente più dilatate ben potrebbe eventualmente rimeditare la propria decisione».

Alle medesime conclusioni è giunto Trib. Pavia, ord. 16 novembre 2012, cit., che ha sottolineato la diversità qualitativa dell'oggetto della cognizione tra fase sommaria e giudizio di opposizione, e da ciò ha dedotto che «l'opzione interpretativa proposta supera inoltre ogni problema di necessaria astensione *ex art. 51, n. 4, cod. proc. civ. del giudice della fase sommaria*».

Dello stesso tenore è anche Trib. Piacenza, ord. 12 novembre 2012, giudice Picciau, cit.; tuttavia, più articolate sono le argomentazioni. In particolare, ad avviso del Tribunale, «in senso contrario non appare decisivo il richiamo alla nota sentenza (interpretativa di rigetto) della Corte Cost. n. 387/1999 in relazione al procedimento *ex art. 28 Statuto lavoratori*» (6).

(6) È appena il caso di ricordare che Corte. Cost., sentenza del 15 ottobre 1999, n. 387, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3441, ha ritenuto infondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 51, comma 1, n. 4, e comma 2, cod. proc. civ., nella parte in cui non prevede incompatibilità tra le funzioni del giudice che pronuncia decreto di repressione della condotta antisindacale *ex art. 28, legge 20 maggio 1970, n. 300*, e quelle del giudice dell'opposizione a tale decreto, poiché la fattispecie rientra all'evidenza nell'ambito della previsione di tale disposizione del codice di rito, in quanto l'espressione «altro grado» contenuta nell'art. 51, comma 1, n. 4, cod. proc. civ. non può avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l'ordine degli uffici giudiziari come previsto dall'ordinamento giudiziario, ma deve ricomprendere anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata da pro-

Di tale pronuncia viene riportato il seguente brano: «La fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia avente contenuto impugnatorio, caratterizzata (per la peculiarità del giudizio di opposizione di cui si discute) da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario». Ciò premesso, il Tribunale ritiene che il giudizio di opposizione del rito Fornero non abbia carattere impugnatorio, che in esso si attui un effetto devolutivo completo, che non costituisca un nuovo giudizio sul medesimo tema della decisione definito in sede sommaria. Più appropriato appare, di conseguenza, il richiamo a Corte Cost. n. 326 del 1997 in materia cautelare (7), della quale pure viene riprodotto un ampio brano, che qui si può riportare in parte per comodità di sintesi: «Ben diversa, infatti, rispetto a quella che si determina relativamente alla pluralità di gradi del giudizio, si presenta la situazione quando l'*iter* processuale semplicemente si articola attraverso più fasi sequenziali (necessarie o eventuali poco importa), nelle quali l'interesse posto a base della domanda – e che regge il giudizio – impone l'apagamento di esigenze, a quest'ultimo connesse, di carattere conservativo, anticipatorio, istruttorio ecc. [...] Così da non potersi negare che il pieno rendimento dell'attività giurisdizionale, alla stregua del principio di concentrazione, venga più agevolmente conseguito se è sempre lo stesso giudice a condurre il processo [...]; e neppure che il giudice più adatto a decidere nel merito possa essere ritenuto, secondo ragione, appunto quello già investito di una cognizione *ante causam*, cautelare o più genericamente sommaria».

L'opzione interpretativa accolta da Trib. Milano e Trib. Piacenza non è divisibile.

A ben vedere, infatti, il giudizio di opposizione vive di una «doppia anima», poiché è di primo grado, ma ha anche carattere *lato sensu* impugnatorio, come si evince dal tenore del comma 51 dell'art. 1 («contro l'ordinanza») e dalla previsione di un termine di decadenza entro il quale il giudizio deve essere proposto, ai sensi dello stesso comma 51.

nuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché davanti allo stesso organo giudiziario, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.

(7) Corte Cost., sentenza del 7 novembre 1997, n. 326, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1007, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 51 cod. proc. civ., nella parte in cui non prevede l'obbligo di astensione nella causa di merito per il giudice che abbia concesso una misura cautelare *ante causam*, in riferimento all'art. 24 Cost.

Peraltro, come ribadito da Corte Cost. n. 460 del 2005 (8) in materia di opposizione alla dichiarazione di fallimento, per «altro grado del processo» ben può intendersi anche il procedimento svolgentsi davanti al medesimo ufficio giudiziario, quando per le caratteristiche decisorie e potenzialmente definitive del provvedimento che chiude la prima fase e per la sostanziale identità di valutazioni da compiersi in entrambe le fasi nel rispetto del principio del contraddittorio, ancorché realizzato con modalità deformalizzate, il secondo assume il valore di vera e propria impugnazione. Orbene, non soltanto, come già detto, il giudizio di opposizione ha carattere *lato sensu* impugnatorio, ma l'ordinanza che conclude la fase sommaria ha pure carattere decisorio.

A ciò si aggiunga un motivo di opportunità, poiché è quanto meno auspicabile che il giudice chiamato a occuparsi di una vicenda già precedentemente decisa nel merito, anche se sulla base di una valutazione sommaria, appaia – e non soltanto sia – terzo e imparziale.

In favore di quest'ultima soluzione si è anche espressa la Sezione lavoro del Tribunale di Firenze, all'esito della riunione del 17 ottobre 2012, cit.: «Il giudizio di opposizione verrà assegnato a un magistrato diverso da quello che si è occupato della fase sommaria. All'uopo è già stata predisposta la relativa variazione tabellare».

9. — *Rito Fornero e tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.* — La prima fase del nuovo rito per l'impugnativa del licenziamento è sommaria non cautelare, sganciata dalla dimostrazione della sussistenza del *periculum in mora*. Ciò ha posto il problema della persistenza di spazi applicativi del provvedimento d'urgenza *ex art. 700 cod. proc. civ.*

Il Tribunale di Bari, ord. 17 ottobre 2012, giudice Tarantino (9), ha ritenuto che la tutela cautelare d'urgenza e il rito Fornero non siano strutturalmente incompatibili; tuttavia, ha anche aggiunto che la rapidità propria di quest'ultimo rito riduce lo spazio di operatività della tutela di cui all'art. 700 cod. proc. civ. ai casi nei quali il *periculum in mora* presenti i caratteri di un pregiudizio irreparabile tanto imminente da non poter essere evitato dal provvedimento emesso all'esito del veloce procedimento di cui alla legge n. 92 del 2012.

(8) Corte Cost., sentenza del 23 dicembre 2005, n. 460, in *Foro it.*, 2006, I, c. 639, ha dichiarato infondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 51 cod. proc. civ., nella parte in cui non prevede l'obbligo di astensione del giudice che, avendo partecipato alla decisione per la dichiarazione di fallimento, sia anche investito del giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa, in riferimento agli artt. 24 e 111 Cost.

(9) In *Foro it.*, 2013, I, c. 673.

Invece, in senso contrario, vanno richiamate le direttive interpretative fornite dal presidente della Sezione lavoro del Tribunale di Monza, emerse dalla riunione dei giudici della Sezione in data 10 ottobre 2012. Inoltre, vd. Trib. Bologna, ord. 25 ottobre 2012, giudice Coco, che, a fronte di un ricorso proposto *ex art. 700 cod. proc. civ.*, ha fissato *ex officio* l'udienza di cui al comma 48, art. 1, legge n. 92/2012, con conseguente applicazione del relativo rito speciale.

OSSERVATORIO CORTE COSTITUZIONALE

LA CORTE COSTITUZIONALE LE DECISIONI NEL TRIMESTRE GENNAIO-MARZO 2013

RAPPORTO DI LAVORO (a cura di Massimo Pallini)

SOMMARIO: 1. Illegittimità della cessazione automatica del rapporto di lavoro del dirigente pubblico prima della maturazione dei requisiti minimi per il pensionamento. — 2. Imponibile retributivo e contributivo per i soci di cooperative di lavoro.

1. — *Illegittimità della cessazione automatica del rapporto di lavoro del dirigente pubblico prima della maturazione dei requisiti minimi per il pensionamento* — La Corte d'Appello di Genova, nel procedimento vertente tra una Asl e un dirigente sanitario con incarico di direzione complessa, ha sollevato, in riferimento agli articoli 38, comma 2, e 3, comma 1, della Costituzione, il giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 15-*nonies* del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, in combinato disposto con l'art. 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, «nella parte in cui prevedono per la dirigenza sanitaria la facoltà di permanere in servizio, con effetto dalla data di entrata in vigore della legge n. 421 del 1992, per un periodo massimo di un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo per essi previsti, e cioè fino al sessantasettesimo anno d'età, e non la facoltà di permanere in servizio, su istanza dell'interessato, fino al maturare del quarantesimo anno di servizio effettivo, con il limite di permanenza del settantesimo anno di età e l'altro di non dar luogo a un aumento del numero dei dirigenti». La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme censurate appunto nella parte in cui non consentono al personale dirigenziale, che al raggiungimento del limite massimo di età per il collocamento a riposo non abbia compiuto il numero degli anni richiesti per ottenere il minimo della pensione, di rimanere, su richiesta, in servizio fino al conseguimento di tale anzianità minima e, comunque, non oltre il settantesimo anno di età (1). La Corte ha rammentato il suo costan-

(1) Corte Cost., sentenza 27 febbraio-6 marzo 2013, n. 33 – Pres. Gallo, Est. Carosi:

*dichiara l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli articoli 15-*nonies*, comma 1, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (Riordino della disciplina in*

te orientamento secondo cui la previsione di limiti di età per la cessazione del rapporto di lavoro è rimessa «al legislatore nella sua più ampia discrezionalità» (sentenza n. 195 del 2000); quest'ultima però incontra dei vincoli – sotto il profilo costituzionale – in relazione all'obiettivo di conseguire il minimo della pensione, attraverso lo strumento della deroga ai limiti di età ordinari previsti per ciascuna categoria di dipendente pubblico. Nella giurisprudenza della Corte, dunque, è ferma la distinzione tra la tutela della pensione minima e l'intangibile discrezionalità del legislatore nella determinazione dell'ammontare delle prestazioni previdenziali e nella variazione dei trattamenti in relazione alle diverse figure professionali interessate. Mentre il conseguimento della pensione al minimo è un bene costituzionalmente protetto, altrettanto non può dirsi per il raggiungimento di trattamenti pensionistici e benefici ulteriori (v. sentenza n. 227 del 1997). Anche la deroga ai limiti di età al fine del conseguimento del bene primario del minimo pensionistico incontra a sua volta dei limiti fisiologici, che la giurisprudenza della Corte ha avuto modo di definire come «energia compatibile con la prosecuzione del rapporto» (sentenza n. 444 del 1990), oltre la quale neppure l'esigenza di tutelare detto bene primario può spingersi. La legge ordinaria ha spostato in avanti tali limiti massimi in ragione dell'allungarsi della vita umana e, in particolare, della capacità di lavoro.

2. — *Imponibile retributivo e contributivo per i soci di cooperative di lavoro* — Il Tribunale di Lucca, in funzione di giudice del lavoro, ha sollevato – con riferimento all'art. 39 Cost. – questione di legittimità costituzionale dell'articolo 7, comma 4, del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, che impone quale imponibile retributivo e contributivo per i soci di cooperative di lavoro la retribuzione minima dettata dai contratti collettivi sot-

materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), e 16, comma 1, primo periodo, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 (Norme per il riordinamento del sistema previdenziale dei lavoratori privati e pubblici, a norma dell'articolo 3 della legge 23 ottobre 1992, n. 421) – nel testo di essi quale vigente fino all'entrata in vigore dell'art. 22 della legge 4 novembre 2010, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro) –, nella parte in cui non consente al personale ivi contemplato, che al raggiungimento del limite massimo di età per il collocamento a riposo non abbia compiuto il numero degli anni richiesti per ottenere il minimo della pensione, di rimanere, su richiesta, in servizio fino al conseguimento di tale anzianità minima e, comunque, non oltre il settantesimo anno di età.

toscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente maggiormente rappresentative della categoria. Ad avviso del rimettente, considerato che, come chiarito dalla Corte Cost. nella sentenza n. 106 del 1962, una legge che cercasse di conseguire il risultato della efficacia obbligatoria *erga omnes* per tutti gli appartenenti alla categoria alla quale il contratto collettivo si riferisce in maniera diversa da quella stabilita dall'art. 39 Cost. sarebbe palesemente illegittima, la norma censurata violerebbe il parametro costituzionale sopra indicato, in quanto attribuirebbe efficacia *erga omnes* a contratti collettivi di tipo «normativo» e non semplicemente ad «accordi gestionali», prescindendo da qualsiasi valutazione in ordine al rispetto o meno, da parte del diverso contratto collettivo nazionale di lavoro applicato, dei precetti di cui all'art. 36 Cost. La Corte Cost. ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata (2). Ad avviso della Corte, il giudice rimettente è incorso in errore nell'individuazione della norma denunciata (cd. *aberratio ictus*), avendo sottoposto a scrutinio una disposizione non pertinente. La normativa applicabile per la determinazione della retribuzione da assumere quale base di calcolo dei contributi previdenziali (e, quindi, nel quadro del rapporto previdenziale) deve invece esser rinvenuta non già nella norma censurata, ma nell'art. 1, comma 1, del decreto legge 9 ottobre 1989, n. 338, nell'art. 2, comma 25, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, e nell'art. 3, comma 4, del decreto legislativo 6 novembre 2001, n. 423. La prima norma dispone che: «La retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza e di assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo». L'art. 2, comma 25, della legge n. 549 del 1995 stabilisce che: «L'articolo 1 del decreto legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, si interpreta nel senso che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base dei contributi previdenziali e assistenziali è quella stabilita dai contratti col-

(2) Corte Cost., sentenza 25-29 marzo 2013, n. 59 – Pres. Gallo, Est. Criscuolo: *dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 7, comma 4, del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'articolo 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31, sollevata dal Tribunale di Lucca, in funzioni di giudice del lavoro, in riferimento all'articolo 39 della Costituzione, con le ordinanze indicate in epigrafe.*

lettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria». Infine, l'art. 3, comma 4, del d.lgs. n. 403 del 2001, con riferimento alla misura della contribuzione previdenziale per i soci lavoratori di cooperative, stabilisce che: «A decorrere dal 1° gennaio 2007, per la determinazione della retribuzione imponibile, ai fini del versamento dei contributi previdenziali e assistenziali, trova applicazione l'art. 1, comma 1, del citato decreto legge n. 338 del 1989». Queste norme – nell'individuare la retribuzione imponibile a fini previdenziali o assistenziali, nel caso di pluralità di contratti intervenuti per la medesima categoria – attengono al rapporto previdenziale tra il datore di lavoro (società cooperativa) e l'ente previdenziale, cioè al rapporto oggetto dei giudizi *a quibus* che vedeva contrapposte l'Inps e una società cooperativa, mentre il denunciato art. 7, comma 4, concerne il rapporto di lavoro tra società e socio lavoratore, con il relativo profilo retributivo; rapporto che non risulta in discussione nei giudizi da cui è originata la rimessione.

SICUREZZA SOCIALE (a cura di Lorenzo Fassina)

SOMMARIO: 1. Provvidenze assistenziali per cittadini extracomunitari. — 2. Servizi sociali per cittadini stranieri. — 3. Sostegno regionale alle persone extracomunitarie non autosufficienti.

1. — *Provvidenze assistenziali per cittadini extracomunitari* — Con la sentenza n. 40/2013 (1), la Corte Costituzionale ha (nuovamente) dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato dell'indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 della legge n. 18/1980 e della pensione di inabilità di cui all'art. 12 della legge n. 118/1971. Le questioni sollevate nei giudizi *a quibus* riguardavano, nel primo caso, la richiesta di un minore straniero per il quale era stato esercitato il ricongiungimento familiare, attestato dal rilascio di un permesso di soggiorno in qualità di familiare il 12 giugno 2009; nel secondo caso, invece, si tratta di un cittadino straniero, il quale – ancorché riconosciuto dalla Commissione medica invalido «con totale e permanente inabilità lavorativa (100%) e con impossibilità a deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore» e malgrado il riconoscimento dei presupposti medico-legali per il riconoscimento sia della pensione di inabilità civile sia della indennità di accompagnamento – si era visto respingere dall'Inps le domande relative a

(1) Corte Cost. 15 marzo 2013, n. 40 – Pres. Gallo, Est. Grossi: *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato della indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18 (Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili), e della pensione di inabilità di cui all'art. 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118 (Conversione in legge del decreto legge 30 gennaio 1971, n. 5, e nuove norme in favore di mutilati e invalidi civili).*

entrambe le provvidenze per mancanza della carta di soggiorno (o il permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo), essendo titolare solo del permesso di soggiorno, «concesso per la prima volta in data 16 novembre 2007 per motivi familiari, e successivamente rinnovato». I dubbi di legittimità costituzionale si concentrano sui vincoli introdotti dall'art. 80, comma 19 – più volte scrutinato dalla Corte Costituzionale –, in tema di prestazioni sociali agli stranieri, essendosi ivi previsto che le provvidenze costituenti diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concesse ai soli stranieri titolari della carta di soggiorno; istituto, questo, sostituito, a far data dal 2007, con il permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo, a norma dell'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 3/2007 («Attuazione della Direttiva n. 2003/109/Ce»), e il cui conseguimento è a sua volta condizionato da alcuni requisiti. Per ottenere tale permesso, infatti, è necessario che lo straniero dimostri: a) la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e, nel caso di richiesta relativa ai familiari, di un reddito sufficiente secondo i parametri indicati dall'art. 29, comma 3, lettera *b*, del d.lgs. n. 286/1998 (Testo Unico sull'immigrazione); b) la disponibilità di un alloggio idoneo che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda unità sanitaria locale competente per territorio; c) il possesso, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità (art. 9 del T.U. sull'immigrazione). La norma oggetto di impugnativa si rivela, pertanto, fortemente restrittiva rispetto alla generale previsione dettata in materia di prestazioni sociali e assistenziali in favore dei cittadini extracomunitari dall'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998, il quale, invece, prevede che «Gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale...». La Corte Costituzionale ha avuto modo di occuparsi ripetutamente dell'art. 80, comma 19, in riferimento agli istituti della pensione di inabilità (sentenza n. 11/2009 e sentenza n. 324/2006) e dell'indennità di accompagnamento (sentenza n. 306/2008), dichiarando l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 9 del T.U. sull'immigrazione, nella parte in cui escludeva le provvidenze in discorso per gli stranieri non in possesso dei prescritti requisiti di reddito. In quelle occasioni, la Corte ha rilevato come fosse manifestamente irragionevole subordinare l'attribuzione di prestazioni assistenziali (che presupponevano uno stato di invalidità e disabilità) al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza nel territorio dello Stato, che ri-

chiede, per il suo rilascio, la titolarità di un determinato reddito. La più generale previsione del possesso del permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo (Ce-Slp) – individuato dalla norma impugnata quale requisito per il conseguimento delle provvidenze sociali in favore degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato – è stata invece scrutinata, sul versante della titolarità del permesso di soggiorno da almeno cinque anni, nelle sentenze n. 187/2010 (riguardante l’assegno mensile di invalidità di cui all’art. 13 della legge n. 118/1971) e n. 329/2011 (concernente l’indennità di frequenza di cui all’art. 1 della legge n. 289/1990). In entrambe le occasioni, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale della normativa denunciata, la Corte, in particolare, ha rilevato che – ove si tratti di provvidenze destinate al sostentamento della persona, nonché alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui il disabile si trova inserito – qualsiasi discriminazione fra cittadini e stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi da quelli previsti per la generalità dei soggetti, finisce per risultare in contrasto con il principio di non discriminazione di cui all’art. 14 della Convenzione europea dei diritti umani (Cedu), avuto riguardo all’interpretazione rigorosa che di tale norma è stata offerta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Corte europea dei diritti dell’uomo). Ebbene, se si considerano i principi affermati, in particolare, nella citata sentenza n. 329/2011, è evidente che un identico ordine di rilievi possa e debba essere evocato – *mutatis mutandis* – anche nell’attuale scrutinio, avuto riguardo alla natura e alla *ratio* delle provvidenze considerate. L’attenzione sullo specifico gruppo di prestazioni non è, d’altra parte, scemata, e lo prova il rinvio della Corte d’Appello di Bologna del 20 settembre 2012, questa volta sul rifiuto di una pensione a titolo di cieco civile (ventesimista) *ex* art. 8 della legge n. 66/1962 (e parimenti dell’indennità di accompagnamento) sull’unico presupposto della carenza della «carta di soggiorno». Si attendono, quindi, altre pronunce della Corte Costituzionale in materia.

2. — *Servizi sociali per cittadini stranieri* — Sono illegittime le norme altoatesine (numerose disposizioni della legge della Provincia autonoma di Bolzano 28 ottobre 2011, n. 12) che prevedono un periodo di residenza minima affinché gli stranieri possano accedere ai servizi sociali. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 2/2013 (2), accogliendo il ricorso del

(2) Corte Cost. 18 gennaio 2013, n. 2 – Pres. Quaranta, Est. Frigo:

1) dichiara l’illegittimità costituzionale dell’articolo 6, commi 3, lettera c, e 6, limitatamente al riferimento alla lettera c, della legge della Provincia autonoma di Bolzano

Presidente del Consiglio dei ministri, ha stabilito che richiedere un periodo di residenza minima per poter beneficiare dei servizi sociali appare irragionevole in quanto lo stato di «bisogno» prescinde dalla durata di permanenza minima sul territorio e si pone in contrasto con il principio di uguaglianza. Più nel dettaglio, la Corte rileva, infatti, come nella sua giurisprudenza sia già stato sottolineato che il requisito della residenza o della dimora stabile possa costituire «un criterio non irragionevole» per l'accesso a una provvidenza regionale o provinciale (sentenza n. 432 del 2005), ma esso non è più tale laddove venga richiesta la sua durata per un predeterminato e significativo periodo minimo di tempo, nella specie quinquennale. Un tale criterio introduce, pertanto, un'arbitraria discriminazione, non potendosi presumere che lo stato di bisogno degli stranieri immigrati nella provincia da meno di cinque anni, ma ivi stabilmente residenti o dimoranti, possa essere minore rispetto a quello di chi vi risiede da un tempo più lungo e non sussistendo alcun ragionevole collegamento tra la durata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio, relative alla persona in quanto tale e integranti i soli presupposti di fruibilità delle provvidenze in questione (cfr. sentenza n. 40 del 2011).

3. — *Sostegno regionale alle persone extracomunitarie non autosufficienti*
— È illegittimo stabilire che i cittadini extracomunitari possono beneficia-

28 ottobre 2011, n. 12 (*Integrazione delle cittadine e dei cittadini stranieri*); 2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 3, lettera g, secondo periodo, limitatamente alle parole «e alla relativa durata», e dell'art. 10, comma 2, della legge prov. Bolzano n. 12 del 2011; 3) dichiara, in applicazione dell'articolo 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale dell'articolo 10, comma 3, della legge prov. Bolzano n. 12 del 2011; 4) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 12, comma 4, della legge prov. Bolzano n. 12 del 2011; 5) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 13, comma 3, secondo periodo, della legge prov. Bolzano n. 12 del 2011; 6) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 14, commi 3 e 5, della legge prov. Bolzano n. 12 del 2011; 7) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 1, lettera e, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 31 agosto 1974, n. 7 (*Assistenza scolastica. Provvidenze per assicurare il diritto allo studio*), lettera aggiunta dall'articolo 16, comma 3, della legge prov. Bolzano n. 12 del 2011, limitatamente alle parole «da almeno cinque anni»; 8) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 1, lettera e, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 30 novembre 2004, n. 9 (*Diritto allo studio universitario*), lettera aggiunta dall'articolo 16, comma 4, della legge prov. Bolzano n. 12 del 2011, limitatamente alle parole «da cinque anni»; 9) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 1, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 13 marzo 1987, n. 5 (*Incentivazione della conoscenza delle lingue*), come sostituito dall'articolo 16, comma 2, della legge prov. Bolzano n. 12 del 2011, limitatamente alle parole «ininterrottamente per un anno».

re degli interventi di sostegno previsti dalla legge esclusivamente se in possesso di «regolare carta di soggiorno». L'impugnazione statale avverso la legge calabrese (artt. 2, comma 3, e 11 della legge della Regione Calabria 20 dicembre 2011, n. 44) censurava in primo luogo la normativa regionale, poiché essa, nell'individuare i requisiti dei destinatari delle prestazioni sociali di sostegno, in riferimento ai cittadini extracomunitari, prevedeva, oltre al requisito della residenza nel territorio regionale, anche quello del possesso di un titolo di legittimazione qualificato come «carta di soggiorno», introducendo in tal modo una discriminazione illegittima. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 4/2013 (3), ha ritenuto fondata la questione di legittimità proposta rilevando, anzitutto, come il riferimento alla «carta di soggiorno», già prevista dal testo originario dell'art. 9 del d.lgs. n. 286/1998, sia del tutto inattuale, stante la modifica intervenuta per effetto dell'art. 1, comma 1, lettera *a*, del d.lgs. n. 3/2007, che ha sostituito a essa il «permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo», concesso agli extracomunitari in possesso da almeno cinque anni di un regolare permesso di soggiorno. La Corte, inoltre, ha ritenuto lesive dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza le limitazioni previste relativamente ai soggetti possibili fruitori delle provvidenze. Ciò in quanto, se il legislatore regionale ha la possibilità di modulare in vario modo la disciplina per l'accesso a determinate prestazioni sociali, eccedenti il limite dell'essenziale, per bilanciare al meglio l'esigenza di garantire la massima fruibilità dei benefici con quella della limitatezza delle risorse a disposizione, tale circostanza non lo esime dal dover adottare canoni selettivi ragionevoli, poiché, secondo quanto previsto dalla giurisprudenza costituzionale, «è consentito introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una "causa" normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria» (sentenza n. 432 del 2005). L'elemento di distinzione introdotto dalla normativa censurata, invece, a parere della Corte, è del tutto arbitrario poiché non è possibile presumere, se non in modo aprioristico, che gli stranieri non autosufficienti, titolari di un per-

(3) Corte Cost. 18 gennaio 2013, n. 4 – Pres. Quaranta, Est. Frigo:

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 3, della legge della Regione Calabria del 20 dicembre 2011, n. 44 (Norme per il sostegno di persone non autosufficienti – Fondo per la non autosufficienza), nella parte in cui stabilisce che i cittadini extracomunitari, per beneficiare degli interventi previsti dalla medesima legge, debbano essere in possesso di «regolare carta di soggiorno»;

2) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 11 della legge reg. Calabria n. 44 del 2011, promossa, in riferimento all'articolo 81, comma 4, della Costituzione, dal Presidente del Consiglio dei ministri.

messo di soggiorno di lungo periodo, in quanto già presenti sul territorio nazionale sulla base di un permesso di soggiorno protratto per cinque anni, possano trovarsi in una condizione di bisogno o di disagio maggiore rispetto agli stranieri pur regolarmente presenti, ma per un periodo ancora insufficiente a far conseguire loro tale titolo legittimante. D'altra parte, la Corte, in diverse sentenze, aveva già rilevato che mentre è ragionevolmente possibile subordinare la fruizione di determinate prestazioni sociali, eccedenti il limite dell'essenziale, alla circostanza del possesso, da parte dello straniero, di un titolo legittimante che ne attesti la presenza non episodica e non di breve durata nel territorio nazionale, non si può, una volta accertato il diritto a soggiornare, differenziare l'accesso a una misura sociale in base alla «necessità di uno specifico titolo di soggiorno» (sentenza n. 61 del 2011) o alla presenza di «particolari tipologie di residenza volte a escludere proprio coloro che risultano i soggetti più esposti alle condizioni di bisogno e di disagio che un siffatto sistema di prestazioni e servizi si propone di superare perseguendo una finalità eminentemente sociale» (sentenza Corte Cost. n. 40 del 2011).

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 27 novembre 2012, C-370/2012 – Thomas Pringle c. Governo irlandese, Irlanda, Avvocatura dello Stato – Avv. Gen. Juliane Kokott.

Unione europea – Meccanismo europeo di stabilità – Decisione n. 2011/199/UE – Modifica dell'articolo 136 del TfUE – Validità – Art. 48, par. 6, del Trattato UE – Procedura di revisione semplificata – Trattato Mes – Politica economica e monetaria – Sovranità Parlamenti nazionali – Competenza degli Stati membri.

È valida la decisione n. 2011/199/UE del Consiglio europeo, del 25 marzo 2011, che modifica l'art. 136 del TfUE relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro. Gli artt. 4, par. 3, e 13 del Trattato UE, gli artt. 2, par. 3, 3, parr. 1, lett. c, e 2, 119-123 e 125-127 del TfUE, nonché il principio generale di tutela giurisdizionale effettiva non ostano alla conclusione tra gli Stati membri la cui moneta è l'euro di un accordo quale il Trattato che istituisce il meccanismo europeo di stabilità (Mes) tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Estonia, l'Irlanda, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, la Repubblica di Cipro, il Granducato di Lussemburgo, Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica portoghese, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica slovacca e la Repubblica di Finlandia, firmato a Bruxelles il 2 febbraio 2012, né alla sua ratifica da parte di tali Stati membri. La possibilità per uno Stato membro di concludere così come di ratificare tale Trattato istitutivo del meccanismo europeo di stabilità non è peraltro in alcun modo subordinata all'entrata in vigore della decisione n. 2011/199/UE. (1)

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

(1) IL FUTURO DELLA GOVERNANCE FINANZIARIA EUROPEA
 ALLA LUCE DELLA SENTENZA PRINGLE

Sommario: 1. La *quaestio* all'origine del «caso Pringle». — 1.1. Il procedimento nazionale. — 1.2. Le questioni del rinvio. — 2. Il contesto normativo. — 2.1. La decisione n. 2011/199/Ue. — 2.2. Il Trattato Mes. — 3. La decisione della Corte. — 3.1. La prima questione. — 3.2. La seconda questione. — 3.3. La terza questione. — 4. Profili problematici della decisione di Lussemburgo. — 5. Considerazioni conclusive sulle prospettive evolutive dell'Unione.

1. — *La quaestio all'origine del «caso Pringle»* — La pronuncia della Corte di Lussemburgo del 27 novembre 2012 è risultata da un rinvio pregiudiziale da parte della Corte Suprema irlandese nell'ambito del ricorso in Appello contro la sentenza della *High Court* del 9 luglio 2012 presentato dal deputato indipendente Thomas Pringle contro il Governo irlandese, l'Irlanda e l'*Attorney General*. Il ricorso verteva su tre profili, di cui due vengono in rilievo per questo commento: l'emendamento all'art. 136 del TfUe – operato tramite l'art. 1 della decisione n. 2011/199 –, che costituirebbe una modifica illegittima del TfUe, e il Trattato Mes, a seguito della cui ratifica l'Irlanda avrebbe finito per assumere obblighi incompatibili con i Trattati sui quali è fondata l'Unione europea. Il Trattato Mes presenta – secondo il ricorrente principale – profili di illegittimità non solo in rapporto al diritto europeo, ma anche rispetto al diritto nazionale, sia dal punto di vista formale (la mancata approvazione per via referendaria, come avvenuto invece per il Trattato cd. *Fiscal compact*, stante il consistente trasferimento di sovranità comportato), che sostanziale (illegittima compressione della sovranità nazionale, per opera anche dell'*Esm Act 2012*, l'atto cioè che dà implementazione al Trattato nell'ordinamento interno) (1).

1.1. — *Il procedimento nazionale* — La *High Court* di Dublino si è espressa sul ricorso del 13 aprile 2012 promosso dal deputato Pringle il giorno 17 luglio 2012, rigettandolo nella sua interezza (2). Il giudice Laffoy non ha ritenuto di dover rivolgersi a Lussemburgo in merito alla decisione n. 2011/199, affermandone la validità in ossequio al precedente (v. causa C-314/1985, *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost*).

Viene infatti sottolineato come il giudice nazionale possa dichiarare una decisione valida, ma non invalida. Infatti, solo qualora gli argomenti del ricorrente a sostegno della invalidità siano giudicabili infondati il giudice nazionale può invocare la validità della decisione; in caso contrario questi dovrà riferire la questione a Lussemburgo. La conclusione in merito alla validità della decisione viene fondata dal giudice Laffoy sul fatto che il Mes non è un meccanismo dell'Unione ma è di carattere intergovernativo (qui è il richiamo al parere della BCE) e che l'emendamento all'art. 136 apportato dal-

(1) Per un'analisi più dettagliata di questi due profili, sia consentito il rimando a E. Bertolini, *La nuova dimensione della sovranità dei Parlamenti nazionali in materia finanziaria e di bilancio nel quadro della nuova governance economica europea alla luce della giurisprudenza costituzionale tedesca, irlandese ed estone*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2013, in corso di pubblicazione.

(2) *Pringle v. The Government of Ireland & others*, [2012] Iehc 296, del 9 luglio 2012, in www.bailii.org/ie/cases/IEHC.

la decisione impugnata non comporta in alcun modo un ampliamento delle competenze dell'Unione.

Relativamente poi all'applicazione della procedura di revisione semplificata, *ex art.* 48, par. 6, TUE, evidenzia il giudice irlandese come non vi sia alcuna giurisprudenza della Corte di Giustizia che possa fungere da guida. Inoltre il ricorrente mancherebbe dei requisiti per ottenere una «*reference on a preliminary ruling*», non avendo rispettato il termine di cui all'art. 263 TfUE e non essendo stato in grado di provare che la decisione possa avere effetto anche nei confronti di terzi.

Parimenti rigettate anche le lamentate incompatibilità del Trattato Mes rispetto al diritto Ue.

A seguito del rigetto della *High Court*, Pringle ha proposto, in data 19 luglio, l'appello presso la Corte Suprema, la quale, il 31 luglio, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre al giudice europeo tre questioni pregiudiziali (3). Inoltre, in considerazione dell'urgenza della questione, la Corte ha fatto richiesta della procedura accelerata *ex art.* 104-*bis* del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia; richiesta accolta con ordinanza il 4 ottobre 2012. Sul punto giova ricordare come già la stessa Corte Suprema avesse garantito un *early hearing* proprio in considerazione dell'urgenza e della importanza della questione.

1.2. — *Le questioni del rinvio* — Tre sono dunque le questioni pregiudiziali oggetto del rinvio da parte della Corte Suprema: la validità della decisione n. 2011/199, che modifica l'art. 136 TfUE introducendo il comma 3; la legittimità, sulla base degli artt. 4, par. 3, TUE, degli artt. 13 TUE, 2, par. 3, TfUE, 3, parr. 1, lett. *c*, e 2, TfUE, 119, 123 TfUE, 125, 127 TfUE e del principio generale di tutela giurisdizionale effettiva, di aderire e ratificare un accordo internazionale come il Trattato Mes per un paese la cui moneta è l'euro; se, in caso di risposta positiva alle precedenti questioni, la facoltà di uno Stato membro di aderire e ratificare detto Trattato sia da subordinarsi all'entrata in vigore della decisione, 2011/199.

2. — *Il contesto normativo* — Prima di analizzare la decisione della Corte pare opportuno operare un breve inquadramento del contesto normativo della questione, focalizzando l'attenzione sulle due disposizioni rilevanti; la prima di diritto europeo e la seconda di diritto internazionale: la decisione n. 2011/199/Ue del Consiglio europeo, del 25 marzo 2011, che modifica l'art. 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro (*Gazz. Uff. Ue*, L 91, p. 1) – di cui è contestata la validità – e il Trattato che istituisce il meccanismo di stabilità, di cui il ricorrente nella causa *a quo* lamentava appunto la incompatibilità con il diritto Ue (oltre che con il diritto interno), e segnatamente, con gli artt. 2 TUE, 3 TUE, 4, par. 3, TUE, 13 TUE, 2, par. 3, TfUE, 3, parr. 1, lettera *c*, e 2, TfUE, 119 TfUE, 123 TfUE e 125 TfUE, 127 TfUE oltre che con i principi generali di tutela giurisdizionale effettiva e di certezza del diritto.

2.1. — *La decisione n. 2011/199/Ue* — La decisione sulla cui validità la Corte Suprema ha sollevato il dubbio si è originata in seno al Consiglio europeo del 28-29

(3) [2012] Iesc 47, del 12 luglio 2012, in *www.supremecourt.ie*.

ottobre 2010: riunione in cui gli Stati membri hanno individuato nella istituzione di un meccanismo permanente finalizzato alla salvaguardia della stabilità finanziaria dell'eurozona lo strumento maggiormente idoneo a gestire l'attuale crisi economico-finanziaria, cercando così di impedire l'implosione non solo della moneta unica ma anche, più in generale, dell'intero progetto europeo. La predisposizione di detto meccanismo – che avrebbe quindi reso inutile l'applicazione dell'art. 122, par. 2, TfUE – ha visto nella modifica dell'art. 136 TfUE, in conformità, la procedura semplificata ex art. 48, par. 6, comma 2, TUE e consultati Parlamento, Commissione e BCE, la sua tappa iniziale. L'emendamento al Trattato avviene dunque tramite la decisione n. 2011/199, che, al suo art. 1, dispone l'aggiunta del par. 3 all'art. 136, che autorizza dunque gli Stati membri dell'Unione la cui moneta è l'euro a istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile e sotto una rigorosa condizionalità (4).

2.2. — *Il Trattato Mes* — Il Trattato istituisce, come detto, un meccanismo di intervento permanente che consente di gestire la crisi e contestualmente di fornire assistenza finanziaria agli Stati membri in seria difficoltà, andando così a sostituire il meccanismo temporaneo in vigore fino al giugno 2013 (5).

Il Trattato Mes avoca al meccanismo di stabilità tutta una serie di poteri in materia finanziaria di tradizionale spettanza dei Parlamenti nazionali (6).

Esso nasce come fondo finanziario europeo per la stabilità finanziaria della zona euro (art. 3), composto (ex art. 4, comma 1) dal Consiglio dei governatori (formato dai Ministri finanziari dell'area euro), dal Consiglio di amministrazione (nominato dal Consiglio dei governatori), da un direttore generale (con diritto di voto) e infine dal commissario Ue agli Affari economico-monetari e dal presidente della BCE, entrambi come osservatori. Le decisioni dei due Consigli devono essere prese a maggioranza qualificata o a maggioranza semplice (art. 4, comma 2); l'adozione di una decisione di comune accordo richiede invece l'unanimità dei membri partecipanti alla votazione (art. 4, comma 3). Una eccezione alla regola della unanimità è prevista dal comma 4, che disciplina la procedura d'urgenza, da utilizzarsi nei casi in cui la Commissione e la BCE ritengano che la mancata adozione di una decisione urgente circa la concessione o l'attuazione di un'assistenza finanziaria di cui agli artt. 13-18 minaccerebbe la sostenibilità economica e finanziaria della zona euro; onde evitare ripercussioni negati-

(4) «Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità».

(5) Questo è basato su di un meccanismo di erogazione di prestiti utilizzando risorse della Ue fino a un massimo di 60 miliardi a favore di paesi membri in difficoltà – Mesf – e un cd. *special purpose vehicle* autorizzato a raccogliere risorse sui mercati beneficiando della garanzia dei paesi dell'eurozona per un massimo di 440 miliardi, tetto poi innalzato a 780 – Fesf. Vd. S. Peers, *The stability Treaty: permanent austerity or gesture politics?*, in *European constitutional review*, vol. 8, n. 3 (ottobre 2012), pp. 404 ss.

(6) Non a caso, infatti, il Trattato è stato impugnato di fronte al giudice costituzionale in numerosi Stati membri; al momento si sono pronunciate la Corte Suprema estone (sentenza del 12 luglio, n. 3-4-1-6-12; v. www.nc.ee/?lang=en) e il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, 2 BvR 1390/12, del 12 settembre 2012, *Verfassungsbeschwerde e Organstreitverfahren*), mentre ancora pendenti sono i ricorsi in Austria e Polonia.

ve, l'adozione della decisione di comune accordo tra i due Consigli richiede una maggioranza qualificata dell'85% dei voti espressi. L'accesso all'assistenza finanziaria dell'Esm – vale a dire la concessione di prestiti a tassi fissi o variabili – è subordinato al rispetto di una «rigorosa condizionalità» (art. 12), nel quadro di un programma di aggiustamento macroeconomico e di un'analisi della sostenibilità del debito pubblico che verrà svolta dalla Commissione insieme all'Fmi e alla BCE – la cd. *troika*. È inoltre prevista la possibilità di sanzioni nei confronti degli Stati che non dovessero rispettare le scadenze, cui si deve aggiungere la perdita dell'esercizio del diritto di voto per l'intera durata dell'inadempienza (art. 4, comma 8), e quindi il numero dei diritti di voto è ricalcolato fra gli altri Stati. Da notarsi, in tema di diritto di voto degli Stati membri, come esso non sia personale, ma in proporzione al valore delle quote versate nel fondo. Ciascuno Stato mantiene invece l'obbligo «irrevocabile e incondizionato» (ex art. 8, comma 4) di contribuire al capitale autorizzato, anche se diviene beneficiario o riceve assistenza finanziaria dal Mes. A ogni modo, la responsabilità di ciascun membro del Mes è limitata alla sua quota di capitale autorizzato (art. 8, comma 5). Per tutte le decisioni è necessaria la presenza della maggioranza relativa di due terzi dei membri aventi diritto di voto che rappresentino almeno i due terzi dei diritti di voto (art. 4, comma 2).

3. — *La decisione della Corte* — La Corte, in data 4 ottobre 2012, ha garantito la procedura d'urgenza richiesta dal giudice del rinvio – stante l'urgenza della questione – sulla base dell'art. 23, lett. a, dello Statuto e dell'art. 104-*bis* del Regolamento di procedura e il 27 novembre ha emesso la sentenza (7).

3.1. — *La prima questione* — Prima di analizzare nel merito la prima questione, la Corte, oltre a giudicarne la ricevibilità, si premura di considerare se essa sia effettivamente competente a esaminarla. Tale competenza è infatti contestata da molti Governi nonché da Commissione e Consiglio, sulla base del fatto che la questione attiene al diritto primario che l'art. 267 TfUe sottrae al sindacato della Corte. Tuttavia, ricorda la Corte come la questione concerne la validità di una decisione del Consiglio il cui scrutinio, invece, rientra nella competenza della Corte. Su questo punto aveva maggiormente argomentato l'Avvocato Generale Kokott nelle sue conclusioni del 26 ottobre 2012, rilevando come il cuore della questione sia quindi più non la competenza *tout court* della Corte a giudicare sulla validità di una decisione emendante un Trattato, quanto invece fino a che punto essa sia legittimata a farlo. Ed è infatti proprio l'introduzione della procedura di revisione semplificata avvenuta con Lisbona a portare la Corte a dover verificare che gli Stati membri, ogni qualvolta scelgano detta procedura per emendare i Trattati, rispettino le condizioni poste dall'art. 48, par. 6 TfUe. Indi per cui la Corte è tenuta a verificare sia la correttezza della procedura rispetto al parametro, sia che le modifiche rientrino effettivamente nella sola Parte III del Trattato e che non estendano le competenze dell'Unione.

(7) Vd. V. Borger, *The Esm and the european's Court predicament in Pringle*, in *German law journal*, vol. 14, n. 1 (2013), pp. 113 ss. V. anche J. Tomkin, *Contradiction, circumvention and conceptual gymnastics: the impact of the adoption of the Esm Treaty on the state of european democracy*, *ivi*, pp. 169 ss.

Stabilita dunque la competenza, relativamente alla ricevibilità, la Corte si esprime a favore, confutando le argomentazioni del Governo irlandese secondo cui il ricorrente avrebbe dovuto proporre un ricorso diretto *ex art. 263 TfUe* contro la decisione n. 2011/199 entro il termine di ricorso previsto al comma 6 e, contestualmente, avrebbe dovuto comunque avviare la propria azione di contestazione della validità di tale decisione dinanzi ai giudici nazionali entro un termine ragionevole. Sottolinea infatti la Corte come i termini per la proposizione dei ricorsi nazionali sono determinati dalle regole procedurali nazionali, per cui esula dalla sua competenza esaminare il loro rispetto nell'ambito del procedimento principale. Non sarebbe stato inoltre neanche possibile al ricorrente proporre un ricorso diretto alla Corte (*ex art. 263, par. 4, TfUe*), non essendo una persona cui la direttiva si rivolgeva direttamente.

L'esame del merito della questione si articola su due punti chiave da cui discende la validità della scelta della procedura semplificata: se la modifica operata dalla decisione n. 2011/199 riguardi esclusivamente la Parte III del Trattato e se essa non estenda in alcun modo le competenze dell'Unione.

Per quanto concerne il primo punto, è palese che il requisito è soddisfatto, almeno dal punto di vista formale, essendo la disposizione modificata, l'art. 136, rubricata nella Parte III del TfUe. È dunque da considerare se in realtà l'emendamento non vada a incidere, indirettamente, anche sulle altre parti del Trattato, segnatamente in materia di politica monetaria e di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri. Si rivela quindi indispensabile identificare gli obiettivi del Trattato Mes e confrontarli con quelli della politica monetaria. In mancanza di una definizione di quest'ultima, si può comunque evincere come il suo obiettivo principale sia il mantenimento della stabilità dei prezzi (cfr. art. 3, par. 1, lett. *c*, TfUe e art. 127 TfUe). Il medesimo obiettivo non può invece essere attribuito al Mes, che si propone di salvaguardare la stabilità dell'eurozona, obiettivo di politica economica e non monetaria. Stessa conclusione è raggiunta anche volendo esaminare gli strumenti attraverso cui il meccanismo si propone di raggiungere il suo obiettivo, la concessione di assistenza finanziaria, anch'essa non rientrante nella politica monetaria. Il Mes è dunque un meccanismo complementare nella *governance* economica europea e sicuramente rientra nel settore della politica economica, indi per cui non incide in alcun modo sulla competenza esclusiva dell'Unione in campo monetario, *ex art. 3, par. 1, lett. c*, TfUe. In materia invece di coordinamento delle politiche economiche, stante il fatto che il Trattato stesso (art. 2, par. 3, e art. 5, par. 1, TfUe) parla esclusivamente di coordinamento, se ne può dedurre che né le disposizioni del TUE né del TfUe conferiscano all'Unione una competenza specifica al fine di istituire un meccanismo quale quello di cui alla decisione n. 2011/199. L'art. 122, par. 2, TfUe conferisce sì all'Unione la competenza di concedere assistenza finanziaria, ma non nei termini di un meccanismo di stabilità quale quello *ex* decisione n. 2011/199 (8). Per quanto poi concerne invece l'art. 143, par. 2, TfUe, consentente anch'esso, a talune condizioni, di accordare un concorso reciproco a uno Stato membro, si applica ai soli Stati la cui moneta non è l'euro.

Relativamente invece al secondo punto, afferma la Corte che la decisione impugnata non attribuisce alcuna nuova competenza all'Unione, e questo poiché l'emen-

(8) Più in dettaglio sulla questione, v. *infra*.

damento dell'art. 136 TfUe, prodotto dalla decisione impugnata, non crea alcuna nuova base giuridica in virtù della quale sarebbe consentito all'Unione di intraprendere una qualche azione che prima invece le era preclusa, e questo anche perché, come rilevato anche dall'Avv. Gen., essa è rivolta non all'Unione ma agli Stati. Ne consegue che l'emendamento si limita in realtà a specificare una competenza che già era in capo agli Stati membri.

3.2. — *La seconda questione* — Come già per la prima questione, anche sulla seconda sono stati avanzati dubbi (dal Governo spagnolo) sulla effettiva competenza della Corte a interpretare le disposizioni del Trattato Mes non essendo l'Unione parte contraente. L'obiezione è respinta, essendo oggetto della questione l'interpretazione non già delle disposizioni del Trattato Mes quanto invece di diverse disposizioni di diritto europeo.

Anche la ricevibilità della questione è parzialmente contestata da alcuni Governi, sulla base di una supposta mancanza di rilevanza. La Corte riconosce che il giudice *a quo* ha mancato di fornire chiarimenti sulla rilevanza dell'interpretazione degli artt. 2 e 3 TUE, e pertanto la questione è irricevibile su questa parte. Dubbi sono stati avanzati da Irlanda, Olanda e Commissione anche nella parte vertente sull'interpretazione degli artt. 119-121 TfUe, mancando questi articoli di efficacia diretta. Rileva però la Corte come essa sia competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione di disposizioni europee a prescindere dal loro effetto diretto, in quanto tale interpretazione consente al giudice nazionale di valutare la conformità delle disposizioni del Trattato Mes al diritto europeo. La questione è dunque ricevibile in riferimento agli altri articoli (gli artt. 4, par. 3, TUE; 13 TUE; 2, par. 3, TfUe; 3, par. 1, lett. c, e 2, TfUe; 119-123 TfUe e 125-127 TfUe) e al principio di tutela giurisdizionale effettiva.

Al fine di esaminare il merito della questione, è opportuno impostare il ragionamento distinguendo: le disposizioni del TfUe relative alla competenza esclusiva dell'Unione e alla politica monetaria (artt. 3, par. 1, lett. c, e 127 TfUe) e le disposizioni relative alla competenza dell'Unione a concludere un accordo internazionale (art. 3, par. 2, TfUe); le disposizioni relative alla politica economica (artt. 2, par. 3, 119-123 e 125-126 TfUe); l'art. 4, par. 3, TUE; l'art. 13 TUE; il principio generale di tutela giurisdizionale effettiva.

Per quanto concerne il primo punto, la materia monetaria, di competenza esclusiva nell'Unione (*ex artt.* 3, par. 1, lett. c, e 127 TfUe), il ricorrente lamenta come le misure che possono essere adottate dal Mes (assistenza finanziaria, ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie) avranno come esito ultimo l'aumento della quantità di euro in circolazione, la cui regolazione rientra invece tra le competenze della BCE. L'aumento della massa monetaria in circolazione causerebbe inoltre un incremento dell'inflazione con una ricaduta sulla stabilità dei prezzi. La Corte contesta tale impostazione, rilevando come l'attività del Mes non possa essere in alcun modo ascrivibile alla politica monetaria proprio in considerazione del fatto che la stabilità dei prezzi non rientra tra gli obiettivi del meccanismo. Non a caso, infatti, il Mes non è abilitato né a fissare i tassi di interesse né, tantomeno, a emettere euro, svolgendosi quindi la sua attività nel rispetto dell'art. 123, par. 1, TfUe. E inoltre, come rilevano anche l'Avv. Gen. e il Governo tedesco, non tutti gli interventi di politica economica, quali quelli perseguiti dal Mes,

debbono essere fatti rientrare nella politica monetaria solo perché incidono indirettamente sulla stabilità dei prezzi. Parimenti respinta è l'obiezione secondo cui il Mes andrebbe comunque a incidere sulle norme comuni in materia di politica monetaria, essendo il Mes destinato a sostituire il Fesf. A prescindere dal fatto che il Fesf è stato istituito al di fuori dell'Unione, il Mes non ha alcuna incidenza sulla possibilità dell'Unione che le deriva dall'art. 122, par. 2, TfUE, di concedere un'assistenza finanziaria puntuale allo Stato membro in difficoltà. L'art. 3, par. 2, TfUE non osta dunque alla conclusione di un accordo internazionale quale il Trattato Mes.

Per quanto concerne invece il secondo punto, la politica economica dell'Unione, lamenta il ricorrente che il Trattato Mes altro non sarebbe se non una sovversione dell'ordinamento giuridico che disciplina l'unione economica e monetaria e pertanto incompatibile con il diritto dell'Unione. Posto che il diritto dell'Unione non osta alla conclusione del Trattato Mes, sottolinea la Corte come l'assistenza finanziaria erogata a uno Stato membro è subordinata a una rigorosa condizionalità tale per cui non può essere assimilata a uno strumento di coordinamento delle politiche economiche; al contrario, è diretta a garantire che il meccanismo operi in conformità con il diritto dell'Unione (art. 125 TfUE in particolare). Peraltro, lo stesso art. 122 TfUE non esige che l'assistenza finanziaria a uno Stato membro in difficoltà debba essere in capo alla sola Unione, occupandosi questo di disciplinare meramente l'assistenza concessa dall'Unione e non dagli Stati membri che ne sono parte. Più delicato è sicuramente invece il rilievo sulla incompatibilità del Trattato Mes con gli artt. 123 (divieto in capo alla BCE e alle banche centrali nazionali di concedere scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia) e 125 TfUE, contenente la *no bailout clause*, di cui il ricorrente vede nel Trattato Mes un tentativo di aggiramento. E qui la Corte risolve rilevando come il divieto di cui all'art. 123 è rivolto alla BCE e alle banche centrali degli Stati membri e non agli Stati che andrebbero qui ad agire tramite il meccanismo di stabilità. Per quanto attiene invece all'art. 125, afferma la Corte che esso non è diretto a vietare all'Unione e agli Stati membri la concessione di qualsiasi forma di assistenza finanziaria a un altro Stato membro (lettura confermata per altro anche dagli artt. 122 e 123 TfUE). Se l'art. 125 vietasse qualsiasi assistenza finanziaria non avrebbe alcuna ragione d'essere neppure lo stesso art. 122, che dell'art. 125 rappresenta l'eccezione. Posto dunque che l'art. 125 non vieta *ex ante* qualunque tipo di assistenza finanziaria, si deve esaminare la finalità di tale assistenza al fine di comprendere se essa rientri o meno nel divieto. L'art. 125 mira a garantire il rispetto di politiche di bilancio virtuose e il mantenimento di una logica di mercato anche in tempi di crisi, per cui, essendo questi anche i fini del Mes, non può discendere alcuna incompatibilità tra le sue disposizioni e l'art. 125. Ulteriore elemento a supporto della non incompatibilità è costituito, secondo la Corte, dalla condizionalità dell'assistenza e dal fatto che il Mes – anche acquistando sul mercato secondario i *bond* dello Stato debitore – non si fa garante dei debiti dello Stato membro beneficiario dell'assistenza, il quale non solo rimane debitore dei suoi debiti precedenti, ma viene anche a contrarre un nuovo debito nei confronti proprio del Mes. Anche l'adeguamento di capitale, di cui all'art. 25 Trattato Mes, non è giudicato dalla Corte incompatibile con la *no bailout clause* poiché, per quanto nel caso in cui un membro non riesca a far fronte all'adeguamento vi sia un adeguamento aggiuntivo per gli altri membri, questi continuano comunque a non farsi garanti dei debiti del membro in *default*.

Per quanto concerne il principio di leale collaborazione (art. 4, par. 3, TUE), la Corte non ravvisa nel Trattato Mes un pregiudizio nei confronti delle disposizioni di politica monetaria *ex* TfUE, come già precedentemente affermato. Di nuovo poi è anche il richiamo della Corte a come il Trattato contenga disposizioni che assicurano e garantiscono il rispetto da parte del meccanismo di finanziamento del diritto dell'Unione.

Parimenti non accolto è il ricorso sull'art. 13 TUE. Secondo il ricorrente, infatti, le nuove funzioni che il Trattato Mes attribuisce alle istituzioni europee sarebbero incompatibili con quelle loro già attribuite dai Trattati e segnatamente dall'art. 13 TUE. La Corte afferma, infatti, richiamandosi alla sua giurisprudenza passata (9), che in tutte quelle materie che non rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione gli Stati membri rimangono liberi di affidare alle istituzioni, chiaramente al di fuori dell'ambito dell'Unione, ulteriori funzioni (purché in sintonia con quelle già conferite loro dai Trattati), quali coordinamento o gestione di assistenza finanziaria. C'è peraltro da considerare anche, come ben sottolineato dall'Avv. Gen., che gli Stati membri non possono obbligare le istituzioni europee ad agire al di fuori dell'Unione. Anche la competenza affidata alla Corte stessa si fonda direttamente sull'art. 273 TfUE e, in aggiunta, le controversie da sottoporsi rimangono connesse all'oggetto dei Trattati di cui sempre all'art. 273 TfUE. Inoltre, l'obbligo di cui all'art. 273, per cui parti della controversia debbono essere gli Stati membri, è parimenti rispettato, in quanto membri del Mes sono esclusivamente gli Stati membri.

Da ultimo, per quanto concerne il principio generale di tutela giurisdizionale effettiva, il ricorrente lamenta come l'aver collocato il Mes al di fuori del quadro giuridico dell'Unione avrebbe come conseguenza il sottrarre il Mes all'applicazione della Carta e chiede dunque se l'istituzione del Mes pregiudichi l'applicazione dell'art. 47 della stessa (garante, appunto, la tutela giurisdizionale effettiva). La Corte risponde ricordando come, *ex* art. 51, par. 1, della Carta, le sue disposizioni si applicano agli Stati membri solo nel momento in cui essi applicano il diritto dell'Unione, al di fuori del quale il Mes si colloca. Ne consegue che nel momento in cui gli Stati membri istituiscono il meccanismo di stabilità non stanno in alcun modo dando attuazione al diritto dell'Unione. Pertanto il principio generale di tutela giurisdizionale effettiva non osta alla conclusione di un Trattato quale quello istituito il Mes.

3.3. — *La terza questione* — Sulla terza questione, la Corte si esprime piuttosto sinteticamente, ricordando come nei fatti la decisione n. 2011/199 non crei una nuova competenza, quanto piuttosto confermi l'esistenza di una competenza. Ne consegue quindi che il diritto di uno Stato membro di concludere e di ratificare il Trattato Mes non è da subordinarsi all'entrata in vigore della decisione n. 2011/199.

(9) V., esemplificativamente: sentenza del 30 giugno 1993, *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, causa C-181/91 e C-248/91, in *Racc.*, p. I-3685, in particolare il punto 16; e sentenza del 2 marzo 1994, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-316/91, in *Racc.*, p. I-625, in particolare il punto 26. Sono anche da richiamarsi alcuni pareri: n. 1/92, del 10 aprile 1992, in *Racc.*, p. I-2821, punti 32 e 41; n. 1/00, del 18 aprile 2002, in *Racc.*, p. I-3493, punto 20, e n. 1/09, dell'8 marzo 2011, non ancora pubblicato, punto 75.

4. — *Profili problematici della decisione di Lussemburgo* — La pronuncia dei giudici di Lussemburgo ha rispettato il pronostico. Difficile sarebbe stato, infatti, immaginare gli effetti che una sentenza di incompatibilità tra il Mes e il diritto dell'Unione avrebbe avuto sulla stabilità finanziaria dell'eurozona.

Nessuna sorpresa, dunque. Eppure, anche questo risultato presenta aspetti problematici, non tanto circa il funzionamento del meccanismo di stabilità quanto sotto il profilo giuridico di diritto dell'Unione. Analizzando infatti la sentenza non si può fare a meno di constatare come alcuni passaggi del ragionamento della Corte evidenzino forzature interpretative del diritto europeo atte a rendere il Trattato Mes con esso compatibile.

È come se la Corte di Lussemburgo si sia trovata davanti a un bivio: declaratoria di incompatibilità o forzatura del diritto dell'Unione. *Tertium non datur*, non era possibile salvare il meccanismo di stabilità in totale armonia con il diritto europeo. Tra le due alternative, la Corte ha optato per il salvataggio del Mes, probabilmente non a torto, ma è opportuno astenersi da qualunque giudizio di valore. Sicuramente non sono state esclusivamente considerazioni di natura giuridica, quanto anche di natura politica ed economico-finanziaria, ad aver guidato la Corte nel suo ragionamento.

Partendo dunque dal risultato – compatibilità del Trattato Mes con il diritto dell'Unione – si deve procedere a ritroso, alla ricerca delle forzature interpretative e illustrando i profili problematici. Se infatti il salvataggio del meccanismo ha consentito all'eurozona di non implodere, almeno per il momento, sotto il peso del debito degli Stati, è vero anche che ciò non è avvenuto a costo zero, perché il diritto europeo ne è uscito violentato e indebolito, sicuramente in alcuni dei capisaldi della *governance* economica. Che cosa si deve dedurre da questa scelta della Corte? Sicuramente che essa ha ritenuto più pregiudizievole il fallimento del meccanismo di stabilità rispetto a una rilettura interpretativa, anche forzata, di alcune disposizioni dei Trattati.

Alla luce dunque di questa precisa «scelta di campo» di Lussemburgo, è opportuno analizzare puntualmente le criticità emerse dalla sentenza in commento.

Il punto di partenza, che poi va a coincidere con quello di arrivo, è, lo si è detto, conciliare Trattato Mes e diritto dell'Unione. Più precisamente, la Corte ha dovuto conciliare l'art. 136, par. 3, TfUE e il Trattato Mes che in esso si origina con la presente *governance* europea dell'economia. E questo attraverso tre passaggi distinti ma tra loro interconnessi: innanzitutto dimostrando che l'art. 136, par. 3, poteva essere incorporato nel Trattato tramite la procedura semplificata; secondariamente che il Mes non è incompatibile né con l'art. 122 né con l'art. 125 TfUE (forse è questo il punto più delicato); infine che era possibile ratificare il Trattato Mes prima dell'entrata in vigore della decisione n. 2011/199.

I primi due passaggi vengono saldati con il diritto europeo sulla base dell'idea che l'euro potrà sopravvivere poggiandosi non più esclusivamente sulla stabilità dei prezzi ma anche su una stabilità di tipo finanziario. Ora, dal *reasoning* della Corte emerge come questa idea fosse in realtà contenuta nelle disposizioni di diritto primario sin dalla nascita dell'unione monetaria. Ne consegue che l'art. 136, par. 3, avrebbe semplicemente esplicitato una possibilità, quella del ricorso all'assistenza finanziaria, che fino a quel momento era rimasta implicita. Ed è qui che il ragionamento della Corte inizia a evidenziare alcune debolezze, in quanto non è così facilmente dimostrabile che il possibile ricorso all'assistenza finanziaria fosse in realtà già contemplato dalla nascita

dell'unione monetaria. Ciò che invece pare incontrovertibile sin dalla nascita dell'unione monetaria è lo scollamento tra la politica monetaria – totalmente europeizzata – e quella economica – ancora di competenza degli Stati membri e solo coordinata a livello di Unione (10). È indubbio che una tale asimmetria è poco funzionale per un efficiente funzionamento sia del versante monetario che di quello finanziario, stante la stretta interconnessione – che ai Trattati pare sfuggire – tra politica economica e monetaria.

Alla luce di questa indubbiamente chiara separazione tra le due sfere che emerge dal TfUE, la Corte ha dunque dovuto lavorare a livello interpretativo, leggendo tra le righe delle disposizioni in questione alla ricerca di elementi a sostegno della propria tesi. Perché è proprio questa l'anomalia della pronuncia: la conclusione non è l'esito di un ragionamento consequenziale, ma è il ragionamento consequenziale a essere l'esito della conclusione. Si assiste quindi a una inversione dei poli che dà origine a quella che può essere definita una *petitio principii*.

La macro, problematica concerne, è pacifico, la scelta di istituire il meccanismo di stabilità al di fuori del quadro dell'Unione. Seppure la materia della politica economica non è ancora totalmente europeizzata, al contrario della politica monetaria, l'art. 5, par. 1, TfUE specifica la necessità che gli Stati membri coordinino le rispettive politiche economiche «nell'ambito dell'Unione». Perché dunque creare il Mes al di fuori del quadro giuridico dell'Unione? Perché manca una disposizione «autorizzatoria» nei Trattati oppure in ragione della *no bailout clause*?

Questi due profili si sono rivelati maggiormente problematici in questa opera di «conciliazione forzata». Relativamente all'art. 122, la domanda spontanea è perché non utilizzarlo come base giuridica per il meccanismo di stabilità, mentre relativamente all'art. 125 il problema riguarda *lato sensu* l'intera attività del Mes e la *no bailout clause*.

La prima domanda che ci si deve quindi porre riguarda la scelta di istituire un meccanismo che eroghi assistenza finanziaria al di fuori del quadro dell'Unione e di non procedere quindi dando attuazione all'art. 122, par. 2, TfUE.

L'art. 122, par. 2, sostiene la Corte, non può fungere da base giuridica del Mes, e questo perché esso dispone solo per un'assistenza finanziaria *ad hoc*, diversamente invece da quanto si prefigge il Mes. Questa puntualizzazione consente alla Corte di affermare che la decisione n. 2011/199 non incide sulla competenza dell'Unione in politica economica in modo da poter così sostenerne la validità rispetto alla scelta della procedura semplificata. L'art. 122, par. 2, parla, infatti, espressamente di «circostanze eccezionali» che renderebbero quindi l'assistenza offerta allo Stato membro in difficoltà non permanente. Il Mes, dal canto suo, è invece definito come un meccanismo permanente, seppure, stando all'art. 136, par. 3, soggetto a una «rigorosa condizionalità». Il ragionamento non è in realtà così lineare, in quanto questa linea argomentativa presenta una questione fondamentale che la Corte non apre nemmeno: l'effettiva quali-

(10) L'obiettivo dell'Unione in termini di politica monetaria è il mantenimento della stabilità dei prezzi, e a tal fine è necessario che gli Stati membri mantengano delle solide politiche di bilancio. Piuttosto esigue sono le competenze dell'Unione in politica economica e quindi di solidità di bilancio: art. 126, par. 1, TfUE che vieta i disavanzi di bilancio (quindi si fonda su una sorta di autolimitazione degli Stati membri) e artt. 123-125 TfUE (disciplina di mercato).

ficazione del Mes come meccanismo permanente. Il fatto che il Mes si qualifichi come tale non è di per sé né indicativo né sufficiente. Nel momento in cui la situazione di rischio cessa, deve contestualmente anche il Mes cessare la propria attività di sostegno? Se così fosse, come dovrebbe ritenersi dalla lettera *e* dell'art. 136, par. 3, TfUE, e dal Trattato Mes, è lecito parlare di meccanismo permanente? L'aggettivo permanente deve essere quindi legato al singolo intervento o all'esistenza del meccanismo stesso? E quindi, se l'attività del Mes deve cessare nel momento in cui la situazione dello Stato beneficiario muta, sfuma sensibilmente la distinzione rispetto all'assistenza finanziaria di cui all'art. 122, par. 2.

La Corte va dunque a creare la distinzione tra le due assistenze finanziarie su una base contenutistica. Seppure, infatti, la stabilità finanziaria è l'obiettivo comune – dell'Unione nel caso dell'art. 122, par. 2, e dell'eurozona nel caso del Mes –, la ragione per cui il Mes non si può fondare sull'art. 122, par. 2, non discende tanto dal contenuto di questo articolo, ma da quello dell'art. 136, par. 3. Il presupposto per l'erogazione dell'assistenza finanziaria non è il medesimo *ex* art. 122, par. 2, e art. 136, par. 3; le condizioni stabilite dall'art. 122, par. 2, sono infatti maggiormente rigide e vincolanti rispetto all'art. 136, par. 3. Nella prima disposizione il richiamo a «circostanze eccezionali» lascia intendere che queste stesse debbano cadere al di fuori del controllo dello Stato membro; nessuna menzione in questo senso da parte dell'art. 136, par. 3, in virtù del quale per divenire eleggibile a beneficiario è sufficiente essere una minaccia per la stabilità dell'eurozona. Ne consegue pertanto che, mentre *ex* art. 122, par. 2, lo Stato non deve essere responsabile della situazione eccezionale, nulla di analogo si dice nell'art. 136, par. 3. Seguendo questo ragionamento si deve concludere quindi che il Mes si attiva anche qualora la situazione che mette a rischio la stabilità dell'eurozona sia il risultato di politiche di bilancio non virtuose, e quindi di responsabilità dello Stato stesso.

Una implicazione fondamentale che discende da questo ragionamento emerge dal fatto che l'aver collocato il campo d'azione del Mes al di fuori dal quadro dell'Unione ha permesso di poter ricorrere alla procedura accelerata di revisione. Se così non fosse stato, infatti, si sarebbe dovuti passare tramite una Convenzione, con conseguente dilatazione dei tempi, a prescindere dalla situazione emergenziale contingente. Indubbiamente la procedura accelerata ha consentito di gestire in maniera immediata ed efficace una situazione di emergenza, ma c'è un'altra ricaduta che non deve essere trascurata. Istituire il Mes al di fuori dell'Unione implica, infatti, anche sottrarlo al controllo democratico. Controllo democratico che invece la procedura ordinaria avrebbe maggiormente garantito, prevedendo la partecipazione dei rappresentanti dei Parlamenti nazionali. Altra «sottrazione» che va evidenziata, e che la Corte liquida piuttosto sbrigativamente, è quella nei confronti della Carta di Nizza, e questo nonostante, e lo riconosce la stessa Corte, l'attività del Mes è destinata ad avere un non trascurabile impatto sui diritti economici e sociali dei cittadini protetti dalla Carta.

Su questo profilo inerente all'art. 122, par. 2, dunque, il ragionamento della Corte si fonda su un unico punto di partenza, e cioè che la stabilità finanziaria sia anche un obiettivo dell'Unione. La Corte non ritiene di dover soffermarsi su questa affermazione, ma è difficile concordare in maniera così netta. Non si può infatti trascurare come la stabilità finanziaria non sia mai menzionata tra gli obiettivi dell'Unione, al contra-

rio di quanto invece avviene per la stabilità dei prezzi. L'unico riferimento lo si può leggere all'art. 127, comma 5, ma è formulato in termini leggermente, ma sostanzialmente, differenti, in quanto individua in capo al Sebc il compito di vigilare, *inter alia*, anche sulla stabilità del sistema finanziario.

Forse anche più problematico si è rivelato il rapporto con l'art. 125. La Corte ha molto sofisticamente lavorato sulla interpretazione della *no bailout clause*, asserendo come essa non vieti l'assistenza finanziaria *tout court*. Si può dunque sostenere che la compatibilità o meno del meccanismo istituito sulla base dell'art. 136, par. 3, con l'art. 125 sia una questione di mera interpretazione. In effetti, è vero che molteplici interpretazioni sono possibili, e sono state date, della clausola ivi contenuta. Stando alla interpretazione letterale della disposizione si può affermare che la violazione del divieto si configura solo qualora gli Stati membri garantiscano gli impegni finanziari di un altro Stato membro o addirittura si assumano i suoi debiti. Una interpretazione di carattere più teleologico va invece a inserire il divieto nel più ampio quadro della *governance* economica europea, segnatamente artt. 123-126 TfUE; su questa base, qualsiasi tipo di assistenza finanziaria, sia essa *ex ante* oppure *ex post*, finirebbe per alterare il funzionamento del mercato, in assoluta contraddizione rispetto all'obiettivo *ex artt.* 123-126. L'ultima chiave interpretativa è invece definibile come evolutiva, in quanto «figlia» della crisi dei debiti sovrani, per cui, posto che l'art. 125 mira a incoraggiare gli Stati a politiche virtuose di bilancio e a evitare che l'Unione o gli Stati membri si assumano i debiti di un altro membro, esso è orientato anche al mantenimento della stabilità finanziaria e monetaria dell'Unione. La dicotomia insita nell'art. 125 sarebbe emersa solo all'indomani della crisi, quando cioè si è reso evidente che un'applicazione rigorosa dell'articolo – che si sarebbe tradotta in un non salvataggio della Grecia o di paesi in situazione analoga – avrebbe costituito una minaccia per la stabilità dell'eurozona. Ma essendo anche la stabilità dell'eurozona uno degli obiettivi dell'art. 125, ne consegue che l'assistenza finanziaria non è con esso incompatibile. Si è già rilevato come espressamente nei Trattati manchi il riferimento alla stabilità finanziaria dell'Unione monetaria tra gli obiettivi espressamente menzionati dell'Unione. E la Corte, se non aveva considerato questo punto relativamente all'art. 122, par. 2, affronta ora la questione, cosciente della maggiore difficoltà insita nel conciliare Mes e art. 125 rispetto a Mes e art. 122, par. 2. A sostegno della propria conclusione, la Corte si richiama ai lavori preparatori di Maastricht, dove però non si riesce a rintracciare una esatta corrispondenza terminologica, cosa che indebolisce il ragionamento della Corte. È inoltre indiscutibile come la nuova *governance* economica prefigurata dal Mes va ben oltre l'impianto originario nato a Maastricht.

Il richiamo della Corte a Maastricht non è stato operato meramente nell'ottica di dimostrare come non sussista alcuna violazione dell'art. 125, ma anche di salvare sia la decisione n. 2011/199 che il ricorso alla procedura semplificata.

L'unica vera certezza che emerge dall'analisi dei Trattati è la incompletezza della *governance* economica europea, che si sostanzia nella mancanza di un reale ed efficace meccanismo non solo di *crisis prevention* – quello attuale difficilmente può definirsi efficace –, ma soprattutto di *crisis resolution*. Né l'art. 122 né l'art. 125, e questo è un dato di fatto, offrono soluzioni in grado di risolvere una crisi così profonda in una unione monetaria così integrata anche dal punto di vista finanziario (anche se ancora non lo è formalmente).

L'ultimo passaggio, che concerne la ratifica del Trattato Mes e l'entrata in vigore della decisione n. 2011/199, non si rivela particolarmente problematico in sé se si accetta l'interpretazione della Corte per cui la decisione in realtà confermi una competenza già prevista nei Trattati.

Resta ancora un ultimo aspetto su cui porre la propria attenzione, vale a dire la competenza della Corte a giudicare sulle questioni pregiudiziali. Dubbi sono stati sollevati, infatti, da parte di alcuni Governi, in particolare relativamente alle prime due questioni. Se le esigenze di natura politica hanno giocato un ruolo se non decisivo quantomeno non trascurabile nella decisione, *a fortiori* valgono le medesime considerazioni anche relativamente alla competenza. Difficilmente la Corte avrebbe quindi potuto dichiararsi non competente a giudicare, ma qui le argomentazioni risultano in una minore forzatura del diritto dell'Unione. Relativamente alla prima questione, la Corte non è vincolata da alcun precedente, e conseguentemente risulta piuttosto convincente nell'affermare come in realtà l'oggetto dello scrutinio non è tanto una disposizione di diritto primario (l'art. 136, par. 3) quanto un atto del Consiglio. Certo, *pro futuro* la Corte si troverà a dover rispettare questa linea interpretativa relativamente all'utilizzo della procedura semplificata. Anche con la seconda questione la Corte opera uno spostamento di prospettiva. Il fatto che l'Unione in quanto tale non sia parte contraente del Mes non è così rilevante, afferma la Corte, perché l'oggetto dello scrutinio non sono le disposizioni del Trattato Mes ma quelle di diritto primario. Inoltre, anche l'essere i contraenti tutti membri dell'Unione la cui moneta è l'euro rafforza l'orientamento della Corte a sostegno della propria competenza.

5. — *Considerazioni conclusive sulle prospettive evolutive dell'Unione* — Quali conclusioni si devono dunque trarre dall'adozione del Trattato Mes e dalla serie di pronunce che lo hanno coinvolto, non ultima quella in calce, per il futuro dell'eurozona e, più in generale, dell'Unione europea?

Sicuramente gli ultimi due anni ci hanno consegnato una Unione europea profondamente differente rispetto a quella emersa da Lisbona solo quattro anni fa (11). La devastante crisi economica che dal maggio 2010 si è abbattuta sull'eurozona si è quasi immediatamente tramutata anche in una crisi istituzionale, che ha reso evidente le zone d'ombra che hanno caratterizzato l'Unione sin dalla sua formazione e ha innescato nuove dinamiche a livello politico e istituzionale che ancora non hanno trovato un punto di equilibrio. L'asimmetria tra la politica economica e quella monetaria non sembra più poter esistere in un momento in cui una ancora più stretta integrazione delle economie dei paesi membri pare essere l'unico modo per far sopravvivere Stati e Unione alla crisi. Partendo da questa consapevolezza, l'Unione ha intrapreso una serie di misure, prevalentemente di carattere economico, che rappresentano però solo una prima tappa da inserirsi in un più ampio quadro generale di riforma. Trattato Mes e *Fiscal compact* stanno ridando forma al mercato finanziario e alla politica fiscale degli Stati, ma resta ancora da verificare l'effettivo impatto che essi avranno sul superamento della crisi. Non può, infatti, sfuggire, relativamente al Mes, come la disponibilità li-

(11) V. G. Amato, R. Gualtieri (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Passigli, Firenze, 2013. In particolare, si rimanda ai contributi contenuti nella prima parte del volume.

mitata di risorse a disposizione (cfr. la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 12 settembre 2012) e l'impossibilità di introdurre un meccanismo di leva per potersi finanziare rischiano di menomarne l'efficacia. A prescindere, però, nel lungo periodo interventi più incisivi si rivelano indispensabili, poiché l'euro potrà sopravvivere poggiandosi non più esclusivamente sulla stabilità dei prezzi ma anche su una stabilità di tipo finanziario, fiscale e bancario. Le due linee su cui l'Unione ha già iniziato a muoversi riguardano appunto il bilancio europeo e il nuovo ruolo per la BCE. Relativamente al primo punto, la predisposizione di un bilancio proprio della zona euro – cui è da associarsi una capacità fiscale propria dell'Unione – è fondamentale ai fini della realizzazione di una unione, oltre che monetaria, anche economica. Certo, la strada è in salita; seppure vi sia concordia sulla necessità della sua adozione, altrettanto non si può dire né a livello contenutistico, dove si scontrano differenti proposte né circa la sua collocazione (nel bilancio dell'Unione oppure fondo di natura intergovernativa) né a livello di funzioni (da utilizzarsi per premiare i paesi dediti a riforme strutturali, visione tedesca, ovvero per assorbire *shock* asimmetrici, visione francese). Interventi strutturali anche a livello bancario si rivelano indispensabili. Sicuramente l'accordo Ecofin del dicembre 2012 sul meccanismo unico di vigilanza delle istituzioni creditizie è il primo tassello verso l'unione bancaria.

Queste considerazioni che auspicano uno *step* ulteriore di integrazione – a livello di politiche economiche e di unione bancaria e di bilancio – portano direttamente a un'altra zona grigia tipicamente europea: la questione del *deficit* democratico. Può una integrazione economica effettivamente realizzarsi senza una integrazione altrettanto forte sotto il profilo politico e democratico? E ancora, *a fortiori*, non dovrebbe l'Unione ripensare all'equilibrio di rapporti tra le sue istituzioni coinvolgendo finalmente in maniera attiva il Parlamento nel processo decisionale?

A ben vedere è alquanto curioso che ci si trovi a invocare un nuovo ruolo per il Parlamento europeo – tuttora al margine del processo decisionale – proprio nel momento in cui i suoi omologhi nazionali sembrano essere ulteriormente spogliati della propria sovranità finanziaria e di bilancio sia dal Mes che dal *Fiscal compact*. Forse è proprio alla luce di quest'ultima considerazione, cioè del progressivo trasferimento di competenze che prima erano di competenza nazionali verso un livello sovranazionale, che si rivela ancora più pressante la necessità di ripensare agli equilibri istituzionali nella forma di governo dell'Unione. Nella materia economico-finanziaria e di bilancio, più che in altre, l'inscindibile connessione tra responsabilità decisionale e principio democratico esige un centro di responsabilità che sia espressione del principio democratico. Al fine di mantenere e garantire questo nesso, al progressivo indebolimento della dimensione parlamentare nazionale deve corrispondere un rafforzamento di quella europea.

Il presupposto di urgenza e necessità che ha portato all'adozione del Trattato Mes e alla scelta della procedura accelerata di revisione così come la pronuncia della Corte nella sentenza *Pringle* qui commentata non sono stati sufficienti a fugare i dubbi sulla effettiva compatibilità del meccanismo rispetto al diritto europeo. Per quanto il fine sia condivisibile, altrettanto non si può dire dei mezzi. Si può salvare l'Unione applicandone il diritto in maniera selettiva e piegandolo alla necessità contingente? Certamente il Trattato Mes può essere interpretato come una tappa intermedia verso un'Unione più solidale e che si poggierà non più solo su una stabilità monetaria e fi-

nanziaria, ma anche politica. Resta però il fatto che una volta forzato il diritto europeo si è creato un precedente. E se è stata la Corte stessa ad avallare questa forzatura, chi potrà effettivamente evitare che succeda nuovamente? Non si mina così l'Unione dall'interno?

Per concludere, si può certamente affermare che la sentenza *Pringle*, nel bene e nel male, ha rappresentato un punto di svolta per il diritto dell'Unione. La sfida che si prospetta dinnanzi all'Unione sarà ripensare la propria forma di governo e procedere contestualmente sulla strada di una più forte integrazione – anche a livello politico – ma senza sacrificare né il principio democratico né quello solidaristico. Certo, per quanto questo sembri concretamente l'unico futuro possibile per l'Unione, permangono però dubbi sulla sua effettiva realizzabilità. Le resistenze britanniche al *Fiscal compact*, che ha costretto a scegliere un trattato intergovernativo, sono espressione di resistenze tutt'altro che latenti a ulteriori forme di integrazione. Certo, anche con questa consapevolezza, si rivela indispensabile ripensare a come procedere in questa direzione; sicuramente l'intergovernativismo ha ormai evidenziato tutti i suoi limiti e dovrebbe lasciare il posto a una forma federale, maggiormente idonea al raggiungimento dell'integrazione finanziaria e politica. Starà all'Unione dimostrarsi pronta ad accettare la nuova sfida.

Elisa Bertolini

*Assistant Professor di Diritto pubblico comparato
presso il dipartimento di Studi giuridici «A. Sraffa»
dell'Università commerciale «L. Bocconi»*

I

CASSAZIONE, 17 gennaio 2013, n. 1148, Sez. lav. – Pres. De Renzis, Est. Curzio – Poste Italiane Spa (avv. Trifirò) c. C.F. (avv. De Donno).
Conf. Corte d’Appello Milano 17 dicembre 2009

Lavoro temporaneo tramite agenzia – Instaurazione del contratto tra lavoratore e utilizzatore interponente – Illegittimità del contratto di fornitura – Conversione del rapporto a termine in lavoro a tempo indeterminato – Indennità ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, come autenticamente interpretato dall’art. 1, comma 13, legge n. 92/2012.

In tema di lavoro interinale, la legittimità del contratto di fornitura costituisce il presupposto per la stipulazione di un legittimo contratto per prestazioni di lavoro temporaneo. Ne consegue che l’illegittimità del contratto di fornitura comporta le conseguenze previste dalla legge sul divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e, quindi, l’instaurazione del rapporto di lavoro con il fruitore della prestazione, cioè con il datore di lavoro effettivo; inoltre, alla conversione soggettiva del rapporto si aggiunge la conversione dello stesso da lavoro a tempo determinato in lavoro a tempo indeterminato, per intrinseca carenza dei requisiti richiesti dal d.lgs. n. 368/2001 ai fini della legittimità del lavoro a tempo determinato tra l’utilizzatore e il lavoratore. In virtù di tale conversione, l’indennità prevista dall’art. 32 della legge n. 183/2010, nel significato chiarito dal comma 13 dell’art. 1 della legge n. 92/2012, trova applicazione anche al lavoro temporaneo, con riferimento quindi a qualsiasi ipotesi di ricostituzione del rapporto di lavoro avente in origine termine illegittimo, e si applica anche nel caso di condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa dell’illegittimità di un contratto per prestazioni di lavoro temporaneo a tempo determinato, ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. a, della legge n. 196/1997, convertito in contratto a tempo indeterminato tra lavoratore e utilizzatore della prestazione. (1)

II

CORTE D’APPELLO ROMA, 5 marzo 2013, n. 2142 – Pres. ed Est. Cannella – M.S. (avv. Serio) c. Poste Italiane Spa (avv. Maresca).

Somministrazione di lavoro – Causali – Eccessiva genericità – Costituzione del rapporto tra lavoratore e utilizzatore interponente

a tempo indeterminato – Indennità ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Non si applica.

In tema di lavoro somministrato va dichiarata l'illegittimità del contratto di lavoro intercorso tra la società utilizzatrice e il lavoratore per incoerenza della causale contrattuale ai sensi dell'art. 20, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003 rispetto alla mansione effettivamente svolta dal lavoratore e dichiarata la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra le medesime parti, dall'inizio della somministrazione irregolare. (2)

III

TRIBUNALE ROMA, 21 febbraio 2013 – Est. Armone – Poste Italiane Spa (avv. Lipani) c. F.G. (avv. Rizzo).

Somministrazione di lavoro – Irregolarità della somministrazione per generica indicazione della causale – Risoluzione per mutuo consenso – Costituzione del rapporto tra lavoratore e utilizzatore interponente a tempo indeterminato – Indennità prevista dall'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Non si applica.

In tema di lavoro somministrato va dichiarata la nullità del contratto di lavoro intercorso tra la società utilizzatrice e il lavoratore in quanto l'indicazione della causale, pur generica, non può tuttavia ridursi a semplice formula di stile, meramente riproduttiva della norma di legge o della clausola pattizia. A seguito di tale annullamento deve essere costituito, ai sensi dell'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003, un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra lavoratore e società utilizzatrice, dall'inizio della somministrazione irregolare con risarcimento del danno dalla data dell'offerta della prestazione lavorativa fino alla data della sentenza, non potendosi ritenere applicabile quanto previsto dal comma 5 dell'art. 32 della legge n. 183/2010. (3)

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

(1-3) QUESTIONI INTERPRETATIVE SULL'APPLICABILITÀ DELL'INDENNITÀ
EX ART. 32, COMMA 5, DEL COLLEGATO LAVORO
AL LAVORO TEMPORANEO E ALLA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. — 2. La tesi della Cassazione n. 1148/2013: l'illegittimità del contratto per genericità della causale nel lavoro temporaneo genera la conversione del rapporto preesistente con conseguente applicazione dell'indennizzo previsto dal Collegato lavoro. — 3. *Segue*: Conversione del rapporto preesistente o costituzione di un nuovo rapporto? Giurisprudenza a confronto sull'applicabilità dell'indennizzo ex art. 32, comma 5, legge n. 183 del 2010, al lavoro temporaneo e alla somministrazione di lavoro a termine. — 4. *Segue*: La novazione soggettiva e oggettiva del contratto di lavoro temporaneo (o di somministrazione di lavoro) che comporta la costituzione del rapporto a tempo indeterminato con l'utilizzatore. — 5. Rilevi conclusivi: inapplicabilità dell'indennizzo ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, alle fattispecie del lavoro temporaneo e della somministrazione di lavoro a tempo determinato anche alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia europea dell'11 aprile 2013.

1. — *Considerazioni preliminari* — Le sentenze in commento offrono lo spunto per un primo bilancio dopo la sentenza della Cassazione del 17 gennaio 2013, oggetto di nota, che ha suscitato una *querelle* nella giurisprudenza di merito in ordine all'applicabilità o meno dell'indennizzo ex art. 32, comma 5, legge n. 183 del 2010. E, infatti, con indirizzo prevalente, la giurisprudenza sia di Tribunale che di Corte d'Appello si era già espressa a favore della tesi secondo cui, in caso di rapporti di lavoro instaurati con contratti di lavoro temporaneo o di somministrazione di lavoro a termine, considerati irregolari o illegittimi, si dovesse applicare il risarcimento del danno di diritto comune, e non il solo indennizzo previsto dal cosiddetto Collegato lavoro. Sul punto, l'esegesi giurisprudenziale si era attestata su due argomentazioni di ordine sistematico: da una parte, sull'interpretazione letterale del dato normativo, ritenendo, infatti, che il comma 5 dell'art. 32 si riferisse solo al contratto a tempo determinato e, stante la natura eccezionale della norma, non fossero consentite interpretazioni estensive né, tanto meno, analogiche; dall'altra, che la norma riguardasse i soli casi di conversione del contratto a tempo determinato e non le diverse fattispecie del lavoro interinale e della somministrazione, ove la sanzione prevista è la costituzione di un nuovo rapporto e non la conversione di un rapporto già esistente.

In questa ultima ipotesi, secondo il consolidato indirizzo della giurisprudenza, il rapporto di lavoro a tempo indeterminato veniva a instaurarsi *ex novo*, senza alcuna conversione, nei confronti di soggetto inizialmente estraneo al negozio giuridico, ciò determinando *tout court* l'inapplicabilità dell'indennizzo stabilito dal Collegato lavoro (1).

(1) Tra le prime sentenze su tale questione: Trib. Milano, 2 dicembre 2010 – Est. Visonà –, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, p. 1041, in cui si prevede che, in caso di contratto di lavoro somministrato a termine illegittimo, quanto alle conseguenze economiche, non è possibile applicare l'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, poiché l'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003 prevede la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro, mentre l'art. 32, comma 5, legge n. 183, si applica

La recente sentenza della Suprema Corte n. 1148 del 2013 ha stravolto completamente tale orientamento ermeneutico mediante un'interpretazione analogica estensiva secondo cui le modalità di indennizzo stabilite dall'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, devono applicarsi anche ai contratti di lavoro temporaneo. Nella presente nota si proverà a delineare un primo resoconto di quale sia stato «l'impatto» di tale decisione sulla giurisprudenza di merito, per comprendere in quali termini quest'ultima abbia recepito tale nuova impostazione dei giudici di legittimità o, invece, abbia ritenuto più opportuno dare continuità all'indirizzo interpretativo già seguito in precedenza.

2. — *La tesi della Cassazione n. 1148/2013: l'illegittimità del contratto per genericità della causale nel lavoro temporaneo genera la conversione del rapporto preesistente con conseguente applicazione dell'indennizzo previsto dal Collegato lavoro* — La sentenza della Corte di Cassazione del 17 gennaio 2013, n. 1148, offre diversi spunti di riflessione circa l'interpretazione che i giudici di legittimità danno in ordine alla modalità con cui deve avvenire la trasformazione del rapporto di lavoro temporaneo dichiarato irregolare e, in particolare, circa l'applicabilità delle modalità di indennizzo stabilite dal comma 5 dell'art. 32 del Collegato lavoro.

La vicenda oggetto di tale decisione s'incentra sull'utilizzo di un lavoratore interinale in cui, sia in primo che in secondo grado, era stata accertata l'illegittimità del contratto di lavoro temporaneo per genericità della causale e, conseguentemente, stabilita la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato direttamente tra il lavoratore e l'impresa utilizzatrice.

La Cassazione, dopo aver ribadito il principio della illegittimità del rapporto temporaneo per la genericità della causale indicata nel contratto di fornitura – orientamento questo ormai da ritenersi consolidato in quanto già confermato in altre precedenti decisioni della Suprema Corte (2) – ha ritenuto, tuttavia, applicabile al lavoro

alla conversione del contratto a termine. Per l'effetto al lavoratore spettano le retribuzioni maturate dal giorno della costituzione del nuovo rapporto fino al ripristino del rapporto. In senso conforme, *ex plurimis*, Trib. Roma 31 gennaio 2011, n. 1426 – Est. Calvosa. Dello stesso tenore, si vedano anche: Trib. Roma 17 febbraio 2011, n. 3040 – Est. Baroncini –; Trib. Roma, nn. 7776 e 7780 del 20 aprile 2011 – Est. Casari –; Trib. Roma 13 gennaio 2011, n. 344 – Est. Pagliarini –; Trib. Roma 24 maggio 2011, n. 10217 – Est. Ambrosi –; Trib. Napoli 8 febbraio 2011 – Est. Coppola –, tutte inedite, a quanto consta.

(2) Sul punto si rinvia a Cass. 5 luglio 2011, n. 14715, in q. *Riv.*, 2012, I, p. 78, con nota di M. Salvagni, *La questione della genericità della causale nei rapporti di lavoro temporaneo e di somministrazione: discipline a confronto nella interpretazione della Cassazione*. Sempre sulla questione della genericità della causale del lavoro temporaneo, si vedano anche le decisioni di Corte di Cassazione nn. 3037 e 3038 del 28 febbraio 2012, inedite, a quanto consta, ove si afferma che in base a quanto disposto dall'art. 3, comma 3, lett. a, della legge n. 196 del 1997 «i motivi del ricorso alla assunzione di un lavoratore con contratto di lavoro temporaneo devono essere specificati» osservando in merito che «tale obbligatoria indicazione non può risolversi nel richiamo ai casi di cui è possibile la stipulazione del contratto di fornitura che sta a monte del contratto di prestazioni di lavoro temporaneo, perché altrimenti il legislatore non avrebbe richiesto la specificazione dei motivi in sede di contratto tra impresa fornitrice e lavoratore». Per una più completa analisi sulla questione si veda anche Corte d'Appello Torino 20 gennaio 2010, in q. *Riv.*, 2010, p. 682, con nota di M. Salvagni, *La natura ontologicamente causale del contratto di lavoro temporaneo*.

temporaneo a termine le disposizioni di cui all'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, sostenendo che la disciplina della trasformazione del rapporto contenuta nel lavoro temporaneo in caso di specifiche violazioni di legge fosse assimilabile a quella della conversione del contratto di lavoro a termine.

Per comprendere meglio il passaggio logico della Cassazione, occorre far riferimento a quell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, nella valutazione delle motivazioni che determinano l'irregolarità o l'illegittimità di un rapporto di lavoro temporaneo a tempo determinato (3) o di una somministrazione a termine, si deve necessariamente tener conto della disciplina generale del contratto a termine *ex d.lgs. n. 368/01*, con conseguente applicazione analogica di alcuni principi di ordine generale, quali, ad esempio, la temporaneità delle ragioni poste alla base del rapporto e la necessaria specificazione della causale del contratto. Al fine di tale collegamento funzionale, l'orientamento giurisprudenziale sul punto ha sempre fatto riferimento all'articolo 22, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, il quale stabilisce infatti che «in caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile». In concreto, proprio in base a tale disposizione, la giurisprudenza ha più volte ritenuto che vi fosse una sorta di sovrapposibilità della disciplina del contratto a termine all'istituto della somministrazione a termine.

L'interpretazione che la Suprema Corte dà dell'art. 32, comma 5, appare proprio fondarsi su questo collegamento funzionale, di tipo analogico, con riferimento a tutte quelle discipline che, in senso ampio, si considerano «a termine», e, pertanto, si verifica il fenomeno della conversione in senso lato. E infatti la Cassazione, menzionando sul punto le proprie prerogative nomofilattiche, ha sostenuto che la disciplina prevista dal comma 5 dell'art. 32, secondo cui, «nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità omnicomprensiva...», debba «estendersi» anche al contratto per prestazioni di lavoro temporaneo previsto dall'art. 3, comma 1, lett. *a*, della legge n. 196/1997. E ciò sulla base di diversi motivi, come di seguito esposti.

In merito, i giudici di legittimità hanno affermato che il testo del comma 5 dell'art. 32 – quale formulazione unitaria, indistinta e generale – può ritenersi applicabile al lavoro temporaneo di cui alla legge n. 196/1997 purché a tempo determinato e, quindi, rientrante nei «casi» previsti dal richiamato comma 5. Come noto, infatti, secondo quanto stabilito dall'art. 1, comma 1, della legge n. 196 del 1997, il contratto di lavoro temporaneo è «il contratto con il quale l'impresa fornitrice assume il lavoratore: a) a tempo determinato corrispondente alla durata della prestazione lavorativa presso l'impresa utilizzatrice; b) a tempo indeterminato». Secondo la Cassazione, nel caso in cui ci si trovi di fronte a un contratto temporaneo a tempo determinato, questo può rientrare tra quelli previsti dalla disciplina di cui all'art. 32, comma 5, del

(3) Sul punto, occorre tuttavia precisare che, dall'analisi della giurisprudenza sul lavoro in itinere, non vi è un richiamo diretto delle norme sul contratto a termine, ciò anche in ragione della mancanza di uno specifico collegamento, o, comunque, riferimento normativo (invece esistente nel d.lgs. n. 276/03 in tema di somministrazione di lavoro a termine), da cui possa farsi discendere un'applicazione analogica della disciplina del contratto a tempo determinato al lavoro temporaneo *ex legge n. 196/97*.

Collegato lavoro, riferendosi tale norma genericamente ai casi di «contratto a tempo determinato».

Osserva, inoltre, la Corte che, in materia di contratto a tempo determinato, si verifica la «conversione» del rapporto dichiarato nullo nella sola parte che appone la clausola del termine, secondo il meccanismo descritto dall'art. 1419, comma 2, del codice civile che stabilisce: «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative». La legge impone, infatti, la nullità dell'intero contratto fintanto che la norma stessa non disponga diversamente; le clausole nulle, pertanto, sono sostituite *ope legis* dalla norma imperativa.

I giudici di legittimità, quindi, sempre a sostegno della tesi della conversione, hanno asserito che la legge n. 196/1997 già statuisce, in materia di contratto di lavoro temporaneo, all'art. 10, alcune previsioni di sostituzione automatica delle clausole contrattuali dichiarate nulle (ad esempio, avuto riguardo all'apposizione del termine piuttosto che alla forma scritta del contratto), consentendo, pertanto, la «conversione» di un contratto di lavoro temporaneo in un contratto valido. Riassumendo, la Corte di Cassazione, pur riconoscendo che la legge n. 196/1997 stabilisce, in caso di specifiche violazioni di legge, che il lavoratore «si considera» assunto a tempo indeterminato dall'impresa utilizzatrice, ha ritenuto, tuttavia, che tale concetto sia sussumibile a quello della conversione e non a quello della costituzione di un nuovo rapporto. La Cassazione ha concluso il proprio ragionamento decisivo affermando che, stante «l'ampiezza della formula utilizzata dal legislatore» nell'art. 32, è irrilevante che la conversione del contratto a tempo indeterminato sia preceduta «da una conversione soggettiva del rapporto»; e infatti, a parere dei giudici di legittimità, nell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 «l'espressione "casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato", senza ulteriori precisazioni, non esclude, in conclusione, che il fenomeno di conversione possa avvenire nei confronti dell'utilizzatore effettivo della prestazione, né che possa essere l'effetto sanzionatorio di un vizio concernente il contratto di fornitura».

Il nodo centrale della questione, in sintesi, consiste proprio nella qualificazione in termini di conversione di un fenomeno che, in realtà, l'esegesi giurisprudenziale ha ritenuto, almeno sino alla sentenza che si annota, di natura costitutiva.

3. — Segue: *Conversione del rapporto preesistente o costituzione di un nuovo rapporto? Giurisprudenza a confronto sull'applicabilità dell'indennizzo ex art. 32, comma 5, legge n. 183 del 2010, al lavoro temporaneo e alla somministrazione di lavoro a termine* — La tesi della Cassazione sin qui esposta ha creato immediatamente una vera e propria disputa giurisprudenziale sulla opportunità o meno di estendere l'indennizzo ex art. 32, comma 5, legge n. 183 del 2010, anche alle diverse fattispecie del lavoro interinale e della somministrazione di lavoro a termine.

Nella presente annotazione si darà conto di quell'orientamento di merito che ha ritenuto di discostarsi dalle motivazioni ermeneutiche della Corte di Cassazione, ritenendole non condivisibili sotto diversi profili, che di seguito vengono analizzati.

L'interpretazione della Suprema Corte è stata, infatti, disattesa sia dalla Corte d'Appello di Roma, con la recente pronuncia n. 2142 del 5 marzo 2013, sia dal Tribunale di Roma, nella sentenza del 21 febbraio 2013, entrambe oggetto di com-

mento. Tali sentenze offrono valide argomentazioni per una lettura critica della sentenza n. 1148 del 2013 della Cassazione al fine di comprendere se, e fino a che punto, sia possibile – in caso di rapporto di lavoro temporaneo a tempo determinato (o, per analogia, di lavoro somministrato a termine) ritenuto irregolare o illegittimo – consentire la conversione di tale contratto o se, forse più appropriatamente, sia necessario parlare di costituzione di un nuovo rapporto di lavoro tra lavoratore e società utilizzatrice.

Sin da subito occorre evidenziare che tali pronunce non sono isolate e, per quanto consta (anche in virtù del breve lasso di tempo intercorso tra la sentenza di Cassazione del 17 gennaio 2013 e la redazione della presente nota), sono condivise da altre sentenze di merito sulle quali, per ovvie esigenze di spazio, non si potrà prendere posizione nel presente commento (4).

In entrambe le decisioni, sia il Tribunale sia la Corte d'Appello di Roma hanno ritenuto configurabile non già la conversione di un rapporto esistente, bensì la costituzione di un rapporto *ex novo*, *ex tunc*, tra la società utilizzatrice e il lavoratore somministrato e, quindi, non applicabile il disposto di cui al comma 5 dell'art. 32.

Entrando nel merito di tali sentenze, occorre evidenziare che la decisione del Tribunale di Roma, che si commenta, si riferisce a due contratti di somministrazione a termine ove il secondo è stato dichiarato nullo dal giudice di prime cure nella parte relativa alla causale, ritenuta eccessivamente generica e meramente riprodotiva del testo di legge. Il giudice ha stabilito, come conseguenza della violazione, che il contratto deve ritenersi costituito *ex tunc*, a tempo indeterminato, tra la lavoratrice e l'impresa utilizzatrice. In questo caso, il Tribunale ha ritenuto non applicabile l'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, in quanto «l'irregolarità che determina la conversione attiene non già a un contratto di lavoro a tempo determinato, ma a un contratto commerciale intercorso tra la società utilizzatrice e la società di somministrazione», riguardando, di converso, l'art. 32 esclusivamente i contratti di lavoro a tempo determinato. Il giudice ha, così, fatto proprio quell'orientamento giurisprudenziale, sopra richiamato, secondo il quale, essendo il comma 5 dell'art. 32 un'eccezione rispetto al principio generale dell'integrità del risarcimento del danno, lo stesso non può essere applicato in via analogica.

Dello stesso tenore anche la citata sentenza della Corte d'Appello di Roma, emessa al termine di un giudizio volto a ottenere, da parte del lavoratore ricorrente, la riforma della sentenza di primo grado con cui il Tribunale di Roma aveva respinto il ricorso diretto alla dichiarazione di nullità del rapporto di lavoro somministrato. La Corte d'Appello ha riconosciuto l'illegittimità del contratto di lavoro somministrato a termine, stabilendo la conseguente instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato, a tempo indeterminato, con la società utilizzatrice. I giudici romani, quindi, hanno disatteso i principi espressi dalla Cassazione in commento, in tema di applicabili-

(4) Si segnalano le seguenti sentenze di merito, inedite, a quanto consta, ove i giudici hanno ritenuto di discostarsi dai principi espressi dalla Corte di Cassazione nella decisione del 17 gennaio 2013, statuendo la non applicazione dell'indennizzo *ex art.* 32, comma 5, legge n. 183/2010, al lavoro temporaneo e alla somministrazione: Corte d'Appello Roma 2 marzo 2013, n. 1126 – Est. Cannella –; Corte d'Appello Roma 21 marzo 2013, n. 1174 – Est. Zaccardi –, e, infine, Tribunale di Roma 6 febbraio 2013, n. 2087 – Est. Cerroni.

tà dell'indennizzo *ex art. 32*, comma 5, legge n. 183 del 2010, sulla base delle seguenti considerazioni.

Secondo la Corte d'Appello romana, tale applicabilità va disattesa proprio in relazione al tenore letterale dell'art. 32, che, difatti, non ricomprende tra i casi di conversione quelli riferiti al contratto di lavoro temporaneo o alla somministrazione, evidenziando sul punto che, ove il legislatore abbia ritenuto opportuno ricomprendere tali rapporti, diversi dal contratto a tempo determinato, lo ha fatto espressamente (5). Da ciò consegue l'impossibilità di qualsiasi meccanismo di interpretazione estensiva, anche in ragione della diversità dell'istituto del contratto a termine rispetto a quello della somministrazione.

Nell'esposizione del proprio ragionamento *a contrario* rispetto a quello esposto dalla Cassazione, i giudici capitolini hanno ritenuto, inoltre, che il legislatore, nella formulazione del comma 5, dell'art. 32, non abbia «dimenticato» di inserire l'elencazione dei casi per cui è prevista l'applicazione dell'istituto della conversione (sottintendendo, con tale omissione, la generalità dei casi come affermato dai giudici di legittimità), ma che, in realtà, lo stesso abbia voluto che le regole sulla conversione del contratto fossero applicate soltanto ai contratti a tempo determinato in senso stretto (6).

Affermano ancora i giudici di secondo grado, a confutazione della impostazione interpretativa della summenzionata sentenza di Cassazione, che a «differenza della fattispecie prevista dal comma 5 della legge n. 183/10, nella somministrazione irregolare non si è in presenza di un contratto a tempo determinato che si converte in contratto a tempo indeterminato tra le stesse parti, ma di una diversa configurazione giu-

(5) Come, ad esempio, in tema di applicazione del termine decadenziale di impugnazione della cessazione del contratto, l'art. 32, comma 4, lett. *d*, cita espressamente «l'ipotesi prevista dall'art. 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276».

(6) In merito, occorre evidenziare che tale soluzione interpretativa aveva trovato conferma anche in altri precedenti della Corte d'Appello, tra cui si segnala, per la completezza espositiva del ragionamento adottato, la sentenza della Corte d'Appello di Bologna, a quanto consta non pubblicata, che, con sentenza del 26 luglio 2011, aveva affermato con chiarezza di ritenere «condivisibile e convincente quella opinione dottrinale e giurisprudenziale (v., ad esempio, Corte d'Appello Torino, Sez. lav., n. 569 del 2010; Trib. Napoli 5 febbraio 2011), secondo la quale esistono varie ragioni per escludere la applicazione di quanto previsto dal prec. art. 32 in presenza di un contenzioso in cui viene dedotta la illegittimità del contratto di somministrazione e che possono così riassumersi: la legge n. 183 del 2010, quando ha inteso riferirsi alla fattispecie del contratto di somministrazione, lo ha fatto espressamente, v. art. 32, comma 4, lettera *d*, a differenza di quanto previsto nella norma in esame; nella fattispecie del contratto di somministrazione con la proposizione di una azione volta a fare affermare la avvenuta instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato direttamente in capo all'utilizzatore non si intasura direttamente alcun rapporto di lavoro a tempo determinato tra tale utilizzatore e il prestatore di lavoro in quanto il contratto di lavoro subordinato (a termine o a tempo indeterminato) viene dal prestatore di lavoro direttamente concluso con il diverso oggetto rappresentato dalla impresa di somministrazione», concludendo poi sul punto che le conseguenze giuridiche della somministrazione irregolare sono disciplinate direttamente dall'art. 27 del d.lgs. n. 276 del 2003 e, pertanto, «non sembrano sussumibili nella figura della cd. conversione del contratto di lavoro a tempo determinato in contratti di lavoro a tempo indeterminato nel caso di accertata illegittimità (per vizi formali o sostanziali) di tale contratto». In senso conforme, si veda anche la decisione della Corte d'Appello Torino n. 126 del 2 marzo 2011, inedita.

ridica, rappresentata dalla costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore, cioè del soggetto con il quale il prestatore non ha stipulato formalmente alcunché», citando, a sostegno della propria tesi, alcuni precedenti della Cassazione, tra cui la sentenza n. 6933 del 2012, che aveva espresso il concetto di «costituzione» del rapporto anziché quello di conversione, nonché la sentenza n. 15610 del 2011, che si era pronunciata in termini di «instaurazione» di un rapporto di lavoro con l'utilizzatore.

Infine, secondo la Corte d'Appello di Roma, non appare convincente neppure il richiamo della Cassazione n. 1148/2013 all'articolo 1, comma 13, della legge n. 92 del 2012, ove il legislatore ha stabilito che l'indennizzo *ex art. 32* del Collegato lavoro, nel coprire integralmente i pregiudizi subiti dal lavoratore, comprensivi di tutte le mensilità di retribuzioni omesse sino alla pronuncia della sentenza, qualifica quest'ultima come «il provvedimento che abbia ordinato la ricostituzione del rapporto». A parere dei giudici di merito, il termine «ricostituzione», che nella rappresentazione ermeneutica della Suprema Corte avvalorerebbe «probabilmente» il concetto di conversione, non è condivisibile nell'accezione offerta dalla Cassazione, poiché «il prefisso “ri”, anteposto al sostantivo “costituzione”, però, parrebbe denunciare semmai che il legislatore abbia inteso riferire, anche nella norma interpretativa, l'art. 32, comma 5, ai soli casi in cui un rapporto, tra le stesse parti, fosse già in corso».

4. — Segue: *La novazione soggettiva e oggettiva del contratto di lavoro temporaneo (o di somministrazione di lavoro) che comporta la costituzione del rapporto a tempo indeterminato con l'utilizzatore* — Le soluzioni interpretative enunciate dalla Cassazione, da un lato, e dalla Corte d'Appello e dal Tribunale, dall'altro, devono essere necessariamente lette alla luce di alcuni principi di diritto. Come sopra ricordato, l'art. 1419 cod. civ., comma 2, stabilisce, quale meccanismo di sanabilità del contratto, la conversione dello stesso attraverso la sostituzione automatica delle clausole contrattuali nulle nel caso in cui esistano norme imperative volte a regolamentare quell'aspetto del contratto inficiato da nullità; e ancora, l'art. 1424 cod. civ., in tema di conversione del contratto nullo, stabilisce che il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità.

Ciò premesso, occorre verificare se, nel caso di dichiarazione di irregolarità o illegittimità del rapporto di lavoro temporaneo o di somministrazione a termine (o ancora di nullità di una delle clausole del contratto di fornitura o somministrazione), ci troviamo di fronte alla conversione del contratto nullo o, invece, dinanzi alla costituzione di un nuovo rapporto giuridico.

Per poter rispondere a tale quesito, è necessario tenere bene a mente la distinzione tra conversione del negozio nullo e novazione, sia essa oggettiva o soggettiva, di un negozio giuridico invalido; quest'ultima – come noto – si ha con la formazione di un nuovo negozio, per quanto possibile identico al precedente, ma senza il vizio che ne ha causato la nullità.

Come sopra accennato, nel diritto dei contratti, ad esempio, affinché vi sia conversione di un contratto nullo, è necessario: (i) che l'intero negozio che è stato stipulato sia nullo e per tale motivo inidoneo a produrre gli effetti tendenzialmente voluti

dalle parti; (ii) che quel negozio, sebbene nullo, presenti un vero e proprio rapporto di continenza (7), vale a dire tutti i requisiti di sostanza e di forma corrispondenti a quelli di un diverso negozio idoneo a produrre gli effetti voluti dalle parti e (iii) che le parti, qualora al momento della conclusione del negozio nullo, fossero state consapevoli della nullità, avrebbero accettato di concludere, in luogo del primo, quel diverso negozio (valido) che sarebbe idoneo a produrre i suoi effetti.

Fatta tale premessa, appare utile sottolineare che, nel caso di conversione del contratto a tempo determinato, le parti del rapporto restano le medesime mentre, nel caso della somministrazione o del lavoro temporaneo a termine ritenuti invalidi, vi è la novazione soggettiva del rapporto con il soggetto utilizzatore, inizialmente estraneo al rapporto. Come noto, infatti, la disciplina sia del lavoro cosiddetto interinale che quella della somministrazione prevede il coinvolgimento di tre soggetti (il lavoratore, il somministratore e l'utilizzatore), collegati da due rapporti giuridici (contratto di fornitura o somministrazione tra somministratore e utilizzatore e contratto di lavoro subordinato tra somministratore e lavoratore). Benché legati dall'integrazione di distinti interessi economici, il lavoratore e l'utilizzatore, formalmente, non hanno alcun rapporto giuridico diretto ma l'uno usufruisce della prestazione dell'altro mediante il somministratore.

Visto lo schema legale tipico previsto dalla norma, non si comprende come si possa parlare di conversione nel caso di trasformazione di un rapporto di lavoro in cui vi sia la sostituzione soggettiva di una delle parti contrattuali (ovvero l'utilizzatore); tale sostituzione comporta la novazione soggettiva del rapporto e, pertanto, la costituzione di un nuovo rapporto giuridico tra il lavoratore e la società che ha utilizzato la prestazione lavorativa di questi.

Sul punto, si evidenzia che la giurisprudenza di merito e della Suprema Corte aveva già affermato, in merito al lavoro temporaneo (ciò sino alla sentenza di Cassazione n. 17 gennaio 2013 n. 1148), che in caso di accertata irregolarità o illegittimità del rapporto si applicavano tali conseguenze giuridiche: alla novazione soggettiva del rapporto (che da trilaterale diventa bilaterale), che discende dal rinvio operato alla legge n. 1369/60, conseguiva necessariamente anche la novazione oggettiva del contratto (che da tempo determinato si trasformava quindi in tempo indeterminato) (8).

L'illiceità dell'intermediazione è tale, infatti, da travolgere il rapporto di lavoro nel suo complesso per contrarietà della causa contrattuale a norme imperative di legge, con la conseguente nullità delle relative pattuizioni.

(7) Così Cass., Sez. II, n. 6004/2008, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 3, p. 367, nella quale si stabilisce che, per decidere se ricorra o meno la possibilità di conversione del contratto nullo, ai sensi dell'art. 1424 cod. civ., deve procedersi a una duplice indagine, l'una rivolta ad accertare la obiettiva sussistenza di un rapporto di continenza tra il negozio nullo e quello che dovrebbe sostituirlo e l'altra implicante un apprezzamento di fatto sull'intento negoziale dei contraenti, riservato al giudice di merito, diretta a stabilire se la volontà che indusse le parti a stipulare il contratto nullo possa ritenersi orientata anche verso gli effetti del contratto diverso (nella specie, riguardante la cessione in uso perpetuo di posti auto all'interno di un condominio, convenuta tra due società di capitali, la Cassazione ha ritenuto difettare di motivazione la sentenza di Appello, per avere affermato che la durata del diritto d'uso andava ricondotta a quella massima di trent'anni dell'usufrutto a favore di persona giuridica, senza porsi il problema se le parti avessero o meno voluto tale diverso contratto).

(8) In tal senso, Cass. 5 luglio 2011, n. 14715, cit.

Al riguardo, occorre tener conto anche di una precedente interpretazione della Corte d'Appello di Genova (9) secondo cui il rinvio operato alla legge n. 1369/60 impedisce, per definizione, il rispetto della forma scritta richiesta dall'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 ai fini della valida apposizione del termine al contratto di lavoro. E, infatti, nel caso in cui venga a mancare la causa legale del contratto di fornitura si ricade nell'ipotesi di interposizione vietata, con la conseguenza che il rapporto di lavoro deve essere direttamente imputato all'impresa (10).

Tale assunto risulta pienamente condivisibile in quanto una volta accertata una delle violazioni previste dalla legge di riferimento (lavoro temporaneo o somministrazione) si configura una illecita interposizione di manodopera, che comporta il consolidamento del rapporto di lavoro tra utilizzatore e lavoratore. In tal senso, si richiama l'interpretazione della Corte d'Appello di Roma, oggetto di nota, che, al fine di supportare il proprio ragionamento, richiama l'orientamento espresso in maniera prevalente dalla Suprema Corte (11) che, nel caso di irregolarità del lavoro temporaneo o della somministrazione a termine, qualifica la trasformazione del rapporto come «costituzione» e non «conversione». A ulteriore conferma di tale assunto, l'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/03, chiaramente prevede che «quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere *a*, *b*, *c*, *d* ed *e*, il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione».

5. — *Rilievi conclusivi: inapplicabilità dell'indennizzo ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, alle fattispecie del lavoro temporaneo e della somministrazione di lavoro a tempo determinato anche alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia europea dell'11 aprile 2013* — In virtù di quanto fin qui argomentato, a parere di chi scrive, risulta maggiormente condivisibile la tesi sostenuta dalle sentenze di merito, in commento, secondo cui dalla declaratoria di invalidità o illegittimità di un rapporto di lavoro temporaneo (o di somministrazione di lavoro a termine) deriva la costituzione, e non la conversione, di un rapporto lavorativo con l'utilizzatore. Appare quindi più corrispondente alla volontà del legislatore, nella ricostruzione prospettata dalle citate sentenze di Tribunale e di Corte d'Appello, l'orientamento relativo alla non applicabi-

(9) Corte d'Appello Genova 20 febbraio 2008 – Est. Haupt –, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, pp. 525 ss., con nota di G. Cordedda, *Novazione soggettiva e novazione oggettiva del rapporto di lavoro temporaneo nei casi previsti dall'art. 10, legge 24 giugno 1997, n. 196*.

(10) Si veda Corte d'Appello Torino 20 gennaio 2010, in q. *Riv.*, 2010, p. 682, con nota di M. Salvagni, cit.

(11) In tal senso, si veda Cass. 8 maggio 2012, n. 6933, in cui si afferma che «il rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione [...] è un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Le ragioni di tale scelta ermeneutica sono state espone in Cass. 15 luglio 2010, n. 15610. Nel farvi rinvio, deve aggiungersi una considerazione di ordine generale: se un contratto viene stipulato utilizzando un tipo contrattuale particolare in assenza dei requisiti specifici richiesti dal legislatore e la legge prevede come conseguenza dell'utilizzazione irregolare del tipo la costituzione di un rapporto di lavoro, senza precisare se a termine o a tempo indeterminato, nel silenzio del legislatore non può che valere la regola per cui quel rapporto di lavoro è a tempo indeterminato».

lità del comma 5 dell'art. 32 del Collegato lavoro ai contratti di lavoro interinale o di somministrazione di lavoro a termine. Circa le conseguenze della trasformazione del rapporto, si evidenzia che l'irregolarità che determina la costituzione del rapporto con l'utilizzatore attiene non già a un contratto di lavoro a tempo determinato, ma a un contratto commerciale intercorso tra la società utilizzatrice e la società di somministrazione. L'art. 32, comma 5, disciplina, invece, evidentemente i soli contratti di lavoro a tempo determinato e non i contratti di altro tipo, come è ricavabile da una lettura complessiva dello stesso art. 32 e della sua rubrica, dedicata infatti al «contratto di lavoro a tempo determinato». Del resto, la regola codificata nell'art. 32, comma 5, costituisce, come segnatamente affermato dalle sentenze in analisi, una significativa eccezione al principio di diritto comune della integralità del risarcimento del danno. Tale natura eccezionale ne impedisce un'applicazione analogica, come invece stabilita dai giudici di legittimità nella sentenza n. 1148 del 2013.

A conferma di quanto fin qui dedotto si evidenzia che vi sono due interpretazioni che possiamo definire in un certo senso «autentiche», stante l'autorevolezza della loro provenienza.

Da una parte, la sentenza n. 303/2011 della Corte Costituzionale proprio in ordine al citato art. 32 della legge n. 183/2010 e, dall'altra, la recentissima sentenza della Corte di Giustizia dell'11 aprile 2013 in materia di somministrazione di lavoro a termine.

Per quanto attiene alla sentenza del giudice delle leggi, occorre premettere come il Tribunale di Trani nella propria ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale avesse lamentato – tra l'altro – che «le norme censurate discriminerebbero una serie di lavoratori versanti in situazioni comparabili, ossia [...] (1) i lavoratori assunti a termine rispetto ad altre categorie di dipendenti precari, aventi diritto alla ricostruzione del rapporto di lavoro, sia sotto il profilo retributivo che sotto quello contributivo, secondo le consuete regole generali; (2) i lavoratori assunti a termine con giudizio ancora pendente in primo grado nei confronti di coloro la cui causa penda in Appello o in Cassazione, essendo le nuove disposizioni applicabili esclusivamente ai primi».

Ebbene, quanto alla seconda causa di ingiusta discriminazione, la Corte l'ha ritenuta insussistente affermando come l'art. 32 si applichi anche per le controversie pendenti «in Appello o in Cassazione»; il giudice costituzionale, allora, ben avrebbe potuto affermare come nessuna discriminazione ricorra anche nei confronti di «altre categorie di dipendenti precari», ovvero quelle relative ai contratti a progetto, ai lavoratori interinali e ai lavoratori somministrati, in quanto anche a essi si applica l'art. 32. E invece, la Corte Costituzionale ha negato la discriminazione sostenendo come ai collaboratori a progetto e ai somministrati non si applichi l'indennizzo *ex art. 32 del Collegato lavoro* ma l'integrale tutela di diritto comune affermando: «quanto alle ulteriori disparità di trattamento segnalate dal Tribunale di Trani, esse risentono dell'obiettiva eterogeneità delle situazioni. E, infatti, il contratto di lavoro subordinato con una clausola viziata (quella, appunto, appositiva del termine) non può essere assimilato ad altre figure illecite come quella, obiettivamente più grave, dell'utilizzazione fraudolenta della collaborazione continuativa e coordinata. Diforme è, altresì, la situazione cui dà luogo la cessione illegittima del rapporto di lavoro, laddove, nelle more del giudizio volto ad accertarla, il rapporto corre con il cessionario e la garanzia retributiva rimane assicurata. Altro ancora, infine, è la somministrazione irregolare di

manodopera, quando un imprenditore fornisce personale a un altro al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge».

In merito sempre alla non applicabilità dell'art. 32 della legge n. 183/2010 alla fattispecie del lavoro interinale (e della somministrazione di lavoro a termine) si veda, da ultimo, la sentenza della Corte di Giustizia dell'11 aprile 2013, dalla quale ai punti 36, 37, 39, 40, 42 e 45 emerge, in breve, che i rapporti di lavoro a tempo determinato di un lavoratore interinale messo a disposizione di un'impresa utilizzatrice da un'agenzia di lavoro interinale non rientrano nell'ambito di applicazione dell'Accordo quadro e, pertanto, nemmeno in quello della Direttiva n. 1999/70.

Dall'analisi delle motivazioni di tale sentenza, che per esigenze di brevità non è possibile meglio approfondire, sembrerebbe che non si possano estendere, in via analogica, le norme sui contratti a termine, come stabilite dall'Accordo quadro e dalla Direttiva n. 1999/70, sia alla somministrazione sia al lavoro interinale a termine. Tale interpretazione dei giudici di Lussemburgo potrebbe avere come riflesso una rivisitazione dell'esegesi giurisprudenziale che, in maniera prevalente, aveva ritenuto sino a oggi invece estendibili al rapporto di somministrazione alcune regole stabilite per il contratto a tempo determinato come, ad esempio, la temporaneità delle esigenze e la necessità di specificare le causali dei contratti interinali o di somministrazione, ciò anche in ragione della rilevante circostanza che le norme sul contratto a termine sono espressamente richiamate da alcune leggi nazionali, come il d.lgs. n. 276/03. In ogni caso, in base a una prima lettura di tale impostazione ermeneutica della Corte di Giustizia, sembrerebbe trovare una valida conferma l'orientamento fin qui esaminato delle sentenze di merito, oggetto di nota, in merito all'inapplicabilità dell'indennizzo del Collegato lavoro per quelle fattispecie diverse dal contratto a termine, proprio in ragione della natura eccezionale dell'art. 32, comma 5, che non consente, anche alla luce della citata sentenza della Corte di Giustizia, interpretazioni estensive né, tanto meno, analogiche.

Michelangelo Salvagni

Specializzato in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza sociale

CASSAZIONE, 4 gennaio 2013, n. 106, Sez. lav., ord. – Pres. Vidiri, Est. Amoroso, P.M. Corasanti (conf.) – Editrice Telestampia Sud Srl c. B.A. (avv. Truppi).
Conf. Corte d'Appello Napoli, 16 ottobre 2007.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Art. 18 Stat. lav. – Licenziamento reiterato – Efficacia condizionata – Motivi diversi e sopravvenuti – Licenziamento collettivo – Inammissibilità.

In tema di licenziamento in regime di tutela reale, ove il datore di lavoro abbia intimato al lavoratore un licenziamento individuale, è ammissibile una successiva comunicazione di recesso dal rapporto da parte del datore medesimo, purché il nuovo licenziamento non sia collettivo, atteso che quest'ultimo è proceduralizzato in termini tali da non consentire che il licenziamento del lavoratore avvenga sub condicione, dovendosi procedere alla necessaria comparazione tra tutti i lavoratori coinvolti. (1)

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

(1) ILLEGITTIMITÀ DEL LICENZIAMENTO COLLETTIVO CONDIZIONATO

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Sul licenziamento individuale asseritamente disciplinare. — 3. Sul secondo licenziamento. — 4. L'inammissibilità del licenziamento collettivo.

1. — *Il caso* — Un lavoratore ricorreva al giudice del lavoro lamentando l'illegittimità dei due licenziamenti comunicati dalla società editoriale presso cui svolgeva la propria attività. Esponeva, in particolare, di essere stato assente (per malattia) dal luogo di lavoro dal 4 gennaio al 2 maggio 1999 e di aver ricevuto, il 4 aprile dello stesso anno, una lettera di licenziamento per giusta causa, pretesamente motivata dal ritardo con cui la società aveva ricevuto i certificati medici relativi ai primi cinque giorni di malattia; periodo che quest'ultima aveva quindi considerato come assenza ingiustificata.

Esponendo, inoltre, il lavoratore di aver ricevuto, successivamente alla cessazione del rapporto, un'ulteriore lettera di recesso – espressamente condizionata all'esito del giudizio sul precedente licenziamento individuale – intimato al termine di una procedura di licenziamento collettivo che il datore di lavoro aveva *medio tempore* attivato.

Sulla base di tali circostanze, il lavoratore chiedeva la declaratoria di illegittimità di entrambi i licenziamenti, con conseguente reintegra nel posto di lavoro e risarcimento del relativo danno. Il Tribunale di Benevento accoglieva le domande e la sentenza veniva successivamente confermata anche dalla Corte d'Appello di Napoli.

In causa, quindi, si controverte di due licenziamenti: il primo (individuale) di natura disciplinare; il secondo (per collocamento in mobilità) di natura collettiva.

2. — *Sul licenziamento individuale asseritamente disciplinare* — Contro la pronuncia di secondo grado la società ricorre per la Cassazione della sentenza, articolando numerosi motivi. La società, in particolare, lamenta la violazione da parte dei giudici di merito di numerose disposizioni di legge in tema di: a) proporzionalità tra inadempimento e sanzione disciplinare; b) efficacia del secondo licenziamento (di natura collettiva), quale autonomia causa estintiva del rapporto di lavoro.

Motivi che, tuttavia, non vengono condivisi dalla Corte di Cassazione, la quale rileva — quanto alla giustificazione del primo licenziamento — che risulta pacifico in atti come l'inadempimento contestato al lavoratore consista solo nella tardiva comunicazione alla società del proprio stato di malattia che, nella sua materiale esistenza, non viene messa in dubbio.

Un siffatto inadempimento, ad avviso della Corte, risulta inidoneo a giustificare un recesso poiché, a tali fini, occorre che «la mancanza di cui il dipendente si è reso responsabile rivesta una gravità tale che qualsiasi altra sanzione risulti insufficiente a tutelare l'interesse del datore di lavoro nonché sia tale da far venire meno l'elemento fiduciario» (In senso conforme, sulla necessaria proporzionalità tra la violazione commessa e la sanzione irrogata nell'ambito del licenziamento disciplinare, si vd.: Cass. 11 agosto 2011, n. 17739, in q. *Riv.*, 2012, n. 2, p. 320; Cass. 10 dicembre 2007, n. 25743, in *Mass. giust. civ.*, 2007, p. 12; Cass. 25 febbraio 2005, n. 3994, in *Mass. giust. civ.*, 2005, p. 9).

Nel caso di specie risulta provato lo stato di malattia del lavoratore per i giorni in questione (5-10 gennaio 1999) dal referto dell'Inps del 13 aprile 1999, nel quale si attesta che egli nel detto periodo si trovava in malattia. Inoltre, la malattia è proseguita anche dopo il 10 gennaio 1999 per oltre tre mesi (fino al 2 maggio 1999), e risulta che i certificati medici successivi a tale data non sono mai contestati nel merito dal datore di lavoro e, pertanto, lasciano ragionevolmente presumere la veridicità dello stato patologico del dipendente, attestato dall'Inps, anche per i precedenti cinque giorni.

Sicché il mancato tempestivo invio della certificazione medica non può costituire inadempimento tanto grave da giustificare il recesso immediato della società dal rapporto di lavoro per giusta causa, né il recesso per giustificato motivo.

3. — *Sul secondo licenziamento* — Il nodo centrale della sentenza in commento è l'illegittimità del secondo licenziamento (di natura collettiva) intimato al lavoratore.

Sostiene la società ricorrente che, una volta accertata l'illegittimità del primo licenziamento (individuale) intimato in regime di tutela reale, i giudici di merito non potevano astenersi dal valutare anche la legittimità del secondo licenziamento (collettivo), intimato espressamente come condizionato, nella sua efficacia, all'eventuale illegittimità del primo licenziamento.

La Corte di Cassazione sostiene, invece, che in alcun caso il licenziamento reiterato può essere collettivo, ma le sue ragioni sono del tutto distinte da quelle addotte dalla Corte d'Appello e si fondano su una diversa valutazione della efficacia e legittimità del licenziamento reiterato.

La Corte d'Appello, infatti, ritiene (sulla scorta di un orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione) inefficace il licenziamento collettivo perché — a suo dire — non può risolversi un rapporto già risolto in ragione dell'efficacia del licenziamento individuale.

In proposito, deve considerarsi che inizialmente la giurisprudenza ha affermato che il licenziamento intimato, nell'ambito della tutela reale, per giusta causa o per giustificato motivo è efficace finché non intervenga sentenza di annullamento per legge n. 300 del 1970, ex art. 18; ne consegue che un secondo licenziamento, intimato prima dell'annullamento, è privo di oggetto, attesa l'insussistenza del rapporto di lavoro (In tal senso: Cass. 5 aprile 2001, n. 5092, in *Foro it.*, 2001, I, 2528; Cass. 18 maggio 2005, n. 10394, in *Dir. rel. ind.*, 2006, I, p. 469; Cass. 20 settembre 2005, n. 18497, inedita, a quanto consta; Cass. 9 marzo 2006, n. 5125, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 197; in dottrina A.M. Grieco, *Il licenziamento reiterato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, pp. 381 ss.; M. Mobiglia, *Effetti del licenziamento intimato nelle more del giudizio su quello precedente nell'ambito della tutela reale*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 473).

Successivamente, però, la giurisprudenza si è diversamente orientata. La Corte di Cassazione, infatti, con la sentenza n. 6055 del 6 marzo 2008 (In *Not. giur. lav.*, 2008, p. 507), ponendosi in critico confronto con l'orientamento precedente, afferma che «la continuità e la permanenza del rapporto giustifica l'irrogazione di un secondo licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, ove basato su una nuova e diversa ragione giustificatrice, dal quale solamente, in mancanza di tempestiva impugnazione, deriverà l'effetto estintivo del rapporto». Ciò perché, nell'area della cd. tutela reale, il primo licenziamento, in quanto illegittimo, «non è idoneo a estinguere il rapporto al momento in cui è stato intimato determinando unicamente una sospensione della prestazione dedotta nel sinallagma a causa del rifiuto del datore di ricevere la prestazione stessa, sino a quando, a seguito del provvedimento di reintegrazione del giudice, non venga ripristinata la situazione materiale antecedente al licenziamento» (In tal senso anche: Cass. 6 novembre 2006, n. 23641, in *Lav. giur.*, 2007, IV, p. 411; Cass. 22 ottobre 2008, n. 25573, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 313, con nota di O. Mazzotta; Cass. 14 settembre 2009, n. 19770, in *Mass. giur. lav.*, 2010, IV, p. 248; in dottrina, P. Ichino, *Quando la logica formale produce un risultato sostanzialmente illogico*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 197; R. Rivero, *Sull'invalidità del licenziamento reiterato pendente l'impugnazione del primo*, in *Lav. giur.*, 2009, p. 16; P. Cester, M. De Cristofaro, G. Suppiej, *Diritto del lavoro, il diritto individuale*, Padova, 2005, p. 392: si osserva che la formula della reintegrazione utilizzata dal legislatore, diversa dalla riassunzione, suppone che, a seguito dell'illegittimità del licenziamento, il rapporto non è estinto ma solo quiescente).

Conformemente a tale pronuncia, la Cass. 20 gennaio 2011, n. 1244 (In *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 50), ribadisce che il datore di lavoro, qualora abbia già intimato al lavoratore il licenziamento per una determinata causa o motivo, può legittimamente intimargli un secondo licenziamento, fondato su una diversa causa o motivo, restando quest'ultimo del tutto autonomo e distinto rispetto al primo; sicché entrambi gli atti di recesso sono in sé astrattamente idonei a raggiungere lo scopo della risoluzione del rapporto, dovendosi ritenere il secondo licenziamento produttivo di effetti solo nel caso in cui venga riconosciuto invalido o inefficace il precedente.

La Corte dichiara espressamente di aderire con la sua pronuncia a questo secondo orientamento giurisprudenziale, ma intende fare delle «puntualizzazioni».

La prima puntualizzazione consiste nell'indicare che, intimato il licenziamento, il rapporto «deve considerarsi risolto fino a quando, ove si verta in regime di tutela reale, non intervenga una pronuncia di reintegrazione nel posto di lavoro legge n. 300 del 1970, ex art. 18».

La seconda puntualizzazione attiene, invece, alle condizioni di efficacia del secondo recesso, che non soltanto è subordinato alla eventuale pronuncia di illegittimità del primo, ma deve essere parimenti individuale e basarsi su motivi o cause non solo diversi, ma sopravvenuti e non noti al datore di lavoro in precedenza (Sulla necessità di motivi diversi: Cass. 14 settembre 2009, n. 19770, in *Mass. giur. lav.*, 2010, IV, p. 248; Cass. 20 gennaio 2011, n. 1244, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 50, con nota di R. Galardi).

Sicché, ad esempio, nel caso di plurime inadempienze del lavoratore il datore di lavoro non può allegarne una a giustificazione del licenziamento disciplinare per poi procedere, con contestazioni a catena, a intimare ulteriori licenziamenti, pur condizionati nell'efficacia in modo sequenziale, fondandoli su altri addebiti già noti in precedenza (Cfr., *mutatis mutandis*, la giurisprudenza costituzionale che ha stigmatizzato il possibile uso distorto delle contestazioni a catena nel processo penale al fine del rispetto dei termini di custodia cautelare: Corte Cost. 3 novembre 2005, n. 408, in *Diritto & giustizia*, 2006, I, p. 51, con nota di F.C. De Raho; ancora sul tema Corte Cost. 22 luglio 2011, n. 233, in *Giur. cost.*, 2011, IV, p. 2980).

4. — *L'inammissibilità del licenziamento collettivo* — Ciò che alla Corte di Cassazione, in ogni caso, preme evidenziare è che, dopo un primo licenziamento individuale, il secondo licenziamento non può mai essere collettivo (né può consistere nel collocamento in mobilità), perché quest'ultimo è *ex lege* procedimentalizzato in termini tali da non consentire che ci sia un lavoratore licenziato *sub condicione*.

In particolare la necessaria comparazione delle situazioni dei lavoratori destinatari del licenziamento collettivo è ontologicamente incompatibile con la (seppur in ipotesi temporanea) inefficacia sospensivamente condizionata del recesso di uno di essi.

La procedimentalizzazione prevista dal legislatore nell'ambito della disciplina sui licenziamenti collettivi, soprattutto quanto all'applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità di cui all'art. 5 della legge 23 luglio 1991, n. 223, impedisce il licenziamento di un lavoratore *sub condicione*.

La Corte di Cassazione conclude, pertanto, affermando che non solo il presupposto del secondo licenziamento (esubero del personale) era già noto al datore al momento del primo licenziamento, ma soprattutto che «la necessaria comparazione dei lavoratori destinatari del licenziamento collettivo è ontologicamente incompatibile con la (seppur in ipotesi temporanea) inefficacia sospensivamente condizionata del recesso di uno di essi» [Sull'applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità v.: V. Di Cerbo, *Criteri di scelta dei lavoratori e oneri a carico delle imprese*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Diritto del lavoro. Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, vol. II, Milano, 2009, pp. 1719 ss.; P. Lambertucci, *Cassa integrazione guadagni, licenziamenti collettivi e mobilità*, in G. Santoro Passarelli (a cura di) *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2009, pp. 1184 ss.].

In conclusione pare doversi evidenziare che, anche alla luce delle modifiche introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, all'art. 18 Stat. lav., i principi espressi dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento in ordine ai criteri di ammissibilità ed efficacia di un licenziamento reiterato nell'ambito della tutela reale, potranno trovare applicazione anche in futuro.

Si tratterà, però, di un'applicazione più ridotta, dal momento che nel suindicato art. 18 Stat. lav. il regime sanzionatorio previsto per le ipotesi di illegittimità del recesso è principalmente basato sul riconoscimento di una tutela risarcitoria rispetto a quella reintegratoria, operante in ipotesi residuali.

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

I

CASSAZIONE, 11 dicembre 2012, n. 22655, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Ianniello, P.M. Romano (conf.) – Società B.A. (avv. Pepe) c. O.G. (avv. Panici).

Conf. Corte d'Appello Milano, 30 luglio 2007.

Licenziamento collettivo – Criteri di scelta – Riferimento all'unità produttiva o a uno specifico settore dell'azienda – Ammissibilità – Condizioni – Indicazioni delle ragioni ostative al trasferimento dei dipendenti ad altra unità – Necessità.

In tema di licenziamento collettivo per riduzione di personale, qualora il progetto di ristrutturazione aziendale si riferisca in modo esclusivo a un'unità produttiva dell'azienda, la platea dei lavoratori interessati può essere limitata agli addetti a tale unità sulla base di oggettive esigenze aziendali e il datore di lavoro deve indicare nella comunicazione ex art. 4, comma 3, della legge n. 223 del 1991 sia le ragioni alla base della limitazione dei licenziamenti ai dipendenti dell'unità o settore in questione, sia le ragioni per cui non ritiene di ovviare ad alcuni licenziamenti con il trasferimento a unità produttive geograficamente vicine a quella soppressa o ridotta, onde consentire alle organizzazioni sindacali di verificare l'effettiva necessità dei programmati licenziamenti. (1)

II

TRIBUNALE ROMA, 17 gennaio 2011, Sez. lav. – Est. Armone – A., A., A. e al. (avv.ti Fabbri, R. Muggia, S. Muggia, A. Stani, G. Stani, Orlando) c. Ssc Srl (avv. Pezzano).

Licenziamento collettivo – Criteri di scelta – Riferimento all'unità produttiva o a uno specifico settore dell'azienda – Ammissibilità – Condizioni – Indicazioni delle ragioni ostative al trasferimento dei dipendenti ad altra unità – Necessità – Finalità.

Le reticenze del datore di lavoro circa le esigenze tecniche, produttive e organizzative che devono esser oggetto di comunicazione ex art. 4, comma 3, nel momento in cui precludono al sindacato la possibilità di esercitare, fin dalle prime fasi di avvio della procedura, un controllo sulla legittimità della scelta datoriale di licenziare solamente i lavoratori di una singola unità produttiva,

costituiscono elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali, potenzialmente capaci di condurre a discriminazioni tra i lavoratori delle diverse unità produttive in sede di comparazione ex art. 5. Pertanto, la comparazione all'interno di una sola unità produttiva, in sé legittima, è resa illegittima dal fatto che l'impresa abbia indebitamente compresso il bacino di valutazione. (2)

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

(1-2) L'OBBLIGO INFORMATIVO NEI LICENZIAMENTI COLLETTIVI
A UN RAMO DI AZIENDA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Comunicazione preventiva e buona fede: il *dictum* della Corte di Cassazione. — 3. Le «maliziose elusioni» del datore di lavoro all'attenzione del Tribunale di Roma. — 4. Conclusioni.

1. — *Premessa* — Le sentenze in epigrafe rappresentano uno spunto di riflessione in merito a indirizzi giurisprudenziali divenuti ormai pacifici, a un ventennio dall'entrata in vigore della normativa sui licenziamenti collettivi. Nel dettaglio, le due pronunce riguardano la disciplina della comunicazione preventiva alle rappresentanze sindacali (1) di cui all'art. 4, legge n. 223 del 1991.

Giova precisare, a tal proposito, che la normativa in esame non è stata modificata dalla legge n. 92 del 2012 (cd. riforma Fornero) (2), la quale ha effetti solo sulle possibili conseguenze giuridiche dell'eventuale inadempimento degli oneri (3) formali e procedurali, determinando un'evidente dequotazione della centralità delle garanzie sindacali e, *pro futuro*, la necessità di rideterminare nuovi equilibri all'interno delle relazioni industriali (4).

2. — *Comunicazione preventiva e buona fede: il dictum della Corte di Cassazione* — La Suprema Corte, chiamata a decidere sul ricorso di una nota società austriaca aver-

(1) Si veda, in proposito, A. Marangoni, *La disciplina degli oneri procedurali nei licenziamenti collettivi alla luce della giurisprudenza*, in q. *Riv.*, 2011, II, pp. 89 ss.; in merito agli oneri procedurali nell'ambito del settore pubblico, V. Luciani, *Le eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni: la distorta mutazione di regole privatistiche*, intervento al convegno su: «I licenziamenti collettivi tra dottrina, prassi e giurisprudenza», svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli Santa Maria Capua Vetere, 2 giugno 2000, in *db.formez.it*.

(2) La nuova normativa in tema di licenziamento, infatti, ha introdotto solamente un riferimento all'efficacia sanante degli accordi fra sindacati e datore di lavoro di cui si parlerà più diffusamente nel corso dell'elaborato.

(3) *Rectius*, obblighi.

(4) Più diffusamente v. F. Scarpelli, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale*, in M. Fezzi, F. Scarpelli (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, in *I Quaderni di Wikilabour*, 2012, n. 1, pp. 91 ss.

so una sentenza della Corte d'Appello di Milano, ha chiarito qual è la *ratio* della comunicazione preventiva alle rappresentanze sindacali nonché le conseguenze derivanti dalla sua omissione.

Prima di analizzare le conclusioni cui è addivenuta la giurisprudenza di legittimità, giova richiamare brevemente la vicenda.

Essa trae origine dalle domande, proposte da alcuni lavoratori, dirette a ottenere la dichiarazione dell'inefficacia dei licenziamenti loro intimati a conclusione della procedura di mobilità conseguente alla decisione aziendale di chiudere la filiale di una catena di ipermercati, comportante il licenziamento di tutti gli addetti alla filiale stessa, fatta eccezione per due dipendenti in maternità. La Corte d'Appello di Milano, riconoscendo la legittimità delle pretese degli attori, ha accertato la violazione della norma di cui all'art. 4, comma 3, della legge n. 223 del 1991, laddove questa introduce la necessità dell'indicazione, da parte della società in sede di comunicazione di avvio della procedura di mobilità, delle possibili misure alternative ai licenziamenti. In particolare, i giudici del merito hanno sottolineato che costituisce violazione del precetto legislativo la mancanza del riferimento alla possibilità o non di impiegare almeno in parte il personale in una delle molteplici filiali della medesima società geograficamente vicine a quella oggetto del provvedimento di dismissione.

La controversia, dunque, origina dall'incompletezza della comunicazione sindacale.

Essa, com'è noto, deve contenere: i motivi determinanti l'eccedenza del personale; i motivi tecnici, organizzativi e/o produttivi per i quali si ritiene di non poter evitare i licenziamenti; il numero, la collocazione aziendale e i profili professionali del personale eccedente e di quello normalmente occupato.

Inoltre, prima di procedere al licenziamento, il datore di lavoro ha l'obbligo di verificare che il lavoratore non possa essere adibito, nella medesima azienda, a mansioni equivalenti in altro posto di lavoro (si tratta del cd. obbligo di *repechage*) (5). La *ratio* di tale adempimento si coglie analizzando il procedimento delle consultazioni, di cui ai commi 5 e 6 della norma in parola, secondo cui la parte sindacale può chiedere entro sette giorni dalla comunicazione un esame congiunto della situazione allo scopo di valutarne le cause e la possibilità di una diversa utilizzazione del personale in eccedenza. Inoltre, nel licenziamento collettivo il presupposto causale è identificato nella impossibilità o difficoltà di superare la crisi aziendale da parte dell'imprenditore; rientra però nella sfera discrezionale di quest'ultimo, come tale insindacabile in sede giudiziaria, la determinazione di non poter garantire il recupero dei lavoratori sospesi dal servizio e di non poter ricorrere a soluzioni alternative (6).

La comunicazione, pertanto, rappresenta la sintesi del bilanciamento degli interessi contrapposti del datore di lavoro e dei lavoratori, rappresentati dalle organizzazioni sindacali. Da un lato, infatti, vige il principio di libertà dell'iniziativa economica *ex* art. 41 Cost., con i temperamenti di cui ai commi 2 e 3; dall'altro, vi è la posizione del lavoratore e la considerazione del licenziamento come *extrema ratio* anche in caso di crisi aziendale.

(5) In tal senso, F. Caringella, L. Buffoni, *Manuale di Diritto civile*, Dike, Roma, 2010, p. 1320.

(6) Si veda R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Laterza, Bari, 2005, p. 332.

Nell'orizzonte normativo, ricopre altresì un ruolo importante il principio solidaristico basato sulla formula aperta di cui all'art. 2 Cost. (7), che richiede al singolo l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. La norma in parola ha contribuito alla costituzionalizzazione del principio di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. e rappresenta il fondamento di numerose pronunce (8) che hanno analizzato il fenomeno dell'abuso del diritto in campo sostanziale e processuale.

La buona fede costituisce, infatti, uno dei «polmoni del diritto positivo» (9), e implica spirito di lealtà, chiarezza, coerenza, fedeltà e rispetto di quei doveri che devono essere osservati nei rapporti tra consociati. In altri termini, ai contraenti – da un lato – è impedito abusare dei propri diritti, ma è altresì imposta la salvaguardia degli interessi altrui. È alla luce della valorizzazione di tale canone comportamentale che oggi l'art. 1175 cod. civ. ha una funzione integratrice del rapporto obbligatorio, fungendo da fonte di obblighi aggiuntivi che vincolano le parti pur non risultando dal titolo del rapporto stesso (10).

La regola aurea della buona fede governa anche e soprattutto il rapporto di lavoro subordinato – specie nella delicatissima fase del licenziamento collettivo – riconducibile nell'ambito dei rapporti economici, di cui al citato art. 2 Cost. Le scelte del datore di lavoro, pur non essendo sindacabili nel merito, obbligano al rispetto di un *minimum* informativo che non può essere da questi ignorato: si tratta del contenuto della comunicazione sindacale, così come individuato dalla legge, finalizzato alla proficua attivazione della procedura di concertazione con le rappresentanze sindacali. Il dovere solidaristico del datore di lavoro, pertanto, non può spingersi fino alla perdita della libertà di iniziativa economica, ma dovrà quanto meno riguardare un sufficiente livello informativo, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio da questi patito.

La sentenza in commento applica con rigore i suddetti principi nell'ambito della procedura di licenziamento susseguente alla chiusura di un solo ramo d'azienda; circostanza, questa, che spinge la società ricorrente a sostenere l'inapplicabilità dell'art. 4,

(7) Sul riconoscimento dell'art. 2 Cost. come «norma a fattispecie chiusa» o «norma a fattispecie aperta», si veda F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 560 ss.; secondo questa opinione, «il problema dei “nuovi diritti” è soprattutto un problema di tutela effettiva, espressione della più generale esigenza di “rendere effettive le situazioni di diritto formalmente attribuite o comunque ricollegabili a qualcosa delle proclamazioni con cui la Costituzione impegna la Repubblica a fare questo o quello” [...]. La stessa possibilità di enucleare un nuovo diritto è sottoposta a una duplice condizione, dovendo esso essere ricondotto a un diritto enumerato e, a monte, essendo riferibile al principio supremo della libertà-dignità».

(8) In particolare Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Guida dir.*, 2009, n. 40, p. 38, con nota di P. Pirruccio, *La clausola di recesso ad nutum del contratto può configurare un'ipotesi di abuso del diritto. La buona fede e la correttezza nei rapporti giuridici diventano un vero e proprio dovere giuridico*, in tema di abuso del diritto di recesso; Cass., Sez. I, 12 maggio 2011, n. 10488, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Diritti politici e civili*, n. 251, circa l'abuso del processo configurabile nel deposito, avvenuto lo stesso giorno, di diversi ricorsi vertenti sul medesimo presupposto di fatto e posti in essere dal medesimo difensore.

(9) In questo senso, A. Trabucchi, *Istituzioni di Diritto civile*, Cedam, Padova, 2005, pp. 635 ss.

(10) Sul punto, F. Caringella, *op. cit.*, pp. 418 ss.

comma 3, della legge n. 223 del 1991 al caso di specie. Viene richiamato, *ad adiuvandum*, un precedente della stessa Corte di Cassazione (11), secondo cui il datore di lavoro sarebbe dispensato dall'obbligo di specificare nella comunicazione sindacale i motivi del mancato ricorso ad altre forme occupazionali, nel caso in cui sia disposta la chiusura di un settore o ramo d'azienda; ciò perché la comparazione dei lavoratori da avviare alla mobilità può essere effettuata avendo riguardo soltanto ai lavoratori addetti al settore o ramo interessato dalla chiusura o dalla ristrutturazione, e non a quelli addetti all'intero complesso organizzativo e produttivo.

Nel *revirement* posto alla nostra attenzione, il Collegio ritiene di non dover aderire alle precedenti conclusioni e, sottolineando la funzione della comunicazione di rendere più proficuamente esperibile il confronto sindacale, ritiene la disciplina di cui all'art. 4, cit., estesa anche alla chiusura di un insediamento produttivo, con i risultati in concreto perseguibili in relazione a tale chiusura. In altre parole, il contenuto dell'indicazione deve arricchirsi con i motivi per cui lo stesso datore di lavoro non ritiene impiegabili i lavoratori destinatari del provvedimento di licenziamento in altre unità produttive geograficamente e logisticamente vicine a quelle soppresse o ridotte.

Si può considerare dunque superato il parallelismo tra scelta dei lavoratori da licenziare limitata a un settore dell'intera azienda e contenuto della comunicazione di apertura del processo di licenziamento.

Nel giungere a queste conclusioni, la Suprema Corte opera una ricognizione di alcuni principi già indicati in passato circa la profondità del controllo del giudice sulla comunicazione *de qua*. In attuazione dell'art. 41 Cost., commi 2 e 3, l'imprenditore deve infatti ritenersi vincolato soltanto sulle modalità dei licenziamenti, ma non sulla necessità di questi, essendo obbligato allo svolgimento della procedura di cui all'art. 4 della legge n. 223 del 1991 (12). Lo scopo della norma, come si è già visto, è quello di procedimentalizzare il recesso al fine di adeguarlo all'attuazione del canone di buona fede. Non sarebbe quindi accettabile un sindacato sulla scelta dell'imprenditore; ben potrà, al contrario, il giudice di merito vagliare la funzionalità delle indicazioni al raggiungimento dello scopo appena citato.

Il potere discrezionale del datore di lavoro è quindi vincolato nelle sue modalità di esercizio da obblighi collaborativi di spiccata intensità, il cui assolvimento è garantito dal sindacato del giudice. Il rispetto, o meno, degli obblighi di protezione è desumibile anche dalla redazione delle comunicazioni sindacali: l'utilizzo di formule generiche, passibili di atteggiarsi a molteplici situazioni non altrimenti precisate, è sintoma-

(11) Cass. 23 maggio 2008, n. 13381, in q. *Riv.*, 2009, II, p. 177, con nota di F. Schiavetti; vedi anche M.T. Salimbeni, *La Cassazione ribadisce l'a-causalità del licenziamento collettivo e una valenza attenuante degli obblighi procedurali ai fini della legittimità del provvedimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, pp. 915 ss.: l'Autrice evidenzia come la limitazione dell'ambito entro il quale selezionare i lavoratori al solo reparto o stabilimento interessato dalla riduzione e/o trasformazione di attività venga considerata dalla giurisprudenza maggioritaria come eccezione rispetto al principio generale del coinvolgimento dell'intera azienda, più rispettoso del dato letterale dell'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, per cui la scelta deve essere compiuta «in relazione alle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale».

(12) In tal senso Cass. 26 febbraio 2009, n. 4653, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 1498.

tico di una scarsa capacità collaborativa del datore di lavoro (13). Le esigenze tecnico-produttive che comportano il licenziamento collettivo, dunque, devono essere indicate con dovizia di particolari e in riferimento all'intero complesso aziendale, in forza dell'esigenza di ampliare al massimo l'area in cui operare la scelta, onde approntare idonee garanzie contro il pericolo di discriminazioni a danno del singolo lavoratore, in cui tanto più facilmente si può incorrere quanto più si restringe l'ambito della selezione. Solo in casi eccezionali, come la chiusura totale dell'azienda (14), una comunicazione così dettagliata potrebbe non essere funzionale allo scopo di garantire piena tutela al lavoratore.

Il datore di lavoro potrà, pertanto, limitare la comparazione dei lavoratori a uno specifico ramo d'azienda, ma nel farlo dovrà dar conto delle ragioni che giustifichino tale delimitazione, tanto che la platea dei lavoratori oggetto della scelta deve essere individuata mediante indicazioni puntualmente contenute nella comunicazione d'inizio della procedura. Questa sarà considerata regolare solo ove la comunicazione, conformata ai requisiti prescritti, consenta alle organizzazioni sindacali di verificare il nesso tra le ragioni che determinano l'esubero di personale e le unità che, in concreto, l'azienda intende espellere, di talché sia evidenziabile la connessione tra le enunciate esigenze aziendali e l'individuazione del personale da licenziare.

Non può quindi operare la presunzione di delimitazione del contenuto della comunicazione in presenza della chiusura di un ramo di azienda, come preteso dalla società ricorrente nel giudizio conclusosi con la sentenza in epigrafe. La Suprema Corte ha, infatti, giustamente aderito, per tutti i motivi suddetti, alle conclusioni del giudice di merito, che ha considerato inefficaci i licenziamenti intimati con la mancata indicazione delle ragioni per cui l'imprenditore non ha ritenuto di ovviare ad alcuni di questi con la ricollocazione in unità produttive non distanti da quella soppressa (15).

(13) Così Cass. 3 maggio 2011, n. 9711, in *Orient. giur. lav.*, 2011, I, p. 429.

(14) *Contra*, Cass. 9 settembre 2003, n. 13196, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 844, con nota di S. Maretti: la vicenda attiene all'ipotesi del cd. «esubero strutturale» (così qualificato dalla società ricorrente), una fattispecie, con connotazioni affatto particolari, rispetto alle quali sarebbe logicamente incompatibile la ricerca di soluzioni alternative atte a scongiurare la riduzione dei posti di lavoro: ad avviso del ricorrente, la soppressione di alcuni stabilimenti costituiva un evento ontologicamente causativo di licenziamenti collettivi, senza alternative. La Suprema Corte rileva come «qualunque sia la causa dell'esubero, vanno comunicate le ragioni che hanno impedito il ricorso a soluzioni alternative ai licenziamenti giacché esse sono particolarmente idonee a rappresentare quale, secondo l'imprenditore, è l'assetto che necessariamente deve assumere l'azienda a fronte di fattori che non consentano di mantenere immutato il contingente di forza lavoro: sicché tale parte della comunicazione preventiva si rivela particolarmente idonea a contribuire alla conoscenza – quanto più possibile approfondita – che il sindacato deve avere della situazione per esercitare efficacemente il ruolo di cogestione che la legge gli assegna. Il cd. esubero strutturale si rivela, pertanto, una sorta di strumentale prospettazione di una inesistente nozione logico-giuridica finalizzata a esonerare l'imprenditore da un obbligo precipuo della procedura prevista dall'art. 4 della legge n. 223/91, il cui inadempimento è stato correttamente riscontrato dai giudici d'Appello».

(15) Si vedano, sul punto, Cass. 20 febbraio 2012, n. 2429 in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 966; Cass. 3 maggio 2011, n. 9711 in *Arg. dir. lav.*, 2011, pp. 1051 ss., con nota di A. Donini, *Ancora sull'ambito di applicazione dei criteri ex art. 5, legge n. 223 del 1991: la presenza di professionalità fungibili impone di tener conto dell'intero complesso aziendale*.

3. — *Le «maliziose elusioni» del datore di lavoro all'attenzione del Tribunale di Roma* — Anche la decisione del giudice di merito si pone nel solco della giurisprudenza già lungamente richiamata. La vicenda posta all'attenzione del giudice capitolino concerne l'impugnazione, da parte di alcuni dipendenti, dei licenziamenti loro intimati dal proprio datore di lavoro e la conseguente richiesta di reintegra nel posto di lavoro con risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni non percepite nel periodo intercorrente dal licenziamento all'effettiva reintegrazione. Nel dichiarare fondata la questione, il giudice di primo grado non perde l'occasione per puntualizzare la notevole importanza delle finalità sottese alla comunicazione di cui all'art. 4 della legge n. 223 del 1991: da un lato, rileva la necessità di approntare un adeguato supporto informativo per le organizzazioni sindacali con cui il datore di lavoro deve confrontarsi durante la procedura di licenziamento; dall'altro, si evidenzia l'esigenza di trasparenza del processo decisionale che può sfociare nella collocazione in mobilità o nell'intimazione di licenziamenti collettivi, incidendo in maniera rilevante sulle situazioni soggettive dei lavoratori dipendenti.

Il contenuto del principio solidaristico e della cogenza degli obblighi di protezione sottesi alla buona fede del datore di lavoro è ben rappresentato dai giudici di prime cure, che sottolineano l'importanza del momento procedurale a protezione degli interessi dei singoli lavoratori, rappresentati dall'interesse collettivo di cui è portatore il sindacato.

La specificità degli obblighi di comunicazione è strettamente connessa con la possibile realizzazione del controllo sindacale e individuale dell'operazione; controllo, questo, che è precluso al sindacato del giudice, che non può valutare la fondatezza o meno delle iniziative discrezionali del datore di lavoro (16).

L'applicazione dei canoni di correttezza e buona fede nell'ambito dell'istituto in esame non fa che ampliare il novero degli obblighi sussistenti in capo al datore di lavoro nell'esercizio di un potere discrezionale garantito dalla Carta costituzionale all'art. 41. Al mancato rispetto di tali obblighi consegue la pesante sanzione dell'inefficienza dei licenziamenti, che prescinde dalla prova del fatto che la comunicazione scorretta abbia concretamente alterato le capacità di intervento del sindacato (17).

(16) Sul punto si veda Cass. 3 novembre 2011, n. 22329, in *Diritto & giustizia*, 2011, quotidiano del 1° febbraio 2011, con nota di C.M. Ciarla, *Eccedenze di personale e mobilità: le indicazioni devono riferirsi all'intera organizzazione aziendale*. Secondo la Corte, il datore di lavoro non avrebbe fornito, «secondo principi di correttezza e buona fede, tutte le informazioni che potrebbero consentire, attraverso un esame congiunto delle scelte imprenditoriali con riferimento alla concreta realtà aziendale, di trovare soluzioni diverse dalla riduzione (in tutto o in parte) del personale (oltre che di valutare la correttezza della successiva attuazione delle scelte medesime). In tal modo sarebbe stata sottratta alle organizzazioni sindacali la possibilità di controllare e di discutere con riferimento anche a tutte le altre unità ospedaliere e alla stessa attuazione dell'accordo con (*Omissis*) e sarebbe stata sottratta alle organizzazioni sindacali la possibilità di prospettare soluzioni diverse, in violazione della legge n. 223 del 1991, art. 4, comma 3».

(17) Si cita in proposito Cass. 12 maggio 2010, n. 18255, in *Mass. Foro it.*, 2010, p. 483: «non sembra giuridicamente corretto gravare il lavoratore, che poco sa dell'andamento della procedura e delle dinamiche sindacali che in tale contesto si sviluppano, dell'onere di provare che la comunicazione scorretta ha effettivamente alterato la capacità di intervento del sindacato».

Di conseguenza, il licenziamento si considera *tamquam non esset* indipendentemente dalla dimostrazione che l'eventuale rispetto delle prescrizioni legislative non avrebbe modificato la concreta e proficua partecipazione del sindacato.

Tale conclusione suscita, tuttavia, perplessità.

Difatti, in un ordinamento che concede ampia efficacia sanante al requisito finalistico rappresentato dal raggiungimento dello scopo, come avviene in ambito di atti processuali o di provvedimenti amministrativi (18), residua pur sempre uno spazio in cui la concreta alterazione del risultato finale lascia spazio all'astratta impossibilità di conseguimento dello stesso. Principi di economia processuale e procedurale, nonché di certezza e speditezza dei rapporti giuridici ed economici, sembrerebbero suggerire una diversa soluzione, che conceda un'efficacia sanante alla dimostrazione, anche in capo al datore di lavoro, dell'inidoneità dell'erronea comunicazione ad alterare la partecipazione delle organizzazioni sindacali alla procedura di licenziamento. La consapevole scelta effettuata dal Tribunale di Roma e, prima di questo, dalla Suprema Corte, non fa altro che confermare la centralità e l'importanza della protezione delle situazioni soggettive dei lavoratori.

Sul punto è intervenuta la legge n. 92/2012 (cd. «riforma Fornero»), che, con l'art. 1, comma 45, ha inserito un periodo aggiuntivo all'art. 4, comma 12, della legge n. 223/1991. La nuova formulazione della norma dispone che «gli eventuali vizi della comunicazione di cui al comma 2 del presente articolo possono essere sanati, a ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo». La disposizione interviene evidentemente sulla questione inerente l'ammissibilità o meno dell'effetto sanante di un accordo sinda-

(18) Viene in rilievo, a titolo meramente esemplificativo, il disposto contenuto nell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, introdotto con legge n. 15/2005, secondo cui «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del procedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». I parallelismi con la comunicazione ex art. 4 della legge n. 231/1991 sono evidenti: in entrambi i casi, infatti, l'atto regola il rapporto fra due soggetti posti in posizioni di forza diverse, privato e pubblica amministrazione, da un lato, e lavoratore e datore di lavoro, dall'altro. Inoltre, nelle due fattispecie siamo in presenza di vizi estremamente rilevanti quali, in un caso, la mancata comunicazione di avvio del procedimento, fondamentale per garantire il rispetto del principio del contraddittorio e il buon andamento della pubblica amministrazione e, nell'altro, la violazione degli obblighi informativi finalizzati, anch'essi, all'instaurazione del dialogo fra le parti sociali. Diversa è però la soluzione accordata dall'ordinamento: laddove, infatti, la pubblica amministrazione dimostri che il contenuto del provvedimento, pur in presenza di corretta comunicazione d'avvio, sarebbe stato lo stesso, l'atto non sarà annullabile; al contrario, qualora il datore di lavoro riuscisse a dimostrare che la mancata comunicazione di tutti i motivi del licenziamento non avrebbe alterato la partecipazione alle consultazioni e lo svolgimento di queste, ciò non lo renderebbe esente da colpe e non sanerebbe i licenziamenti effettuati illegittimamente. Si evidenzia, quindi, un diverso bilanciamento degli interessi in gioco, identificabili nella speditezza ed economicità dell'azione amministrativa o del datore di lavoro e nella protezione del soggetto debole, quali sono i privati o i lavoratori. A elidere questa diversità nel bilanciamento di interessi è intervenuta la riforma Fornero, di cui si dà conto nel corso dell'elaborato.

cale sui vizi della comunicazione con la quale viene avviata la procedura di riduzione del personale.

A fronte delle indicazioni giurisprudenziali appena esposte, ci si interroga (19) sull'opportunità di una tale riforma, che pretende di attribuire efficacia sanante all'accordo collettivo a prescindere dal merito dell'inadempimento della regola sull'obbligo di comunicazione (20), senza specificare quale accordo possa avere simile rilievo.

La critica che maggiormente coglie nel segno risiede, allora, nella considerazione secondo cui le rappresentanze sindacali, alle quali è demandata la tutela di interessi collettivi dei lavoratori, risentirebbero di un delicato problema di rappresentatività in quanto il loro consenso potrebbe sanare un vizio della comunicazione datoriale. Bisognerà inoltre specificare, in sede interpretativa, quali tipologie di vizi sono da ritenersi sanabili in conseguenza dell'accordo fra le parti della concertazione: non sembra, infatti, possibile che il mancato invio della comunicazione ad alcune delle associazioni destinatarie per legge del diritto di informazione possa non essere contestato solo sulla base delle trattative avviate con altre sigle di rappresentanza. In questo modo, infatti, si finirebbe per accordare al datore di lavoro il potere di scegliere gli interlocutori sindacali più graditi.

La buona fede e la correttezza vengono in rilievo anche circa le modalità dell'informazione, che deve essere completa, chiara e non reticente. L'indicazione di questi parametri permette di perimetrare al meglio il sindacato del giudice che, come detto, non potrà scendere nel merito delle decisioni dell'imprenditore, ma avrà la possibilità di valutarle alla luce di tutti i dati di cui l'impresa disponeva o avrebbe dovuto disporre secondo l'ordinaria diligenza (21).

La vicenda sottesa alla decisione del Tribunale è arricchita dal dato, risultante dagli atti di causa, secondo cui l'intervento sul ramo d'azienda ove erano collocati i lavoratori ricorrenti trovava il proprio fondamento sulla strategia imprenditoriale finalizzata a differenziare l'offerta al pubblico in due distinti punti vendita ubicati a poca distanza l'uno dall'altro. Da ciò deriverebbe la riduzione del carattere necessitato del-

(19) Si veda F. Scarpelli, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale*, cit., pp. 94 ss.

(20) Un esempio si può trarre da L. Montuschi, *Procedure e forme: comunicare è bello?*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, III, pp. 651 ss.; l'Autore si domanda, infatti: «se la comunicazione preventiva è stata indirizzata per errore solo alle rappresentanze sindacali aziendali e tuttavia le associazioni di categoria si sono presentate all'incontro senza sollevare eccezione alcuna, sicché si è svolto l'esame congiunto, magari con esito positivo, la spontanea adesione del sindacato esterno che pure non ha ricevuto, come prescrive la legge, la comunicazione preventiva di rito, vale a sanare l'irregolare avvio della procedura?».

(21) Più diffusamente, sul contenuto della comunicazione rivolta alle organizzazioni sindacali, si veda Cass. 3 novembre 2010, n. 22329, cit., secondo cui «la legge n. 223 del 1991, art. 4, comma 3, prevede che la comunicazione aziendale alle organizzazioni sindacali deve contenere l'indicazione dei motivi che determinano la situazione di eccedenza (non di specifiche unità produttive, ma, indeterminatamente, dell'intera situazione aziendale) e dei motivi tecnici, organizzativi o produttivi, per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio a detta situazione. Né l'indicazione delle eccedenze di personale, né la valutazione sulle misure per porvi rimedio sono circoscritte o circoscrivibili a singole unità produttive. Se alla eccedenza in un'unità fosse possibile porre rimedio con misure consistenti nello spostamento del personale in eccesso in quella unità verso altre unità, la comunicazione non può esimersi dallo spiegare quali ragioni non consentono l'adozione di tale misura».

la scelta di incidere su solo uno dei due punti vendita, con il conseguente obbligo per la società di indicare nella comunicazione di avvio le ragioni che avevano indotto a limitare l'intervento e i motivi che impedivano di spostare le unità in esubero nel vicino punto vendita (22). La correlazione fra i due plessi aziendali non fa altro che sottolineare la necessaria indicazione dei motivi che hanno determinato la situazione di eccedenza e dei motivi tecnici, organizzativi o produttivi per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione. Le organizzazioni sindacali devono inoltre essere messe in condizione di valutare questi motivi con riferimento all'intero complesso aziendale, comprensivo dell'unità interessata dal rinnovamento e delle altre unità produttive, a maggior ragione se ubicate a poca distanza le une dalle altre.

L'insufficiente comunicazione inviata ai rappresentati sindacali non ha pertanto posto questi in condizione di partecipare alla trattativa con piena consapevolezza dei dati fattuali rilevanti e di valutare l'opportunità di concordare un'estensione della procedura ad altre unità produttive dell'impresa.

Al contrario, solamente l'esatta individuazione delle ragioni tecniche, produttive e organizzative della strategia dell'imprenditore poteva mettere in condizione i sindacati di valutare agevolmente la sussistenza o meno del rischio di discriminazioni fra lavoratori di diverse imprese conseguenti a una parcellizzazione del licenziamento collettivo.

Il giudice del merito sottolinea ancora una volta come i motivi di cui sopra devono essere esplicitati alla luce del quadro dell'intero complesso aziendale, come richiesto dalla legge n. 223 del 1991; sarebbe stato infatti incongruo che l'ambito della comunicazione venisse predeterminato per legge, a fronte del principio della libertà economica e perché ciò presupporrebbe una assoluta e generalizzata incomunicabilità tra parti o settori dell'impresa (23).

(22) Soluzione ricorrente nella giurisprudenza di merito: «Sono inefficaci i licenziamenti inflitti in violazione dell'obbligo, ex art. 4, comma 3, legge 23 luglio 1991, n. 223, di indicare, nella comunicazione di apertura della procedura alle organizzazioni sindacali, i motivi che determinano la situazione di eccedenza, nonché i motivi per i quali si ritenga di non poter adottare misure alternative al licenziamento» (Pret. Milano 4 maggio 1998, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, pp. 939 ss.; conf. Pret. Milano 31 gennaio 1995, *ivi*, 1995, pp. 583 ss.; Pret. Milano 22 marzo 1999, *ivi*, 1999, pp. 535 ss.).

(23) Cfr. anche Cass. 29 aprile 2009, n. 9991, in *Guida dir.*, 2009, 22, pp. 64 ss.; Cass. 3 maggio 2006, n. 10198, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, n. 2, pp. 592 ss., con nota di A. Bordone, *La legge n. 223 del 1991 e i criteri di scelta in caso di soppressione del reparto*: quest'ultima decisione dichiara esente da censure la sentenza impugnata, la quale a sua volta aveva ritenuto non legittima la scelta dei lavoratori «solo perché addetti ai reparti lavorativi soppressi, trascurando così di tenere conto che gli stessi avevano, con frequenza e in tempi non remoti ("per prassi aziendali"), sostituito colleghi addetti ad altri reparti con una indubbia e non contestata professionalità, come era attestato sia dal fatto che sovente si verificava tra i lavoratori dell'azienda un mutamento di mansioni e un trasferimento nelle diverse strutture aziendali, sia dalla circostanza che dopo il suddetto licenziamento erano stati assunti nuovi lavoratori chiamati a svolgere proprio le mansioni che i licenziati in precedenza avevano svolto»; Cass., 24 gennaio 2002, n. 809, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, pp. 903 ss., con nota di R. Diamanti, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta in materia di licenziamento collettivo*: secondo l'opinione dell'Autore, conforme alla decisione commentata, l'indicazione legislativa è collegabile a una migliore possibilità di selezionare i lavoratori che dovrebbero essere considerati «più forti» nel mercato (co-

Il potere discrezionale del datore di lavoro appare quindi gravato da numerosi contrappesi, sotto forma di obblighi informativi e di comunicazione, che ne influenzano l'esercizio. Viene ancora una volta in rilievo il riferimento alla figura dell'abuso del diritto (24). Il diritto del contraente forte, in questo caso il datore di lavoro dotato di libera iniziativa economica, non può sfociare nel mancato rispetto della condizione del contraente debole. Al contrario, la discrezionalità inerente il riposizionamento dell'azienda è limitata proprio da queste situazioni soggettive bisognose di una tutela pregnante. La finalità di rendere accessibili e proficue le consultazioni con i sindacati è la cartina di tornasole con cui si può valutare il comportamento dell'imprenditore ed escludere, o accertare, l'abuso nell'esercizio del diritto, *rectius* potere, di disporre il licenziamento collettivo. Si ritiene, infatti, arbitraria e, pertanto, illegittima, ogni decisione del datore di lavoro diretta a limitare l'ambito di selezione a un singolo settore o a un reparto, se ciò non sia strettamente giustificato dalle ragioni che hanno condotto alla scelta di riduzione del personale (25).

La condotta tenuta dal datore di lavoro, proseguono i giudici del Tribunale di Roma, sarà compiutamente valutata solo all'esito del positivo esaurimento della valutazione svolta dai sindacati sulla correttezza della comunicazione: il controllo *ex ante* sul merito non può che essere demandato alle rappresentanze, dato che il giudice incontra il limite della discrezionalità delle scelte dell'imprenditore.

Il riferimento al «complesso aziendale» di cui all'art. 5 della stessa legge, inoltre, impone un controllo particolarmente rigoroso nel caso in cui l'impresa sia do-

loro che hanno minore anzianità e minori carichi di famiglia), tenendo presente un ambito più vasto come il «complesso aziendale» (nello stesso senso v. anche F. Focareta, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, 54, pp. 319 ss.).

(24) Cfr. *supra*, par. 2; a tal proposito, vedi anche A. Vallebona, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in A. Vallebona, *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2010, 1, il quale dà conto del tentativo di elaborazione della fattispecie fondandosi sulla premessa che la titolarità di un diritto potestativo non determina mera discrezionalità e arbitrio nell'esercizio di esso e non esclude la sindacabilità e il controllo degli atti da parte del giudice, il cui accertamento può condurre alla declaratoria di illegittimità dell'atto e alla responsabilità civile dell'autore con incidenza anche sul rapporto contrattuale. L'esercizio del diritto soggettivo non si ricollegerebbe, quindi più all'attuazione di un potere assoluto imprescindibile ma presupporebbe un'autonomia libera, sicché il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli richiesti dalla natura della disfunzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere pure riconosciuto dall'ordinamento. La ricostruzione in questi termini denota una propensione eccessiva per giudizi di valore che possono portare a una discutibile concezione funzionale dell'autonomia privata e dei diritti soggettivi in contrasto con la valenza oggettiva che devono assumere e tale da lasciare un eccessivo margine valutativo all'interprete. In termini più generali, non può non lasciare perplessi il rigore valutativo applicato all'esercizio dei diritti del lavoratore nel momento in cui l'ordinamento esprime una netta inclinazione a mantenere esenti da valutazioni giudiziarie le scelte tecniche e organizzative adottate dall'imprenditore.

(25) Le stesse indicazioni si ricavano da Cass. 3 novembre 2008, n. 26376, in *Guida lav.*, 2008, n. 45, p. 23, con nota di G. Falasca, *Licenziamento collettivo: i lavoratori devono essere scelti nell'intero complesso aziendale*: «la delimitazione dell'ambito di applicazione dei criteri dei lavoratori da porre in mobilità è dunque consentita solo quando dipenda dalle ragioni produttive e organizzative che si traggono dalle indicazioni contenute nella comunicazione di cui all'art. 4, comma 3, quando cioè gli esposti motivi dell'esubero, le ragioni per cui lo stesso non può essere assorbito, conducono coerentemente a limitare la platea dei lavoratori oggetto della scelta».

tata di più unità produttive e la scelta dei lavoratori da avviare in mobilità risieda su una sola di queste. I dati di fatto in parola sono indici utili per rilevare le eventuali reticenze del datore di lavoro circa le esigenze tecniche, produttive e organizzative che devono essere oggetto di comunicazione e che precludono la possibilità, per i sindacati, di esercitare durante la procedura il controllo di legittimità della scelta datoriale.

Non a caso, i giudici di primo grado parlano a tal uopo di «maliziose elusioni» dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali, la cui pericolosità risiede nelle potenziali discriminazioni tra i lavoratori posti in diverse unità produttive.

4. — *Conclusioni* — Dalle considerazioni svolte discende che la comparazione all'interno di una sola unità produttiva è di per sé legittima, ma è viziata dall'indebita compressione del bacino di valutazione da parte dell'impresa. L'esercizio del potere datoriale non è del tutto libero: il rapporto economico in cui spiega i suoi effetti, infatti, comporta doveri di protezione solidaristica cristallizzati a livello costituzionale dall'art. 2 della nostra Carta fondamentale. Le pronunce in epigrafe, inserendosi nei binari di un indirizzo giurisprudenziale ormai pacifico, esplicitano con chiarezza il contenuto del dovere di solidarietà economica di cui si sta trattando con riferimento alla disciplina della comunicazione sindacale di cui all'art. 4 della legge n. 223 del 1991. La finalità che tale norma persegue è quella di permettere il corretto svolgimento delle consultazioni sindacali; la buona fede del datore di lavoro deve quindi essere valutata in relazione al raggiungimento di questo scopo. Ciò appare tanto più evidente nel particolare ambito delle sentenze della Suprema Corte e del Tribunale di Roma, vale a dire le procedure di licenziamento inerenti singole unità produttive. Gli interessi dei lavoratori devono essere tutelati anche e soprattutto con riferimento alla possibilità di reimpiegarli in altri «dipartimenti» della stessa azienda, e solo la comprovata impossibilità di pervenire a questa soluzione esime il datore di lavoro dal riferire i motivi tecnico-organizzativi che riguardano l'intero complesso aziendale.

Inoltre, il ruolo fondamentale dell'accordo fra sindacato e datore di lavoro acquista ancora maggiore rilievo alla luce della riforma Fornero, che è intervenuta sul punto dotando di efficacia sanante il momento del contraddittorio. Si tratta di una sanatoria non priva di rischi applicativi, ma che non sembra a ogni modo escludere la gravità dei vizi inerenti la comunicazione. Non siamo, infatti, di fronte a un rimedio generalizzato, bensì temperato dalla tipologia del vizio e dall'interesse del lavoratore alla piena tutela della sua situazione soggettiva. Bisogna però sottolineare che la riforma, lungi dall'introdurre innovazioni in materia, si pone in un rapporto di stretta continuità con la protezione dei beneficiari degli obblighi informativi, in quanto il raggiungimento dell'accordo presuppone una piena consapevolezza della situazione da parte delle rappresentanze sindacali e, quindi, il raggiungimento dello scopo delle indicazioni dettate dall'imprenditore (26).

(26) Invero, il legislatore si è limitato a generalizzare un indirizzo prevalente ormai da anni nella giurisprudenza di legittimità. Sul punto, cfr. Cass., Ss.Uu., 11 maggio 2000, n. 302, in q. *Riv.*, 2011, 1, p. 119, con nota di R. Muggia, *Cassa integrazione e licenziamenti collettivi al vaglio delle Sezioni Unite*. In senso conforme, Cass. 22 aprile 1998, *ivi*, 2000, 1, p. 109, con nota di S. Fatone, *Sulle comunicazioni da inviare a proposito dei licenziamenti collettivi*.

La disciplina della comunicazione alle organizzazioni sindacali, impreziosita dalle applicazioni giurisprudenziali e dalle novità legislative, sembra quindi dotare l'istituto di strumenti che rendono meno concettuali e ornamentali i canoni della buona fede e della correttezza nell'esercizio di un diritto fondamentale come quello della libera iniziativa economica, dando piena soddisfazione alla dottrina che chiede, a ragione, una continua valorizzazione di tale principio supremo (27).

Andrea Severini
Avvocato in Roma

(27) Si vedano A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, *Sub art.* 1175, p. 344; A. Marangoni, *La disciplina degli oneri procedurali nei licenziamenti collettivi*, cit., p. 126.

CASSAZIONE, 22 giugno 2012, n. 10439, Sez. lav. – Pres. Lamorgese, Est. Tria, P.M. Servello (conf.) – Co.G. & Ap. Spa (avv. Di Martino) c. A.R. (avv. Spagnuolo) e Panico Costruzioni Srl.
Conf. Corte d'Appello Salerno, 20 luglio 2010.

Appalto – Ausiliari dell'appaltatore (diritti verso il committente) – Art. 1676 cod. civ. – Ambito di applicazione – Subappalto di lavori pubblici – Inclusione – Fondamento.

La disposizione dell'art. 1676 cod. civ. in base alla quale i dipendenti dell'appaltatore hanno azione diretta verso il committente fino a concorrenza del debito del committente verso l'appaltatore, per conseguire quanto loro dovuto per l'attività prestata nell'esecuzione dell'appalto, si applica anche al subappalto di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 141 del d.P.R. n. 554 del 1999, sia perché il subappalto è un vero e proprio contratto di appalto, seppure caratterizzato da derivazione da altro contratto di appalto, sia perché nell'appalto e nel subappalto ricorre la stessa esigenza di tutela dei lavoratori, onde preservarli dal rischio di inadempimento del datore di lavoro. (1)

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

(1) LA GARANZIA DEI CREDITI DEI LAVORATORI NEGLI APPALTI

SOMMARIO: 1. Il caso affrontato dalla sentenza in esame. — 2. La solidarietà negli appalti. — 3. I presupposti per l'applicazione dell'art. 1676 cod. civ. e l'oggetto della tutela. — 4. L'«affievolimento» della responsabilità solidale. — 5. La responsabilità solidale nel settore pubblico. — 5.1. Il criterio sostanzialistico. — 5.2. I dubbi di costituzionalità con riferimento alle pubbliche amministrazioni. — 5.3. La specialità del Codice dei contratti pubblici.

1. — *Il caso affrontato dalla sentenza in esame* — La Cassazione, con la sentenza in commento, oltre a prendere posizione su alcuni aspetti di carattere processuale connessi alla concreta controversia sottoposta al suo esame, affronta il problema dell'applicazione dell'art. 1676 cod. civ. nell'appalto di opere pubbliche. La Corte, in particolare, è stata chiamata a prendere posizione circa l'ulteriore tematica dell'estensione della tutela prevista da questa disposizione ai lavoratori dipendenti del subappaltatore nei confronti dell'appaltatore-subcommittente. Nel dare risposta affermativa a entrambi i quesiti, la sentenza ha ribadito alcuni principi consolidati circa la natura e la funzione della norma e, in modo totalmente condivisibile, ha ritenuto che essa «si applica anche ai dipendenti del subappaltatore nei confronti del subcommittente o subappaltante». Tale conclusione è giustificata, a parere della Corte, da un'interpretazione letterale dell'art. 1676 cod. civ., oltre che in ragione di un argomento di tipo teleo-

logico. Sotto quest'ultimo profilo, si afferma che l'estensione della tutela anche ai dipendenti del subappaltatore, oltre a non essere impedita dalla formulazione letterale della disposizione, rappresenta una conseguenza della finalità del legislatore, che è quella di «assicurare una particolare tutela in favore dei lavoratori ausiliari dell'appaltatore, atta a preservarli dall'inadempimento di questi: esigenza che ricorre identica nell'appalto e nel subappalto». Del resto, dal punto di vista sostanziale e giuridico, tra appaltatore e subappaltatore intercorre il medesimo rapporto giuridico ravvisabile tra committente e appaltatore.

La decisione affronta anche il problema connesso alla previsione, contenuta nell'art. 141, comma 4, d.P.R. n. 554/1999, in base alla quale l'affidamento dei lavori da parte di una società consortile aggiudicataria dell'appalto alle imprese consorziate non rappresenta un'ipotesi di subappalto. In ragione di questa disposizione, nel giudizio definito dalla decisione in esame, è stato prospettato che i dipendenti dei singoli consorziati non avrebbero potuto ricorrere all'azione diretta nei confronti della società consortile aggiudicataria dell'appalto per rivendicare il loro diritto al pagamento della retribuzione. La sentenza in esame non ha condiviso tale esito interpretativo e ha ritenuto applicabile l'art. 1676 anche in questa ipotesi. A sostegno di questa conclusione, che a dire il vero avrebbe meritato una motivazione più esaustiva, la Corte ha utilizzato un criterio sostanzialistico, oltre che un argomento di tipo sistematico.

Le questioni trattate nella decisione offrono l'occasione per riflettere sul regime di protezione del credito dei lavoratori utilizzati in un appalto e sulle risposte differenziate che il legislatore ha voluto offrire nel corso del tempo. Alla tradizionale tutela accordata dal codice civile, come è noto, è stato introdotto, con il d.lgs. n. 276 del 2003, un particolare regime di solidarietà negli appalti che, almeno nelle intenzioni originarie, avrebbe dovuto garantire una tutela dei diritti di credito dei lavoratori più efficace di quella offerta dall'art. 1676 cod. civ. Nel settore pubblico, come si vedrà, il legislatore ha introdotto un modello di tutela alternativo e incentrato sui rapporti tra appaltatore e subappaltatore.

2. — *La solidarietà negli appalti* — La scelta di introdurre un regime di solidarietà alternativo alla tutela prevista dal codice civile rappresenta la conseguenza di un mutamento radicale nella cultura giuslavorista. La «frantumazione» dell'impresa mediante l'affidamento a terzi di fasi del ciclo produttivo è stata considerata, soprattutto dopo l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, uno strumento di elusione della normativa in materia di licenziamenti individuali, oltre che un tentativo di indebolire la presenza sindacale nei luoghi di lavoro (1). L'unicità del ciclo produttivo, in sostanza, non poteva non coincidere con l'unicità del datore di lavoro e della struttura gerarchica dell'imprenditore, a pena di compromettere l'effettività di un diritto del lavoro che modula le tutele in ragione di una determinata dimensione aziendale (2). Lo sviluppo successivo dell'economia capitalistica, tuttavia, ha messo in discussione l'impostazione tradizionale e ha indotto un profondo mutamento di prospettiva, che si è tradotto nelle riforme degli ultimi quindici anni. Il tema della tutela dei lavoratori coinvolti in

(1) L. Mariucci, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, F. Angeli, Milano, 1979.

(2) M. Biagi, *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, F. Angeli, Milano, 1978.

processi di esternalizzazione o segmentazione dell'impresa è tornato così ad avere una indiscutibile centralità nel dibattito scientifico, anche per effetto dell'introduzione del lavoro temporaneo tramite agenzia con la legge n. 196 del 1997 e dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 267 del 2003. La necessità di individuare nuovi modelli di regolazione del decentramento produttivo ha, altresì, favorito quel dialogo tra economia e diritto del lavoro che è certamente fecondo per il giuslavorista. L'analisi dei processi economici-organizzativi, infatti, ha consentito di superare il tradizionale sospetto della dottrina nei confronti delle esternalizzazioni, che rappresentano, ormai da tempo, un aspetto fisiologico del sistema produttivo (3). La stessa giurisprudenza, del resto, nel corso del tempo, ha progressivamente mostrato sempre più insofferenza nei confronti di una legislazione che poneva limiti a scelte organizzative determinate, più che da una volontà elusiva, dalla necessità di rispondere alle esigenze di competizione nel mercato (4). La riforma del 2003, da questo punto di vista, ha tentato di offrire un quadro regolativo che consente all'imprenditore di scegliere in modo più flessibile come organizzare il processo produttivo, senza mettere in discussione la permanenza del divieto di interposizione di manodopera e dell'unicità del datore di lavoro (5).

Abrogata la legge n. 1369 del 1960, il legislatore, con l'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, ha voluto precisare la distinzione tra appalto lecito e somministrazione di manodopera (6), e ha introdotto un nuovo regime di solidarietà tra committente e appaltatore per la garanzia dei crediti maturati dai lavoratori (7). Questo nuovo regime

(3) R. De Luca Tamajo, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, pp. 4 ss. Cfr. anche L. Corazza, «*Contractual integration*» e rapporti di lavoro, Giuffrè, Milano, 2004. Cfr. anche V. Speciale, *L'intermediazione nell'uso della forza lavoro (somministrazione e appalto di manodopera)*, in R. Bortone, C. Damiano, D. Gottardi, *Lavori e precarietà*, Editori Riuniti, Roma, pp. 55 ss., e Idem, *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *q. Riv.*, 2006, pp. 3 ss. Per una recente ricostruzione del dibattito scientifico sul tema cfr. G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, p. 129. Cfr. anche G. Mimmo, *Il regime di solidarietà nell'appalto*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, pp. 528 ss.

(4) L. Corazza, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona» IT*, n. 93/2009, pp. 2-3 e 11.

(5) Cfr. Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Arg. dir. lav.*, p. 1011, con nota di M.T. Carinci. In realtà, il divieto di interposizione di manodopera non impedisce che più imprenditori possano essere considerati, a determinate condizioni, codatori di lavoro. Sul tema, cfr. L. Corazza, «*Contractual integration*»..., cit.; V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, pp. 1 ss., e, mi sia consentito, E. Raimondi, *Il datore di lavoro nei gruppi imprenditoriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 287 ss.

(6) Il riferimento, contenuto nel comma 1 dell'art. 29, alla necessità che l'appaltatore organizzi i mezzi necessari per l'esecuzione dell'opera o del servizio, eserciti il potere direttivo nei confronti dei propri dipendenti e assuma il rischio imprenditoriale, non aggiunge nulla alla nozione civilista di appalto contenuta negli artt. 1655 cod. civ., così come interpretato dalla giurisprudenza. Lo rileva anche O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 225 ss., oltre L. Corazza, *La nuova nozione...*, cit., p. 7. Di differente opinione, invece, sono G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Solidarietà e tutele...*, cit., p. 134, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sull'argomento, che invece ritengono che il legislatore così «delinea una nozione di appalto parzialmente diversa da quella di cui all'art. 1655 ss. cod. civ.».

(7) Analogo meccanismo era previsto dall'art. 3 della legge n. 1369 del 1960, che estendeva la responsabilità del committente alla garanzia del rispetto, da parte dell'appaltatore, delle condizioni economiche e normative previste dalla contrattazione collettiva.

di tutela della garanzia patrimoniale, dunque, si aggiunge alla «tradizionale» azione diretta prevista dall'art. 1676 cod. civ., al fine di rafforzare ulteriormente la posizione del lavoratore. In sostanza, le garanzie riconosciute dal codice civile sono sembrate insufficienti a tutelare i diritti di credito dei lavoratori coinvolti negli appalti.

Il regime di solidarietà introdotto nel 2003, tuttavia, è stato successivamente oggetto di una serie di modifiche introdotte nel corso del tempo da parte di un legislatore che è stato definito «ipertrofico» (8). Sono state introdotte, infatti, alcune disposizioni, in materia fiscale e di sicurezza sul lavoro, anch'esse oggetto di continui ripensamenti (9). In ultimo, recenti riforme hanno inciso in modo significativo sull'operatività del regime di solidarietà previsto dall'art. 29, che potrebbero determinare l'effetto contrario a quello di chi ha assegnato a tale disposizione la funzione di apprestare «una difesa ancora più intensa della posizione dei dipendenti dell'appaltatore» (10). Come si cercherà di mettere in rilievo, allo stato attuale, il «vecchio» art. 1676 cod. civ. potrà essere ritenuto maggiormente attraente rispetto al modello alternativo contenuto nella legislazione speciale.

3. — *I presupposti per l'applicazione dell'art. 1676 cod. civ. e l'oggetto della tutela* — L'art. 1676 cod. civ., come è noto, consente ai lavoratori di convenire in giudizio il committente «per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda».

In sostanza, la norma attribuisce ai dipendenti dell'appaltatore un'azione diretta nei confronti del committente. Essa, dunque, non ha carattere sostitutorio, come la giurisprudenza aveva ritenuto in passato (11). La legge, infatti, riconosce eccezionalmente ai lavoratori un diritto proprio nei confronti dell'appaltante per il pagamento delle retribuzioni maturate in ragione dell'esecuzione delle loro prestazioni lavorative. Il carattere speciale della disposizione (12) risiede nel fatto che questo tipo di azione,

(8) V. Pasquarella, *La responsabilità negli appalti*, in Aa.Vv., *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 799, a cui si rinvia per la ricostruzione degli interventi legislativi intervenuti; cfr. anche S. Cassar, *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, n. 11, p. 834. Cfr. L. Imberti, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, n. 72/2008, il quale spiega i continui interventi legislativi sia «alla luce di diverse impostazioni politiche», sia per «l'incertezza del legislatore nel definire il livello di protezione dei lavoratori impiegati negli appalti ritenuto adeguato» (p. 3). Cfr. anche I. Alvino, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp. 507 ss., e D. Izzì, *La tutela del lavoro negli appalti*, in *Lav. dir.*, 2008, pp. 439 ss.

(9) Cfr., oltre agli Autori indicati nella precedente nota, P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla finanziaria 2007*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, n. 52/2007, il quale mette in rilievo le difficoltà di coordinare in modo sistematico tutte queste disposizioni.

(10) G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Solidarietà e tutele...*, cit., p. 136.

(11) Cass. 10 luglio 1975, n. 2714, ha affermato il carattere sostitutorio dell'azione, oltre la sua eccezionalità.

(12) L. Imberti, *Lavoro e responsabilità...*, cit., p. 7, e G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Solidarietà e tutele*, cit., p. 136.

come sostiene una risalente giurisprudenza, «non ha fondamento in un diritto di credito degli ausiliari verso il committente, né vale a inserire il committente quale soggetto del contratto di lavoro con tali ausiliari e tenuto, perciò, a rispettare le norme cogenti relative a tale contratto» (13).

Sotto il profilo della legittimazione attiva, la norma può essere invocata esclusivamente dai dipendenti dell'appaltatore, sia in ragione del tenore letterale della disposizione, sia in ragione della sua ricordata specialità, che non consente un'estensione del suo ambito di applicazione in via analogica. Essa, quindi, non può essere invocata da coloro i quali, seppur abbiano collaborato con l'imprenditore nell'appalto, non sono legati a questi da un rapporto di dipendenza ai sensi dell'art. 2094 cod. civ. (14). Tale limitazione non è, invece, riscontrabile nel caso previsto dall'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003. Per effetto di tale disposizione, infatti, anche coloro i quali siano stati coinvolti nell'appalto mediante un rapporto di lavoro autonomo possono invocare il regime di solidarietà per la soddisfazione dei propri crediti.

Ai fini dell'effettiva operatività della tutela codicistica, si ritiene che il committente possa essere chiamato a rispondere dei crediti maturati dai lavoratori dell'appaltatore soltanto se, secondo giurisprudenza costante, l'appaltante sia diffidato, anche in via stragiudiziale, al pagamento delle retribuzioni. Secondo un orientamento della giurisprudenza, è da questo momento che sorgerebbe un regime di solidarietà passiva, tra committente e appaltatore, ai sensi dell'art. 1292 cod. civ. (15) Sembra di capire che, secondo questa impostazione, l'obbligazione solidale è condizionata alla richiesta espressa di pagamento che i dipendenti dell'appaltatore devono rivolgere al committente, anche in via stragiudiziale (16).

Questa tesi non è, tuttavia, condivisibile. L'art. 1676 cod. civ., infatti, non ha introdotto un regime di responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore (17), dal momento che, perché si possa parlare di solidarietà passiva, il presupposto è che le obbligazioni trovino il loro fondamento nella medesima causa, nel senso che esse siano finalizzate a soddisfare il medesimo interesse creditorio. Nel caso dell'art. 1676 cod. civ. ciò non è ravvisabile. In base a questa disposizione, infatti, il committente, se chiamato in giudizio dai lavoratori dell'appaltatore, estingue il proprio diritto di credito nei confronti di quest'ultimo e nei limiti della «concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda». In pratica, mediante il pagamento delle retribuzioni egli estingue il proprio debito

(13) Cass. 3 luglio 1968, n. 2216, in *Foro it.*, 1969, I, 2352. Detto per inciso, l'esistenza di questa disposizione rappresenta un ostacolo giuridico a ritenere che in alcuni casi di appalto si possa configurare un regime di codatorialità.

(14) Della stessa opinione L. Imberti, *op. cit.*, pp. 8-9, e G. Mimmo, *Il regime di...*, cit., p. 529. Cfr. Cass. 10 luglio 1975, n. 2714, cit., che ha ritenuto di non poter estendere, in via analogica, l'ambito di applicazione della norma a un agente.

(15) Cass. 27 settembre 2000, n. 12784; Cass. 6 marzo 1985, n. 1857. Il principio è sostenuto, indirettamente, dalla sentenza in esame.

(16) La recente giurisprudenza di merito sembra abbandonare il tradizionale orientamento criticato nel testo. In proposito, cfr. Trib. Udine 7 febbraio 2012, n. 37. In senso contrario, tuttavia, cfr. Cass. 19 aprile 2006, n. 9048, che afferma lo stesso principio enunciato nella sentenza oggetto di commento.

(17) In questo senso I. Alvino, *La tutela del lavoro nell'appalto*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 1555 ss.

nei confronti dell'appaltatore. La prestazione, quindi, trova titolo nel contratto di appalto e non in quello di lavoro che intercorre con l'appaltatore. La richiesta di pagamento nei confronti dell'appaltante, quindi, non è finalizzata a far sorgere un regime di solidarietà passiva tra committente e appaltatore, ma è quella di «determinare l'indisponibilità del credito dell'appaltatore nei confronti del committente» (18), tipica dell'espropriazione mobiliare presso il terzo debitore. La determinazione del momento in cui la manifestazione della volontà giunge a conoscenza dell'appaltante è essenziale perché individua il momento esatto in cui sorge l'obbligo del committente di corrispondere quanto dovuto ai dipendenti dell'appaltatore. È da tale momento, infatti, che se il committente dovesse estinguere il proprio debito mediante pagamento diretto al datore di lavoro non sarebbe liberato nei confronti dei dipendenti di questo.

Ci si è chiesti, in considerazione della formulazione letterale della disposizione e della sua funzione, se il debito che il committente ha verso l'appaltatore si riferisce esclusivamente al corrispettivo pattuito con il contratto di appalto ovvero se si possa ritenere che l'azione è concessa in presenza di un debito sorto in ragione di titoli differenti. L'interrogativo, cioè, è se i dipendenti dell'appaltatore possano agire nei confronti del committente per debiti sorti per altri rapporti giuridici, quale, ad esempio, un mutuo, ovvero determinati dall'esistenza di altri appalti, in cui essi non sono stati, tuttavia, impiegati. La prima soluzione è quella maggiormente coerente con il tenore letterale della disposizione, che limita le pretese dei lavoratori a quanto loro dovuto in connessione con l'attività prestata nello specifico appalto in cui essi sono stati coinvolti (19). Ne consegue che il credito residuo che l'appaltatore ha nei confronti del committente in ragione del corrispettivo pattuito per l'appalto rappresenta il limite della tutela patrimoniale dei lavoratori dipendenti impiegati per l'esecuzione dell'opera o del servizio pattuiti. Questa limitazione non è presente, invece, nell'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, che, al contrario, consente ai dipendenti degli appaltatori e anche dei subappaltatori di fare accertare il vincolo solidale del committente per tutti i diritti di credito di natura retributiva che essi hanno nei confronti del proprio datore di lavoro (20) e, dunque, a prescindere dai rapporti interni tra appaltante e appaltatore. La tutela predisposta dalla disposizione codicistica è, per tale motivo, oggettivamente più limitata rispetto a quella introdotta dall'art. 29.

Si potrebbe ritenere che l'espressione «quanto loro dovuto» comprenda anche crediti non necessariamente di natura retributiva, ma anche di carattere risarcitorio, sempre che siano riconducibili allo svolgimento di prestazioni lavorative finalizzate all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di appalto. La giurisprudenza sembra non condividere questa interpretazione, dal momento che «l'azione diretta proposta dal dipendente dell'appaltatore contro il committente è prevista dall'art. 1676 cod. civ. con riferimento al solo credito maturato dal lavoratore in forza dell'attività svolta per l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio oggetto

(18) Cass. 19 aprile 2006, n. 9048.

(19) Cfr., anche su tale profilo, G. Mimmo, *Il regime di...*, cit., p. 530.

(20) Per effetto delle ultime e recenti modifiche legislative, tale responsabilità si estende anche al versamento dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi. Su tale estensione, impropria, si condivide il giudizio espresso da G. Mimmo, *op. cit.*, p. 534.

dell'appalto, e non anche con riferimento a ulteriori crediti, pur relativi allo stesso rapporto di lavoro» (21).

Una differenza di rilievo tra le tutele previste dalle disposizioni in esame riguarda il noto e frequente fenomeno degli «appalti a catena», che, come anticipato, trova nel settore pubblico una specifica regolamentazione. Nel settore privato, invece, non v'è dubbio che i dipendenti dei subappaltatori sono maggiormente tutelati dall'art. 29, dal momento che la giurisprudenza ha sempre ritenuto applicabile il regime di tutela previsto dall'art. 1676 cod. civ. ai dipendenti del subappaltatore nei confronti del subcommittente, ma non nei confronti dell'impresa «capofila». La sentenza in esame, da questo punto di vista, conferma un orientamento oramai consolidato della Cassazione (22).

La natura dell'azione accordata dal codice civile consente di ritenere che qualora i dipendenti dell'appaltatore dovessero promuovere un'azione giudiziaria per ottenere il pagamento di quanto loro dovuto in ragione dell'attività prestata nell'ambito del singolo appalto possono convenire in giudizio esclusivamente l'appaltante. Non si ravvisa in questa ipotesi un caso di litisconsorzio necessario (23), non tanto in ragione dei principi in materia di responsabilità solidale (24), ma perché, come visto, l'azione nei confronti del committente è autonoma rispetto a quella che i lavoratori possono esperire nei confronti del loro datore di lavoro (25). Sotto il profilo della legittimazione passiva, è utile ricordare che la formulazione originaria dell'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, escludeva il litisconsorzio necessario tra committente e appaltatore, coerentemente ai principi in materia di solidarietà. Tuttavia, in seguito alle successive modifiche di questa disposizione, il testo vigente (26) prevede il litisconsorzio necessario del committente e dell'appaltatore.

Tale previsione è coerente con l'ulteriore novità rappresentata dall'introduzione della possibilità che l'appaltante, in occasione della prima udienza, possa eccepire «il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori». In questo caso, una volta accertata la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, i lavoratori potranno promuovere un'azione esecutiva nei confronti del committente soltanto dopo aver tentato, infruttuosamente, di soddisfare il loro credito nei confronti del proprio datore di lavoro.

Esiste, dunque, nel settore privato, un regime differenziato di tutela dei crediti dei lavoratori. Il primo, previsto dal codice civile, consente di rivolgersi unicamente al committente per il pagamento di quanto dovuto per le prestazioni lavorative rese nell'esecuzione di contratto di appalto e nel limite del debito che il committente ha nei

(21) Cass. 19 novembre 2010, n. 23489, in *Foro it.*, 2011, 5, 1, 1437, con nota di G. Paone.

(22) Cfr. Cass. 19 marzo 2008, n. 7384; Cass. 9 agosto 2003, n. 12048.

(23) Di diverso avviso è I. Alvino, *La tutela...*, cit., p. 1553.

(24) Cass. 4 settembre 2000, n. 11607. Come si è cercato di argomentare, questa soluzione non è condivisibile, perché l'art. 1676 cod. civ. non introduce alcuna responsabilità solidale per le motivazioni illustrate nel testo.

(25) Cass. 14 maggio 1998, n. 4897. Della stessa opinione è G. Mimmo, *Il regime di...*, cit., p. 528, che parla di «litisconsorzio eventuale».

(26) A seguito della riforma di cui all'art. 4, comma 31, lett. a e b, della legge n. 92 del 2012.

confronti dell'appaltatore (27); il secondo, previsto dalla legge speciale, che obbliga, entro il termine di due anni dalla cessazione dell'appalto, di convenire in giudizio tutti gli imprenditori coinvolti per il pagamento di quanto dovuto e senza il limite del debito che l'appaltante ha nei confronti dell'appaltatore. In questa seconda ipotesi, tuttavia, il committente, benché ritenuto responsabile in via solidale, potrebbe obbligare i lavoratori a tentare di soddisfare i loro diritti prima sul patrimonio del datore di lavoro e, soltanto in caso negativo, sul proprio.

4. — *L'«affievolimento» della responsabilità solidale* — L'attuale formulazione dell'art. 29 potrebbe rendere meno conveniente, per i dipendenti dell'appaltatore, invocare il regime di solidarietà ivi previsto, per una serie di motivi. La necessità di convenire in giudizio sia il committente sia il datore di lavoro (28) rende certamente più gravoso l'esercizio dell'azione e lo svolgimento del processo, soprattutto nel caso dei dipendenti del subappaltatore. Un procedimento giudiziario che si svolge nei confronti di una pluralità di parti determina, necessariamente, un ampliamento del *thema decidendum* a eventuali eccezioni processuali e di merito, anche di carattere dilatorio, che incidono negativamente sulla durata del processo.

Tra le eccezioni che possono essere sollevate dal committente c'è, come già ricordato, quella del beneficio della preventiva escussione del patrimonio del datore di lavoro. In questo caso, il giudice dovrà accertare soltanto se, nel caso concreto, sussiste la responsabilità solidale per i crediti retributivi dei lavoratori. Essi, una volta ottenuta una sentenza eventualmente favorevole, potranno procedere ad azioni esecutive nei confronti del proprio datore di lavoro e, nel caso di infruttuosità, agire nei confronti del committente. Di certo, questo nuovo regime limita fortemente la portata protettiva di cui all'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003. Non solo. Dal punto di vista sistematico, l'attuale formulazione della disposizione fa dubitare della permanenza stessa di un regime di tutela dei crediti dei lavoratori fondato sul vincolo della solidarietà passiva. Con l'introduzione del beneficio della preventiva escussione, la legge sembra ispirarsi a un modello di tutela differente da quello della responsabilità solidale e che si avvicina a quello della garanzia dell'adempimento del terzo simile alla fideiussione (29). Non a caso, in dottrina si discute se «l'onere di rivolgersi, per l'adempimento, prima a un debitore e poi, in caso di esito negativo, all'altro debitore» sia compatibile, logicamente, con la solidarietà (30). Il beneficio della preventiva escussione, infatti, attribuisce all'azione un carattere sussidiario, mediante la quale si obbliga il condebitore ad adempiere in luogo

(27) Ciò significa che è inammissibile l'azione nel caso in cui il committente abbia corrisposto all'appaltatore il corrispettivo dovuto. In tal senso, cfr. Trib. Genova 27 luglio 2011, n. 1272.

(28) Sul punto si deve segnalare l'opinione di G. Mimmo, *Il regime di...*, cit., p. 531, il quale ritiene che in base alla disposizione il lavoratore potrebbe chiamare in giudizio esclusivamente il committente. Questa interpretazione non può essere condivisa, a causa del tenore letterale della disposizione.

(29) Un rapporto di fideiussione può derivare direttamente dalla legge e non essere esclusivamente oggetto di uno specifico contratto tra parti private. In tema, cfr. M. Fragali, voce *Fideiussione dir. priv.*, in *Enc. dir.*, 1964, Giuffrè, Milano, p. 364.

(30) A. Di Majo, voce *Obbligazioni solidali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 312, il quale ricorda le differenti posizioni emerse in dottrina.

del terzo, obbligato principale (31). In base alla nuova formulazione dell'art. 29, dunque, il riferimento al «vincolo di solidarietà», a causa della previsione del *beneficium excussionis*, si traduce in un'obbligazione di garanzia di carattere sussidiario incompatibile con il concetto stesso di solidarietà e con il sistema di responsabilità congiunte che, nel caso degli appalti, è stato delineato, seppur con contraddizioni, dal legislatore. È utile, inoltre, accennare al fatto che il beneficio della preventiva escussione non è tipico soltanto del contratto di fideiussione, ma è previsto anche in materia di società di persone. In entrambe queste ipotesi, tuttavia, perché il beneficio possa essere efficacemente opposto al creditore è necessario indicare «i beni del debitore principale da sottoporre a esecuzione» (art. 1944, comma 2, cod. civ.; art. 2268 cod. civ.; art. 2304 cod. civ.). L'art. 29, tuttavia, non contiene una previsione analoga, e tale omissione contribuisce a rendere più difficoltosa la soddisfazione del diritto di credito del lavoratore, il quale è tenuto a ricercare autonomamente i beni da sottoporre a esecuzione forzata. Si potrebbe, tuttavia, ritenere che il committente, nel momento in cui fa valere il beneficio della preventiva escussione, sia tenuto comunque a indicare quali beni dell'appaltatore il lavoratore potrà espropriare (32). A sostegno di questa interpretazione possono essere utilizzati diversi argomenti. Dal punto di vista processualistico, infatti, si può considerare il beneficio della preventiva escussione come eccezione impeditiva del diritto fatto valere nei confronti del committente. Di conseguenza, egli ha l'onere di allegare quali sono i fatti su cui tale eccezione si fonda. È evidente che tali circostanze sono rappresentate dal fatto che l'appaltatore, debitore principale, è titolare di un patrimonio tale da poter soddisfare il diritto di credito rivendicato. Ciò vuol dire che l'appaltante, per poter opporre efficacemente il beneficio riconosciutogli dalla legge, dovrà allegare quali sono i beni che costituiscono il patrimonio dell'appaltatore e che il lavoratore potrà escutere. Una interpretazione di questo genere, peraltro, sarebbe compatibile con la finalità della disposizione e con i principi desumibili dall'ordinamento giuridico in materia di cooperazione nell'adempimento, oltre che in ragione dei canoni di correttezza e buona fede. È evidente, tuttavia, che la laconicità della disposizione può giustificare anche una lettura di senso contrario, che ritiene cioè non necessario che il committente deve indicare i beni dell'appaltatore che possono essere espropriati.

A prescindere da tali aspetti, la nuova formulazione dell'art. 29 pone il dubbio se vi sia ancora uno spazio per il regime delle responsabilità congiunte negli appalti e, comunque, se le recenti riforme non abbiano operato nel senso di un loro «affievolimento». Il paradosso che potrà avverarsi è che un regime giuridico che avrebbe dovuto aumentare gli strumenti messi a disposizione dei lavoratori coinvolti in operazioni di esternalizzazione, almeno per tutelare i loro diritti di credito, finirà col rendere più «attraente» la tradizionale tutela offerta dal codice civile, nonostante i limiti applicativi dell'art. 1676 cod. civ. che sono stati esaminati.

5. — *La responsabilità solidale nel settore pubblico* — L'operatività dei modelli di tutela sinteticamente descritti conosce alcuni limiti, in ragione della natura giuridica

(31) Cfr. M. Fragali, *op. cit.*, p. 355.

(32) G. Mimmo, *Il regime di...*, cit., p. 534, sostiene che il committente è tenuto a indicare i beni del datore di lavoro assoggettabili a espropriazione soltanto nel caso in cui sia l'unico convenuto nel giudizio.

del soggetto appaltante e, in particolare, quando il committente è una pubblica amministrazione.

5.1. — *Il criterio sostanzialistico* — Nella controversia decisa dalla sentenza in esame, si era dubitato, infatti, che l'azione prevista dall'art. 1676 cod. civ. potesse trovare applicazione nell'ambito del settore dei lavori pubblici, sotto un duplice profilo. Il primo, attiene alla natura pubblica del soggetto che affida i lavori; il secondo, riguarda le ipotesi in cui l'impresa aggiudicataria dell'appalto, a seguito di procedura a evidenza pubblica, affidi a terzi lo svolgimento di determinate attività oggetto del contratto per opere pubbliche sottoscritto con la pubblica amministrazione. In questo settore, infatti, si riteneva che l'unico limite era rappresentato, prima dell'entrata in vigore dell'art. 256, d.lgs. n. 163 del 2006, così come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. zz, numero 1, d.lgs. n. 152 del 2008, dall'art. 351, allegato F, della legge n. 2248 del 1865. Questa disposizione prevedeva che «ai creditori degli appaltatori di opere pubbliche non sarà concesso verun sequestro sul prezzo di appalto durante l'esecuzione delle stesse opere, salvo che l'Autorità amministrativa, da cui l'impresa dipendente, riconosca che il sequestro non possa nuocere all'andamento e alla perfezione dell'opera» (33). Questa disposizione, comunque, non è più in vigore e perde, quindi, di interesse valutare se essa avesse effettivamente potuto costituire un limite dell'azione rivolta contro la pubblica amministrazione da parte dei dipendenti dell'appaltatore. In base alla legislazione vigente fino all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, così come dimostra la sentenza in esame, non vi era alcun ostacolo normativo per ritenere applicabile l'art. 1676 cod. civ. nei confronti della pubblica amministrazione committente dei lavori. Tale giudizio, per le ragioni che saranno esaminate, dovrà essere modificato alla luce della legislazione attuale.

La seconda questione, invece, è relativa al caso in cui, come quello in esame, una società consortile affidi alle singole imprese consorziate fasi di un unico appalto aggiudicato dalla pubblica amministrazione. Secondo l'art. 141, comma 4, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, abrogato dall'art. 358, comma 1, lettera a, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, tale ipotesi non era considerata espressamente come «subappalto». In base al tenore letterale di questa disposizione, tuttavia, si sarebbe potuto desumere che i dipendenti della singola impresa non avrebbero potuto invocare, nei confronti della società consortile aggiudicataria dell'appalto, la tutela prevista dall'art. 1676 cod. civ. La Cassazione, nel ribadire quanto già espresso in altre occasioni, ha ritenuto, invece, che la previsione di cui all'ormai abrogato Codice dei lavori pubblici non impedisca di ritenere applicabile la tutela speciale prevista dall'art. 1676 cod. civ. Per sostenere questa conclusione, la Corte ha utilizzato un criterio «sostanzialistico», in quanto ha ritenuto che il rapporto tra il consorzio e i consorziati rappresenta, nel caso in esame, una «subderivazione» del contratto di appalto; pertanto, il rapporto tra le imprese deve essere qualificato giuridicamente come subappalto.

La conclusione a cui è pervenuta la sentenza può essere giustificata in ragione del fatto che la normativa che ha dovuto interpretare è antecedente all'entrata in vigore

(33) Che questa previsione costituisse un limite all'azione diretta di cui all'art. 1676 cod. civ. nel caso di appalto di opere pubbliche è stato sostenuto da Cass. 10 marzo 2001, n. 3559; Cass. 10 luglio 1984, n. 4051, in *Gust. civ.*, 1985, I, p. 1745.

del Codice dei contratti pubblici, che, come si vedrà, ha introdotto una disciplina speciale che rende difficile ritenere applicabile, in questo settore, sia l'art. 1676 cod. civ. sia l'art. 29 d.lgs. n. 276 del 2003.

Il principio espresso dalla Cassazione, comunque, è stato sostenuto mediante alcuni argomenti di carattere sistematico, che nelle motivazioni sono soltanto accennati (34). In sostanza, la tesi sostenuta con la sentenza in esame è che la previsione speciale contenuta nel comma 4 dell'art. 141 esclude semplicemente che, in caso di affidamento ai consorziati di fasi di lavorazione di un unico appalto, l'appaltatore sia tenuto agli adempimenti previsti dal precedente comma 3, che rinvia all'art. 18, commi 3 e 9, legge n. 55 del 1990 (35). Tale esclusione riguarda i soggetti individuati dall'art. 10, comma 1, lett. *b* e *c*, della legge quadro sui lavori pubblici (la n. 109 del 1994) e, dunque, in consorzi di cooperative di produzione e lavoro e quelli stabili anche in forma di società consortili. È evidente che questa disposizione non incide sulla qualificazione giuridica di ipotesi che, di fatto, rappresentano casi di appalto, ma semplicemente quella di esonerare i subappaltatori, in ragione di particolari vincoli societari od organizzativi che essi hanno con l'impresa aggiudicataria, da una serie di adempimenti richiesti dalla legislazione speciale in materia di conferimento di lavori pubblici.

Il principio espresso dalla Cassazione, inoltre, potrebbe essere applicato in altre ipotesi in cui i rapporti tra il committente e l'impresa incaricata dello svolgimento di un'opera o di un servizio siano qualificati da disposizioni speciali con termini differenti da quello di appalto. Si pensi alle ipotesi di affidamento, diretto o tramite gara, che la pubblica amministrazione dispone per lo svolgimento di determinate attività e che viene regolamentato con contratti di servizio o convenzioni e che non rientrano nel campo di applicazione del Codice dei contratti pubblici. L'utilizzazione da parte del legislatore di espressioni linguistiche differenti da quelle di «appalto» non può, da questo punto di vista, nascondere la vera natura del rapporto giuridico che si instaura e che è, appunto, quello disciplinato dagli artt. 1655 ss. cod. civ.

Più complesso, invece, è il discorso quando l'affidataria di un'opera o di un servizio sia una società a capitale pubblico, totalitario o maggioritario. La questione, di estrema complessità e che può soltanto essere in questa sede accennata, è di estrema attualità, per la diffusione di società partecipate, dallo Stato e dagli enti locali, che svolgono, per conto della pubblica amministrazione di riferimento, determinate attività (36). In questo settore, tuttavia, si tratterà di verificare se i servizi che sono af-

(34) Molto laconicamente, la Corte afferma, infatti, che l'art. 141 «ha solo inteso escludere, in considerazione della peculiarità dei soggetti aggiudicatari, che a tale affidamento fossero applicabili le disposizioni in materia di subappalto».

(35) L'art. 18 della legge n. 55 del 1990 prescrive che «i consorzi aggiudicatari sono tenuti a eseguire in proprio le opere o i lavori compresi nel contratto» e definisce le condizioni che consentono l'affidamento in subappalto di fasi di lavorazione, oltre ai documenti che a tal fine devono essere presentati alla stazione appaltante.

(36) Sull'argomento la letteratura è ponderosa. Ci si limita a rinviare a V. Domenichelli (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2008; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003; V. Parisio, *Pubblici esercizi e funzioni di garanzia del giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007.

fidati a tali società erano in precedenza gestiti direttamente dalla pubblica amministrazione oppure no. Nel primo caso, infatti, la disciplina applicabile non è quella degli appalti, ma quella del trasferimento di attività disciplinata dall'art. 31, d.lgs. n. 165 del 2001. In questo caso, dunque, il regime di solidarietà tra committente e appaltatore trova un proprio fondamento normativo nell'art. 2112 cod. civ., certamente applicabile. Nella seconda ipotesi, invece, si tratta di un vero e proprio appalto, che segue o meno a una gara a evidenza pubblica a seconda della composizione del capitale sociale del soggetto affidatario. In questo caso, dunque, per le ragioni che saranno esaminate, si tratterà di capire se troverà applicazione il Codice dei contratti pubblici oppure no. In questo secondo caso, non v'è ragione di negare la possibilità che trovi applicazione la tutela accordata dall'art. 1676 cod. civ.

5.2. — *I dubbi di costituzionalità con riferimento alle pubbliche amministrazioni* — Sono stati, inoltre, sollevati dubbi con riferimento all'applicabilità dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, alle pubbliche amministrazioni. Si è sostenuto, infatti, che tale disposizione non può trovare applicazione nei confronti della pubblica amministrazione per due motivazioni. In primo luogo, è stato ritenuto che l'estensione del regime di solidarietà introdotto con il d.lgs. n. 276 del 2003 alle pubbliche amministrazioni determinerebbe l'illegittimità della norma per eccesso della delega conferita al Governo con la legge n. 30 del 2003 (37). La seconda motivazione si fonda su una interpretazione letterale dell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 276 del 2003. L'art. 1, comma 2, di questo provvedimento, infatti, precisa che il decreto «non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale» (38). Se parte della dottrina continua a sostenere l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dal regime di responsabilità solidale previsto dall'art. 29 (39), la giurisprudenza di merito, tuttavia, sembra aver superato entrambe queste obiezioni, nonostante qualche incertezza iniziale (40). Le risposte che sono state avanzate nella giurisprudenza di merito, tuttavia, non sono convincenti, per le ragioni che sono state illustrate sin dal-

(37) È quanto affermato da Trib. San Remo 26 gennaio 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 3, con nota di I. Alvino.

(38) La tematica è stata affrontata da S. Varva, *La responsabilità solidale del committente pubblico ex art. 29, d.lgs. n. 276/2003*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 4, pp. 890 ss., il quale, sulla base di una interpretazione sistematica, ritiene applicabile tale regime di tutela anche alle pubbliche amministrazioni.

(39) In questo senso si esprimono, infatti, senza approfondire l'argomento, G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Solidarietà e tutele*, cit., p. 138.

(40) L'inapplicabilità dell'art. 29 alle pubbliche amministrazioni è stata sostenuta da Corte d'App. Torino 26 settembre 2011, in *Lav. nella p.a.*, 2011, 3-4, p. 536, con nota di G. Centamore. Lo stesso giudice ha cambiato, tuttavia, subito orientamento, come dimostra Corte d'App. Torino 9 febbraio 2012, n. 169; Corte d'App. Torino 8 marzo 2012. Sull'applicabilità dell'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, alla p.a., cfr. Trib. Milano 22 ottobre 2010, n. 317, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 4, p. 890, con nota di S. Varva; Trib. Busto Arsizio 29 marzo 2010, in *D&L-Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 2, p. 534; Trib. Novara 3 marzo 2011, in *D&L-Riv. crit. dir. lav.*, 2011, 2, p. 483; Trib. Milano 27 luglio 2012, n. 3629, in *Guida dir.*, 2012, 44, p. 75; Trib. Milano 9 marzo 2012, n. 1228, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 3, II, con nota di I. Alvino, che ritiene infondata la questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 76 Cost., così come in Trib. Milano 27 luglio 2012, n. 3629, in *Guida dir.*, 2012, 44, p. 75.

l'entrata in vigore di questo provvedimento legislativo (41). Sembra, infatti, poco superabile, in via interpretativa, il fatto che, in base alle previsioni di legge, il d.lgs. n. 276 del 2003 non trova applicazione alle pubbliche amministrazioni, salvo le eccezioni espressamente previste e tra le quali non è annoverato l'art. 29. Né una differente conclusione può essere giustificata mediante l'argomento secondo il quale la mancata applicazione del testo legislativo si riferisce esclusivamente al personale e non alla p.a. Questo esito interpretativo è ostacolato sia dalla stessa formulazione letterale dell'art. 1, comma 2 (42), che utilizza, come sopra visto, la congiunzione «e», sia dall'ulteriore argomento secondo cui se il legislatore avesse voluto includere nell'ambito di applicazione la p.a. e non i dipendenti da essa lo avrebbe espressamente detto. Oltre a tale aspetto, è sintomatico che l'art. 35, comma 28-ter, d.l. n. 223 del 2006, così come modificato dall'art. 13-ter, d.l. n. 83 del 2012, nel dettare un regime di responsabilità solidale di tipo fiscale tra appaltatore e subappaltatore esclude espressamente dal suo ambito di applicazione «le stazioni appaltanti di cui all'art. 3, comma 33, del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163». Dal punto di vista letterale, quindi, il legislatore ha voluto escludere la disciplina della responsabilità solidale per i tributi da versare in connessione ai rapporti di lavoro dei subappaltatori nel caso in cui l'appalto sia stato concluso con una pubblica amministrazione. Dal punto di vista sistematico, quindi, non avrebbe senso ritenere che, nei confronti del soggetto pubblico, trova applicazione soltanto il regime di solidarietà tra committente e appaltatore che ha a oggetto le retribuzioni e non anche le imposte dovute.

A sostegno dell'interpretazione che ritiene inapplicabile l'art. 29 alle pubbliche amministrazioni, si potrebbe utilizzare un terzo argomento, alla luce delle recenti riforme della nostra Costituzione. Si potrebbe, infatti, sostenere che la possibilità di esperire l'azione sussidiaria ai sensi dell'art. 29 si pone in contrasto con la nuova formulazione dell'art. 81, comma 6, Cost. in materia di pareggio di bilancio, introdotto dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1. È evidente, infatti, che l'eventuale azione promossa nei confronti della committente p.a. potrebbe determinare uno scostamento degli obiettivi del saldo del conto consolidato che ciascuna pubblica amministrazione è tenuta a determinare annualmente con il proprio documento di programmazione finanziaria e di bilancio, in base all'art. 3 della legge n. 243 del 2012. Nel caso dell'art. 1676 cod. civ. questo tipo di eccezione non potrebbe essere avanzata perché la responsabilità dell'appaltante è limitata al corrispettivo pattuito con l'appaltatore, che è previamente inserito nel bilancio dell'amministrazione. Nel caso in cui i lavoratori dell'appaltatore, dunque, dovessero decidere di procedere al recupero dei loro crediti nei confronti della pubblica amministrazione, non vi sarebbe alcuna alterazione della programmazione finanziaria. Differente è, invece, il discorso con riferimento all'art. 29, dal momento che in questo caso, per le ragioni già esami-

(41) Cfr. F. Borgogelli, *Art. 1. Finalità e ambito di applicazione*, in E. Gragnoli e A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, pp. 1 ss.

(42) Il ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con la circolare del 22 aprile 2013, ha escluso l'applicabilità dell'art. 29 alle pubbliche amministrazioni proprio in ragione del tenore letterale della disposizione richiamata nel testo.

nate, la domanda dei lavoratori potrà riguardare l'intero credito retributivo maturato a prescindere dai rapporti di credito-debito tra committente e appaltatore. La questione meriterebbe senz'altro un maggiore approfondimento, atteso che il rischio che la pubblica amministrazione si trovi nella situazione di dover affrontare per due volte una spesa è tutt'altro che remoto, con intuibili effetti sul buon andamento dell'azione amministrativa.

5.3. — *La specialità del Codice dei contratti pubblici* — In realtà, sia l'art. 1676 cod. civ. sia l'art. 29 d.lgs. n. 276 del 2003 non possono essere ritenuti applicabili qualora i dipendenti dell'appaltatore o del subappaltatore siano coinvolti in un appalto regolamentato dal d.lgs. n. 163 del 2006. Questo provvedimento legislativo, infatti, ha introdotto una disciplina speciale in materia di appalti pubblici, a cui sono sottoposte le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici e gli altri soggetti indicati nell'art. 3, comma 25, d.lgs. n. 163 del 2006. In questo settore, la legge ha predisposto un meccanismo di «responsabilizzazione» dell'appaltatore con riferimento alla gestione del personale impiegato in un subappalto. La tutela prevista dalla legislazione speciale, tuttavia, è condizionata dall'avverarsi di determinati presupposti accertati in via amministrativa, la cui omissione impedisce che i lavoratori coinvolti nel subappalto possano agire nei confronti dell'appaltatore.

L'art. 118, comma 6, del Codice dei contratti pubblici prescrive, infatti, che «l'affidatario è tenuto a osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni», e che esso è anche «responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto». La disposizione appena richiamata, inoltre, indica a quali condizioni è possibile che l'aggiudicatario affidi a un subappaltatore fasi o parti dell'opera o del servizio aggiudicato e detta una disciplina speciale per rendere operativa la responsabilità solidale della stazione appaltante con riferimento sia ai trattamenti economici sia alla sicurezza dei lavoratori coinvolti nel subappalto. La previsione legislativa è stata attuata con gli artt. 4 e 5 del successivo d.P.R. n. 207 del 2010. In base a queste disposizioni regolamentari, se dal Durc consegnato al responsabile del procedimento si dovesse riscontrare una «inadempienza contributiva», verrà detratto dal pagamento del corrispettivo l'importo corrispondente ai contributi omessi. Invece, in base all'art. 5, «in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell'esecutore o del subappaltatore», il responsabile del procedimento deve invitare il debitore a provvedere entro il termine di quindici giorni. Se tale richiesta non viene formalmente contestata (43) ovvero, in assenza di contestazione, si dovesse protrarre l'inadempimento, il committente potrà corrispondere le relative retribuzioni in corso d'opera. I relativi importi verranno detratti dal pagamento del corrispettivo pattuito con il subappaltatore. La disciplina sinteticamente descritta si applica ai rapporti tra appaltatore e subappaltatore e sembra, quindi, che il committente sia esonerato da ogni responsabilità circa la corrette-

(43) In caso di contestazione, la legge prevede che il responsabile del procedimento deve trasmettere le richieste e le contestazioni alla Direzione territoriale del lavoro competente per i necessari accertamenti (art. 5, comma 3, d.P.R. n. 207/2010).

ta gestione del personale impiegato nell'appalto. In pratica, nel settore degli appalti pubblici conosce una «solidarietà di secondo livello» che non coinvolge, in prima persona, l'ente pubblico committente. Considerata la specialità della normativa, sembra difficile sostenere che i dipendenti del subappaltatore possano richiedere il pagamento di quanto loro dovuto in ragione dell'art. 1676 cod. civ.

La legge speciale, tuttavia, non dispone nulla circa una eventuale corresponsabilità del committente pubblico per i crediti retributivi maturati dai dipendenti dell'appaltatore. In base al Codice dei contratti pubblici, il committente è coinvolto negli accertamenti amministrativi relativi al corretto trattamento economico e normativo dei dipendenti utilizzati nel subappalto, ma non è considerato quale obbligato in via solidale per i crediti maturati dai lavoratori coinvolti nell'esecuzione dell'opera o del servizio. Da questo punto di vista, dunque, in assenza di disposizioni di segno contrario o di una regolamentazione speciale derogatoria a quella contenuta nel codice civile, si può ritenere che nel settore degli appalti pubblici l'art. 1676 cod. civ., se non potrà essere invocato dai dipendenti del subappaltatore nei confronti dell'affidatario, potrà essere utilizzato dai dipendenti di quest'ultimo nei confronti del committente pubblico e nei limiti sopra esaminati.

Enrico Raimondi

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università «G. d'Annunzio» di Chieti-Pescara*

CORTE DEI CONTI, 22 ottobre 2012, n. 293, Sezione giurisdizionale per la Regione Calabria – Pres. Coccoli, Est. Lorelli – Procura regionale c. P. e altri.

Lavoro pubblico – Stabilizzazione senza pubblico concorso – Art. 97 Cost. – Illegittimità – Responsabilità amministrativa e contabile – Sussiste.

Le stabilizzazioni operate nel 2008, 2009 e 2010 dall'Asp di Cosenza, oggetto del presente giudizio, si palesano illegittime anche in costanza delle due leggi regionali (n. 1/2009, modificata dalla n. 8/2010) dichiarate costituzionalmente illegittime con la sentenza n. 123/2011, atteso che numerose precedenti pronunce della Corte Costituzionale imponevano l'obbligo del concorso pubblico per le assunzioni agli impieghi (cfr. sentenze n. 191 del 2007, n. 205 del 2004, n. 34 del 2004, n. 427 del 2007, n. 190 del 2005, n. 517 del 2002 e n. 141 del 1999).

Né, d'altra parte, la previsione di non meglio precisate «procedure selettive» (contenuta nella norma oggetto del presente scrutinio) può ritenersi sufficiente a superare i dubbi di legittimità costituzionale prospettati ai sensi dell'art. 97 Cost., giacché esso impone il ricorso a procedure comparative che siano aperte, cioè pubbliche.

Inoltre, pur non essendo il principio del pubblico concorso incompatibile, nella logica dell'agevolazione del buon andamento della pubblica amministrazione, con la previsione per legge di condizioni di accesso intese a consentire il consolidamento di pregresse esperienze lavorative maturate nella stessa amministrazione, comunque, esso non tollera, salvo circostanze del tutto eccezionali, la riserva integrale dei posti disponibili in favore di personale interno. Sicché, si è ritenuta insufficiente a giustificare la deroga la semplice circostanza che determinate categorie di dipendenti abbiano prestato attività a tempo determinato presso l'amministrazione, come pure la personale aspettativa degli aspiranti a una misura di stabilizzazione. (1)

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

(1) RAPPORTI DI LAVORO, STABILIZZAZIONI
E RISPETTO DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Procedure concorsuali per il buon andamento della pubblica amministrazione. — 3. Il quadro economico-finanziario. — 4. L'emergenza socio-sanitaria e il piano di rientro. — 5. Le illegittimità amministrative del procedimento. — 6. Conclusioni.

1. — *Premessa* — La pronuncia dalla Corte dei Conti – Sezione giurisdizionale per la Regione Calabria che qui si commenta ha come oggetto il danno erariale provocato all'Azienda sanitaria provinciale (di seguito, Asp) di Cosenza dalla procedura di cd. stabilizzazione di lavoratori con contratto di lavoro a tempo determinato e con contratto di collaborazione coordinata e continuativa (1).

La fattispecie in oggetto coinvolge in maniera «trasversale» diversi settori dell'ordinamento giuridico.

Infatti, per come si avrà modo di constatare, i magistrati contabili hanno colto l'occasione per pronunciarsi, in primo luogo, in merito al rapporto intercorrente tra la legge statale cd. finanziaria e la legge regionale; in secondo luogo, in ordine alla specificità del sistema sanitario nazionale e regionale; in terzo luogo, circa le procedure amministrative finalizzate all'assunzione di personale (2).

Si tratta di una interessante decisione che si colloca a pieno diritto nel solco già tracciato e percorso dalla dottrina e dalla giurisprudenza sviluppatasi a seguito delle modifiche imposte al Titolo V della Costituzione dalla nota legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (3).

Invero, il nuovo testo dell'art. 117 Cost. non indica tra le materie di competenza esclusiva statale, né tra quelle di legislazione concorrente, la disciplina dell'ordinamento degli uffici e degli enti regionali, che deve ormai ritenersi integralmente devoluta alla potestà generale delle Regioni.

Se solo si analizza la giurisprudenza costituzionale, può notarsi come in un primo momento la Corte abbia ribadito che la disciplina dedicata ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni appartenga alla potestà legislativa regionale in materia di ordinamento degli uffici e del personale; così facendo ha sostanzialmente «aggirato» l'*impasse* rappresentata dalla nota *querelle* costruita intorno a quell'*ordinamento civile* nel quale certamente rientra (non è ben chiaro se nel senso di *limite* ovvero in quello di *materia*) il diritto privato (4).

(1) In particolare, la Procura generale della Corte dei Conti ha convenuto in giudizio il *management* dell'Asp di Cosenza, in persona del direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo, nonché il responsabile del procedimento e i componenti di una commissione esaminatrice per sentirli condannare al pagamento di euro 23.909.214,92 in favore della stessa Asp. I soggetti beneficiari della stabilizzazione sono contenuti in due prospetti: il primo contiene un elenco di 69 nominativi di co.co.co. passati a tempo determinato in data 1° ottobre 2008; il secondo contiene ulteriori 389 nominativi di soggetti già in servizio presso l'Asp di Cosenza e passati a tempo indeterminato in diverse epoche tra il 2008 e il 2010.

(2) Cfr. A. Altieri, *La responsabilità per danno erariale*, Milano, 2012; P. Avallone, S. Tarullo, *Il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile innanzi la Corte dei Conti*, Padova, 2012.

(3) In argomento, tra gli altri, P. Sordi, *Il sistema delle fonti della disciplina del lavoro pubblico (dopo il d.lgs. n. 150 del 2009)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 5, pp. 822 ss.; L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009; C. Dell'Olio, *Le fonti del diritto del lavoro: la riforma del Titolo V della Costituzione*, in Idem, *Inediti*, Torino, 2007, pp. 93 ss.; M. De Luca, *Il lavoro nel diritto regionale: recenti modifiche del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e Regioni a statuto speciale*, in *Dir. lav.*, 2003, pp. 199 ss.; si veda, inoltre, R. Tosi, *Principi fondamentali e leggi statali nelle materie di competenza regionale*, Padova, 1987.

(4) Corte Cost. 17 dicembre 2004, n. 390, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 3189; e ancora Corte Cost. 15 dicembre 2005, n. 449, in *Foro it.*, 2006, I, 313.

Più di recente, la Corte Costituzionale ha rivisto alcuni propri precedenti prediligendo una visione omogeneizzante e, quindi, riconducendo la disciplina dedicata all'impiego regionale alla più generale disciplina dei rapporti di lavoro *privatizzati* e, quindi, a quella riserva di legge statale sull'*ordinamento civile* che certamente governa il contratto di lavoro stipulato da una pubblica amministrazione diversa da quella «centrale» (5).

A dire il vero, la sentenza in commento stabilisce, intanto, un punto fermo nella gestione del personale da parte della pubblica amministrazione la quale – non manca di ricordarlo il Collegio giudicante – deve sempre rispettare la funzione pubblica che la Costituzione gli assegna, soprattutto nella formazione di nuovi rapporti di lavoro (6).

Una gestione del personale caratterizzata da principi quali la trasparenza, la pubblicità ed economicità, non può che aumentare il livello di produttività dell'amministrazione stessa, e con essa il livello dei servizi erogati ai cittadini soprattutto in settori particolari quale è, come nel caso di specie, quello della sanità.

La Corte dei Conti, con un preciso e dettagliato *excursus* storico-normativo, ha ribadito come oramai sia necessario sempre di più diffondere una cultura manageriale all'interno del settore pubblico (7).

Strumenti legislativi come la programmazione del fabbisogno del personale, l'adeguata copertura economico-finanziaria delle assunzioni, il divieto di abuso di alcune tipologie contrattuali, sono soltanto alcuni esempi di come sia oggi indispensabile una sana gestione amministrativa.

Si impone, quindi, prepotentemente il criterio dell'economicità, contenuto nell'art. 97 della Costituzione ma anche in diverse disposizioni di livello europeo, quale principio ispiratore del *management* aziendale e dell'operato di ogni singolo dipendente pubblico.

Da qui l'esigenza che all'interno della pubblica amministrazione, si modifichi «l'erronea attitudine mentale a pensare che il denaro e le risorse pubbliche siano di nessuno, convertendola nella corretta concezione che il denaro pubblico è di noi tutti» (8).

(5) Corte Cost. 12 novembre 2010, n. 324, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 235; e ancora Corte Cost. 23 novembre 2011, n. 310, *ivi*, 2012, I, 3.

(6) In questo senso, la stabilizzazione del personale mediante procedure selettive con la mera valutazione delle esperienze lavorative di lavoro dipendente determinato e dei rapporti di co.co.co. svolti nel quinquennio anteriore al bando di concorso, è da considerarsi illegittima e anti-giuridica sotto il diverso profilo della violazione palese del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost. in quanto adottata in violazione del principio del pubblico concorso.

(7) Sul tema della *managerialità* e dell'imparzialità a garanzia della *governance* si vedano, in dottrina, tra gli altri, U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; G. Gardini, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003; A. Boscato, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Milano, 2006; F. Merloni, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, pp. 57 ss.

(8) P. Severino, *Le criticità del sistema giudiziario italiano e le possibili riforme*, dalla relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011 tenuta in data 17 gennaio 2012, in *Iustitia*, anno LXV, gennaio-marzo 2012. Si veda anche G. Borzellino, *La garanzia tutoria nello Stato di diritto: il controllo sulla p.a.*, Bologna, 1962; Aa.Vv., *I controlli amministrativi*, a cura di U. Allegretti, Bologna, 1998; W. Cortese, *La responsabilità per danno all'immagine della*

2. — *Procedure concorsuali per il buon andamento della pubblica amministrazione* — La decisione in esame ribadisce come la condotta assunta dell'Asp di Cosenza sia lesiva del principio di buon andamento contenuto nell'art. 97 della Costituzione.

Tale principio, nello stabilire che l'agire amministrativo debba essere ispirato ai criteri di efficacia, efficienza ed economicità, prescrive il rispetto di procedure a «evidenza pubblica» al fine di assumere personale dipendente (9).

Come opportunamente osservato, non è un caso che la regola dell'accesso per concorso si trovi in una norma (appunto, l'art. 97 Cost.) che detta i principi volti a conformare l'organizzazione dei pubblici uffici (10). Il filtro concorsuale è direttamente riferibile ai principi di buon andamento e imparzialità (11) e garantisce, al contempo, la concretizzazione del dettato dell'art. 51 Cost., a mente del quale tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici, in condizioni di eguaglianza secondo i requisiti stabiliti dalla legge: parafrasando la Consulta, il concorso pubblico «... rimane il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità e al servizio esclusivo della nazione» (12).

In modo particolare, la Corte dei Conti, facendo proprio un orientamento consolidato dalla giurisprudenza costituzionale, ha ribadito come l'art. 97 della Costituzione «impone il ricorso a procedure comparative che siano aperte, cioè pubbliche» (13).

Infatti, afferma la Consulta, «soltanto esigenze obiettive, quali la necessità di valorizzare le esperienze lavorative maturate all'interno dell'amministrazione, possono giu-

pubblica amministrazione, Padova, 2004; C. De Bellis, *Danno pubblico e potere discrezionale*, Bari, 1994; G. Della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1996.

(9) Per una puntuale disamina del principio di indipendenza della p.a. si veda U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento della p.a.*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. III, 1993.

(10) Cfr. A.M. Perrino, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Padova, 2004, pp. 121 ss.

(11) F. Vetro, *Il principio di imparzialità*, in F. Saitta, M. Renna, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 91-114; *ivi*, in particolare, M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in F. Saitta, M. Renna, *Studi... op. cit.*, pp. 117-133; A. Cerri, G. Galeotti, *Efficienza ed efficacia dell'azione pubblica*, Roma, 2012; R. Rolli, *I principi*, in F. Luciani, R. Rolli (a cura di), *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, Napoli, 2008; A. Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2002.

(12) Corte Cost., decisione del 4 gennaio 1999, n. 1, in *Foro it.*, 1999, I, 1, in materia di concorsi interni. Va ricordato che più volte la Corte Costituzionale (da ultimo sentenza n. 217/2012, in *www.giurcost.org*) ha posto in rilievo che la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del pubblico concorso, di cui all'art. 97 Cost., deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle; con la conseguenza che va esclusa la legittimità di arbitrarie restrizioni alla partecipazione alle procedure selettive, dovendosi riconoscere al concorso pubblico un ambito di applicazione ampio, tale da non includere soltanto le ipotesi di assunzione di soggetti precedentemente estranei alle pubbliche amministrazioni, ma anche i casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio e quelli di trasformazione di rapporti non di ruolo, e non instaurati dall'origine mediante concorso, in rapporti di ruolo. Anche sotto tale ulteriore profilo, sui principi di buon andamento e imparzialità si veda, di recente, M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, pp. 31-52.

(13) Utile la ricostruzione offerta da Corte Costituzionale, sentenza n. 179/2010, in *www.federalismi.it*, in tema di bilancio e contabilità regionale.

stificare la validità di procedure di selezione diverse rispetto al concorso pubblico, e solo a condizione che il principio di buon andamento della pubblica amministrazione sia assicurato in via alternativa con adeguati criteri selettivi idonei a garantire la professionalità dei soggetti prescelti» (14).

L'ambito di applicazione del concorso pubblico deve essere ritenuto abbastanza ampio, tanto da valere sia per l'ipotesi di assunzione di soggetti precedentemente estranei alle pubbliche amministrazioni, ma anche nell'ipotesi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio. Non può essere consentita la deroga al pubblico concorso neanche per le ipotesi in cui i dipendenti abbiano già prestato attività a tempo determinato presso l'amministrazione (15).

Nella sentenza *de qua*, il Collegio giudicante ha accolto la tesi sostenuta dalla Procura generale, per la quale le procedure di stabilizzazione sono da considerarsi illegittime e anti-giuridiche.

Tale orientamento è stato fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale in più occasioni ha ribadito 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. Il rispetto del pubblico concorso, quindi, è un principio di civiltà giuridica che si riferisce a tutte le assunzioni avvenute al di fuori di una procedura concorsuale (16).

È una posizione ormai unanime in dottrina quella secondo cui il principio di buon andamento dell'azione amministrativa funge da contrappeso alla discrezionalità dell'amministrazione, orientando la stessa al perseguimento del fine pubblico (17).

(14) Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 9/2010, in *www.cortecostituzionale.it*; sentenza n. 191/2007, in *www.giurcost.org*, n. 205/2004, *ivi*; sentenza n. 190/2005, in *www.federalismi.it*. Orbene, il principio costituzionale secondo il quale agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvi i casi stabiliti dalla legge, ha trovato negli ultimi anni ripetuti interventi della Corte Costituzionale, volti a precisarlo come principio istituzionale del nostro ordinamento. Del resto si osserva come il principio del pubblico concorso trovi fondamento e seguito in altro, secondo il quale tutti i cittadini possono accedere agli uffici pubblici in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge, che un tempo si riteneva rivolto ai soli cittadini italiani (art. 51, comma 1, Cost., salvo *ex lege* agli italiani non appartenenti alla Repubblica); principio, questo, successivamente esteso a tutti i cittadini dell'Unione europea. Sul punto, ampiamente, in giurisprudenza Corte Cost., sentenza n. 194 del 2002, con commento di R. Cavallo Perin, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2002, 1994, spec. p. 1996.

(15) Giova, nuovamente, porre mente al fatto che la Corte abbia evidenziato come talora il legislatore possa introdurre deroghe al principio del pubblico concorso, contenuto nell'art. 97 Cost.; deroghe, però, puntualmente delimitate.

(16) Sul punto sono da segnalare le seguenti sentenze della Corte di Cassazione 7 maggio 2008, n. 11161, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 3-4, p. 644, e, da ultima, Corte di Cassazione 13 gennaio 2012, n. 392, in *Mass. di giurisprudenza del Sole 24Ore*, 2012.

(17) Per una ricostruzione puntuale si rimanda a F. Saitta, M. Renna, *Studi sui principi di diritto amministrativo*, cit.; U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1985; A. Andreani, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979; M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino 1996; L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002. Si osserva in dottrina che «il concorso pubblico pare affermarsi come

La Corte dei Conti, con l'accertamento della responsabilità contabile di dirigenti convenuti in giudizio, non ha fatto altro che ribadire che per procedura concorsuale si intende quel complesso di atti, che inizia con il bando e termina con l'atto di approvazione della graduatoria finale, finalizzato alla valutazione dei candidati (18).

Nel caso di specie, le stabilizzazioni effettuate presso l'Asp di Cosenza, devono ritenersi nulle di diritto, in quanto lesive di disposizioni imperative e, addirittura, di norme statali contenenti criteri di coordinamento della finanza pubblica (19).

3. — *Il quadro economico-finanziario* — Uno dei principali rilievi contestati dalla Procura generale e accolti dal Collegio è relativo al mancato rispetto dell'equilibrio economico-finanziario da parte dell'Azienda sanitaria. Infatti, nel periodo intercorrente tra il 2008 e il 2010, si sono succedute diverse leggi statali e regionali riguardanti precisi obblighi in materia di assunzione di personale e di contenimento della spesa sanitaria.

Giova ricordare che il limite alla sostituzione del personale che matura i requisiti di anzianità, cd. blocco del *turnover*, viene introdotto per la prima volta con la legge 29 dicembre 1988, n. 554, con la possibilità di assunzioni in deroga al blocco.

Tale meccanismo, basato sulla dicotomia blocchi-deroghe, è stato modificato definitivamente con la legge 27 dicembre 1997, n. 449, che ha introdotto il modello della programmazione delle assunzioni, imponendo un obbligo per i vertici della pubbli-

strumento essenziale per sottrarre i pubblici impiegati all'arbitrio del potere ministeriale, che di necessità è parte politica ma, altresì, per contrastare il patronato dei governi parlamentari, cioè la spontanea creazione di gruppi organizzati di impiegati favoriti dall'una, o dall'altra compagine di governo, che nel tempo divengono capaci di vita propria, poiché portatori di interessi che possono turbare un imparziale esercizio del potere, non consentendo agli impiegati di essere al servizio esclusivo della nazione», così, R. Cavallo Perin, *op. cit.*, p. 1997.

(18) Si osserva come «la ragione del vincolo del pubblico concorso nell'accesso ai posti di pubblico impiego è stata, sin dalla fine dell'Ottocento, correlata ai principi istituzionali dell'amministrazione italiana, in particolare come norma strumentale ma essenziale, all'affermazione del principio della imparzialità degli uffici al servizio del governo (organi politici); imparzialità a sua volta indicata come uno dei principi imprescindibili dell'idea liberale dello Stato di diritto in Italia», così R. Cavallo Perin, *op. cit.*, p. 1997. Si veda, altresì, S. Battini, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, Milano, pp. 373 ss., e ivi ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

(19) Cfr. Corte Cost. n. 274/2003, in *www.giurcost.org*, con nota di R. Dikmann, *Spetta allo Stato la responsabilità di garantire il pieno soddisfacimento delle «istanze unitarie» previste dalla Costituzione*; Corte Cost., sentenza n. 215/2009, reperibile su *www.federalismi.it*, in tema di sanità pubblica; Corte Cost., sentenza n. 1/1999, in *Giorn. Dir. amm.*, 1999, 6, p. 536, con nota di V. Talamo, *Concorsi interni, prassi vecchie e nuove davanti alla Corte Costituzionale*. Con tale ultima decisione, la Corte definisce il concorso pubblico meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci. Si veda, a questo proposito, H. Caroli Cassavola, voce *Concorso (dir. amm.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, vol. II, p. 1151; M. Amendola, voce *Concorso a pubblico impiego*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, pp. 613 ss.; S. Battini, *Concorso interni e cittadini esterni: la difficile coabitazione degli istituti di reclutamento e carriera*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 612; M. D'Onghia, *L'accesso al lavoro pubblico: procedure di reclutamento e costituzione del rapporto*, in U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, pp. 158-160.

ca amministrazione di predisporre la programmazione triennale del fabbisogno del personale.

Si osserva come, nel caso di specie, non solo la programmazione triennale fosse assente, quanto fosse addirittura successiva alla stabilizzazione avvenuta.

Orbene, se questo rappresenta ormai un elemento inderogabile da parte della pubblica amministrazione, tanto più lo rappresenta per gli enti facenti parte del Servizio sanitario nazionale tenuti, pure, a una diminuzione della spesa per il personale.

La sentenza in oggetto ribadisce come tutte le leggi finanziarie (oggi legge di stabilità) che si sono succedute dal 2001 abbiano previsto, per le amministrazioni dello Stato e per gli enti locali che non avessero rispettato il patto di stabilità interno, un generale blocco della assunzioni.

L'obbligo che grava su tutte le pubbliche amministrazioni, in modo particolare per gli enti strumentali, quali le aziende sanitarie e ospedaliere, è dimostrare che la spesa per il personale viene ridotta dell'1,4 % annuo prendendo come riferimento quella del 2004, a partire dal 2007 fino al 2012 (20).

La *ratio* di tali disposizioni sta nel fatto che da più parti si ritiene che la spesa per il personale sia eccessiva e in alcuni casi sproporzionata rispetto a quella per investimenti, e come tale necessaria di una costante riduzione.

Sul punto, si precisa come i direttori generali delle Aziende sanitarie avrebbero dovuto presentare trimestralmente una certificazione di accompagnamento del Conto economico trimestrale, in ordine alla coerenza con gli obiettivi sopra indicati alla Regione. Lo stesso *management*, nel caso in cui tale certificazione non fosse stata coerente con tali obiettivi, avrebbe dovuto presentare un piano con le misure idonee a ricondurre la gestione nei limiti degli obiettivi assegnati.

Del resto, la certificazione di non coerenza delle condizioni di equilibrio comporta il blocco delle assunzioni del personale dell'azienda e dell'affidamento di incarichi esterni per consulenze non a carattere sanitario per l'esercizio in corso.

La Regione Calabria e l'Asp di Cosenza hanno avviato le stabilizzazioni del personale sulla base delle disposizioni contenute nella finanziaria 2007 commettendo, ad avviso della magistratura contabile, un errore di interpretazione. Se è vero che il comma 557 della predetta legge statale disapplica le disposizioni previgenti che imponevano limitazioni in materia di assunzione di personale, il successivo comma 558 ribadisce quanto sin qui esposto: esiste un obbligo di copertura finanziaria per le nuove assunzioni; un obbligo di ridurre le spese per il personale e la necessità di una preventiva programmazione del fabbisogno di personale e delle nuove assunzioni (21).

(20) Tale disposizione è contenuta nell'art. 1, comma 565, lettere *a* e *b*, della legge n. 296/2006, e art. 2, comma 71, della legge n. 191/2009. L'art. 24 della legge regionale 11 gennaio 2006, n. 1, recepiva l'Intesa raggiunta il 23 marzo 2005 in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome stabilendo che le relative previsioni trovassero applicazione nell'ordinamento della Regione Calabria.

(21) Ancora si osserva, in dottrina (R. Cavallo Perin, *op. cit.*, p. 1998), che «il principio di imparzialità dei pubblici uffici, cui la regola del pubblico concorso è strumento essenziale, pare tuttavia assolvere a un altro compito istituzionale che è altamente necessario proprio a un'amministrazione pubblica che si è voluta sottoposta alla direzione e al controllo degli organi politici, del cui buon andamento sono responsabili i governi dell'epoca di fronte al Parlamento».

4. — *L'emergenza socio-sanitaria e il piano di rientro* — La vicenda delle stabilizzazioni trattata dalla decisione in commento si inserisce nella specificità del tessuto calabrese sottoposto all'emergenza socio-sanitaria e al Piano di rientro.

Infatti, la Regione Calabria ha chiesto al Governo nazionale di attivare la procedura di cui all'art. 1, comma 180, della legge n. 311/2004, finalizzata alla sottoscrizione di un accordo sul Piano di rientro, in quanto la situazione finanziaria nel settore sanità risultava fortemente squilibrata. Da qui, infatti, il commissariamento del settore con ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri n. 3635/2007, con consequenziale nomina del presidente della Giunta regionale quale commissario *ad acta* (22).

La dichiarazione dello stato di emergenza socio-sanitario è stata determinata, tra le tante concause, proprio da una oggettiva incertezza relativa al disequilibrio economico-finanziario che ha comportato il blocco totale delle assunzioni (23).

Il commissario *ad acta*, di prassi individuato nella figura del presidente della Giunta regionale da parte del Consiglio dei ministri, non comporta una sostituzione organica, bensì una sostituzione soggettiva. Esso è dotato dei poteri che la legge gli conferisce per un periodo di tempo determinato al fine di ristabilire la situazione che si è creata precedentemente al verificarsi dell'evento eccezionale. Una situazione di squilibrio economico-finanziario nel settore sanità, come sopra ricordato, può ben rappresentare una esigenza in cui procedere a un intervento sostitutivo nei confronti dell'ente Regione, in quanto obiettivo dello Stato centrale deve essere quello di garantire su tutto il territorio nazionale i livelli essenziali della prestazione (Lea) (24).

Qualsiasi procedura concorsuale e ovviamente qualsiasi procedura di stabilizzazione non può che avvenire in un quadro di finanza pubblica e nel rispetto formale delle norme.

Ciò è comprovato dal ritardo nell'approvazione del bilancio d'esercizio delle aziende sanitarie da parte della Regione Calabria: strumenti contabili fondamentali per avere un quadro dell'ammontare della spesa. Proprio con deliberazione della Giunta regionale 1° giugno 2007, n. 333, pubblicata sul *Bur* n. 12 del 30 giugno 2007, si negava l'approvazione del bilancio d'esercizio 2005 dell'allora Asl n. 4 di Cosenza anche per un ingiustificato aumento del costo del personale rispetto all'anno precedente.

Dal bilancio d'esercizio, infatti, si può desumere un eventuale aumento o diminuzione del costo del personale rispetto all'anno precedente e una eventuale perdita di esercizio (25).

(22) Sul punto, si veda L. Arcangeli, C. De Vincenti, *La politica sanitaria*, in M.C. Guerra, A. Zanardi, *La finanza pubblica italiana. Rapporto 2008*, Il Mulino.

(23) Si ricorda l'importante pronuncia della Corte Costituzionale n. 40/2010, reperibile su www.federalismi.it, in tema di contabilità pubblica e programmazione delle risorse per la spesa sanitaria. Con tale decisione, la Corte ha stabilito che è compito delle Regioni ridurre le spese di personale e introdurre forme di partecipazione al costo delle prestazioni sanitarie da parte dei cittadini, in base all'intesa raggiunta dalla Conferenza Stato-Regioni.

(24) C. Cislighi, E. Di Virgilio, I. Morandi, *Bisogni, consumi, costi: determinazione e riparto delle risorse del Servizio sanitario nazionale*, Agenas, Roma.

(25) Corte dei Conti, *Rapporto 2011 sul coordinamento della finanza pubblica*, Roma.

Il commissariamento del settore sanità non comporta una deroga a una programmazione preventiva su base triennale delle assunzioni, già prevista dalla legge formale ordinaria e dalle disposizioni regionali che si sono succedute.

Semmai comporta – come ben precisato dal Collegio – l'esatta indicazione relativa ai margini di copertura finanziaria delle stabilizzazioni sulla base di un valido e regolare bilancio di previsione.

5. — *Le illegittimità amministrative del procedimento* — Secondo altro angolo visuale, la Procura generale sosteneva che vi fosse la mancanza di precisa autorizzazione da parte della Regione al fine di procedere con le stabilizzazioni del personale dipendente. È prassi che le autorizzazioni concesse siano approvate con deliberazione di Giunta regionale e successivamente trasmesse all'ente interessato.

Nel caso di specie, tali autorizzazioni non sono mai state concesse per quanto riguarda la situazione dei co.co.co.

La Regione Calabria ha deliberato alcune autorizzazioni relative alle assunzioni di personale medico e non medico a tempo determinato, nonché venivano prorogati alcuni rapporti alla data di entrata in vigore della legge regionale n. 9/2007 (26).

Il Collegio ha ritenuto di non dover accogliere una parte della tesi sostenuta dalla Procura generale relativa alla responsabilità in solido tra il *management*, il responsabile del procedimento e tutti i componenti delle commissioni di valutazione degli «stabilizzandi».

La decisione in commento – se pur riconosca un comune ruolo della Regione e delle Aziende sanitarie nella programmazione sanitaria – distingue però i diversi profili di responsabilità (27).

Sussiste una maggiore responsabilità del *management* aziendale sanitario che non può non riconoscere disposizioni fondamentali in materia di gestione.

A tal proposito si richiama brevemente il quadro normativo di riferimento che inquadra il vertice dirigenziale dell'amministrazione sanitaria. In base al d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e poi alla legge regionale 19 marzo 2004, n. 11, essi sono responsabili del risultato conseguito da parte della pubblica amministrazione e di conseguenza anche dei danni derivati all'amministrazione.

Ai sensi dell'art. 3, comma 1-*quater*, del d.lgs. n. 502/1992, il direttore generale si fa carico di una responsabilità generale per l'azienda e i relativi risultati, e secondo quanto affermato dalla magistratura contabile, «ha l'obbligo di assicurare una corretta ed economica gestione delle risorse disponibili, laddove, nella fattispecie risultano scientemente violate diverse disposizioni legislative imperative in materia di assunzioni, di obbligo di copertura finanziaria dei provvedimenti amministrativi, di obbligo di contenimento della spesa sanitaria a seguito dell'avvio delle procedure finalizzate al piano di rientro».

(26) Con deliberazione della Giunta regionale 29 giugno 2007, n. 383, pubblicata sul *Bur* n. 14 del 1° agosto 2007, venivano autorizzate assunzioni di personale medico e non medico a tempo determinato per un periodo non superiore a sei mesi presso l'Asp di Cosenza e le (ex) Asl di Paola, Castrovillari, Rossano e Cosenza.

(27) Sul punto si veda Corte Costituzionale, sentenza n. 507/2000, in *www.giurcost.org*.

Esso, quindi, assume su di sé una responsabilità decisionale che deve essere esercitata verificando la sussistenza dell'interesse pubblico all'adozione di quel provvedimento.

All'interno del procedimento amministrativo, la funzione esercitata da parte del direttore amministrativo e sanitario, *ex art. 3, comma 1-quinques, del d.lgs. n. 502/1992, e art. 15, comma 1, legge regionale n. 11/2004*, è soltanto quella di rendere pareri al fine rendere maggiormente meditata la decisione finale da assumere (28).

Nel caso in questione, il Collegio giudicante ha accertato che da parte del direttore amministrativo e da parte del direttore sanitario non sia pervenuto al direttore generale nessun tipo di parere contrario o dissenziente rispetto alla decisione assunta da quest'ultimo. Se è provato l'elemento soggettivo a carico dell'intero *management*, lo stesso non può essere provato per gli altri convenuti. Le questioni, poi, relative all'attività del responsabile del procedimento e all'attività dei componenti la commissione di valutazione dei titoli degli stabilizzandi sono state affrontate diversamente dal Collegio (29).

Nello specifico, il ruolo del responsabile del procedimento – per come descritto nella sentenza in esame – non sembra essere determinante ai fini della stabilizzazione dei lavoratori.

Ebbene, con tale decisione, il Collegio ha voluto ribadire che esso ha avuto soltanto un ruolo marginale e residuale rispetto all'acquisizione del parere del direttore amministrativo e sanitario.

Parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono invece che il responsabile del procedimento (30) assuma su di sé un ruolo preponderante e centrale nella formazio-

(28) Corte dei Conti, Sez. III, 3 settembre 2012, n. 567, in *www.cortedeiconti.it*.

(29) G. Corso, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, in Aa.Vv. *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, a cura di F. Trimarchi, Milano, 1990. Il direttore generale, in qualità di organo dell'Azienda sanitaria che adotta l'atto aziendale, è responsabile della gestione complessiva e della nomina dei responsabili delle strutture operative dell'azienda. Ne discende una responsabilità generale per la gestione dell'azienda e i relativi risultati, che comprende l'obbligo di assicurare una corretta ed economica gestione delle risorse disponibili, laddove, nella fattispecie risultano scientemente violate diverse disposizioni legislative imperative in materia di assunzioni, di obbligo di copertura finanziaria dei provvedimenti amministrativi (segnatamente, quelli relativi alla programmazione generale delle stabilizzazioni), di obbligo di contenimento della spesa sanitaria a seguito dell'avvio delle procedure finalizzate al piano di rientro. Il direttore sanitario e il direttore amministrativo, dal canto loro, coadiuvano il direttore generale nella direzione dell'azienda, assumono diretta responsabilità delle funzioni loro attribuite dalla legge, dagli atti generali di organizzazione e per delega del direttore generale; concorrono, con la formazione di proposte e pareri, alla formazione delle decisioni della direzione generale (cfr. art. 3, comma 1-quinques, d.lgs. n. 502/1992, e art. 15, comma 1, legge regionale n. 11/2004). In carenza di dissenso rispetto agli atti generali di pianificazione delle stabilizzazioni e a quelli singoli e individuali di stipula dei contratti di lavoro individuali seguiti al completamento delle procedure sottoscritti dal direttore generale deve ritenersi che tanto il direttore amministrativo quanto quello sanitario abbiano concorso a determinare il danno erariale nei termini di cui sopra.

(30) Sul tema del responsabile del procedimento, ampiamente si veda A. Sandulli, voce *Procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo II, II ed., pp. 1035 ss.

ne del provvedimento finale. Infatti, esso viene definito con un termine di derivazione anglosassone come *leading authority*, ovvero autorità guida di ciascun procedimento amministrativo (31).

Sul punto, giova ricordare come una delle ragioni che ha condotto il legislatore a introdurre l'istituto del responsabile del procedimento sia stata sicuramente quella di contrastare l'irresponsabilità di fatto dei soggetti chiamati a gestire il procedimento.

Tale necessità, di tutta evidenza, è strettamente collegata agli artt. 97, comma 2 (32), e 28 della Costituzione in quanto riguardanti, il primo, il principio della necessaria determinazione, nell'ordinamento degli uffici, delle sfere di competenze, delle attribuzioni e delle responsabilità proprie dei funzionari, e, il secondo, quello della responsabilità diretta dei dipendenti pubblici per gli atti compiuti in violazione di diritti.

Il funzionario incaricato di tale funzione non risulta essere responsabile, in quanto in base all'elemento soggettivo della responsabilità tutti gli atti sono imputabili unicamente al carattere volitivo del *management* aziendale.

Al responsabile del procedimento è, ai sensi dell'art. 28 della Costituzione, direttamente ascrivibile una responsabilità, tanto in sede civile, quanto in sede penale e amministrativa. La responsabilità civile è regolata dall'art. 22, d.P.R. n. 3/1957, in base al quale, ove l'attività del pubblico dipendente cagioni con dolo o colpa grave un danno ingiusto, questi è tenuto a risarcirlo. Secondo un preciso orientamento della dottrina, egli può essere chiamato dinanzi alla Corte dei Conti a rispondere dei danni già risarciti dallo Stato, in base a un cd. *danno erariale indiretto* (33).

Da una lettura dell'art. 6 della legge n. 241 del 1990, grava sul responsabile del procedimento un generico dovere di porre in essere ogni atto o adempimento che si reputi necessario per il buon andamento amministrativo (34).

Ciò posto, ad avviso della magistratura contabile, tuttavia, il responsabile del procedimento non partecipa al momento della formazione di volontà del provvedimento, ma ha soltanto un ruolo di mera «preparazione materiale» di esso.

La sua nomina non incide sull'assetto delle competenze interne all'amministrazione, tanto che, nell'ipotesi in cui il responsabile del procedimento non sia anche responsabile del provvedimento, la competenza di quest'ultimo rimane ferma e il primo deve limitarsi a svolgere una mera funzione positiva (35).

(31) A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997; V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/90*, in www.giustamm.it.

(32) Ampiamente, sul punto, C. Pinelli, *Art. 97, comma 3, Sez. II, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, pp. 320 ss.; R. Caranta, *Art. 97*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. II, Torino, 1996, pp. 1889 ss.; A. Police, *Le risorse umane*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 580.

(33) F. Caringella, *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, 2012, p. 340.

(34) F. Patroni Griffi, *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabile dei poteri pubblici* in www.giustamm.it, 2011.

(35) R. Giovagnoli, *Il responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo*, pubblicata in www.giustamm.it, n. 10-2012.

Sullo stesso piano sono posti i componenti della Commissione di valutazione degli stabilizzandi che non assumono nell'intera vicenda una posizione di rilievo, che su richiesta della Procura devono essere tutti assolti.

I membri di una Commissione, quindi, non assumono su di sé nessun tipo di responsabilità contabile in quanto, lo ribadisce ancora una volta il Collegio, vi è stata una palese violazione del principio del pubblico concorso addebitabile esclusivamente al *management* aziendale (36).

6. — *Conclusioni* — La ricchezza della ricostruzione normativa e l'ampiezza delle argomentazioni giuridiche nella parte motiva della decisione della Corte dei Conti qui commentata imprimono forti «ripensamenti» sull'uso distorto delle cd. stabilizzazioni in senso alle amministrazioni pubbliche.

Pertanto, la responsabilità contabile rappresenta, alla luce di quanto fin qui brevemente esposto, uno degli «anticorpi apprestati dall'ordinamento per garantire la qualità e la correttezza dell'operato della pubblica amministrazione» (37).

Si tratta di responsabilità generalmente applicabile a tutti i dipendenti pubblici, non solo statali, riferibile, quanto alla competenza legislativa, all'art. 117, comma 2, lett. l, Cost.

Nel caso di specie, la responsabilità in questione è strettamente ancorata – ad avviso di chi scrive – ai presupposti sui quali ci si è soffermati *supra*, ossia, a quei principi fondamentali (e ai corollari che ne derivano) che la Costituzione nostrana detta in materia di accesso al pubblico impiego.

Infatti, di là dal tecnicismo (forse anche «esasperato») in cui indugia la Corte dei Conti, appare a dir poco evidente che il fulcro della decisione in analisi ruota intorno al principio del concorso pubblico (ovvero a forme selettive realmente utili alla individuazione del cd. «miglior contraente») inteso quale baluardo a garanzia dell'uguaglianza dei cittadini (38) e dell'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

Il pieno rispetto del principio del pubblico concorso risulta menomato non so-

(36) Così decidendo, la Corte sottolinea come vanno tenuti separati i profili di responsabilità del *management* aziendale, del responsabile del procedimento e dei componenti delle commissioni di valutazione delle procedure di stabilizzazione, dovendosi distinguere tra diverse tipologie di responsabilità nella definizione del procedimento amministrativo illegittimo che ha condotto alla illegittima stabilizzazione del personale precario dell'Asp di Cosenza. Va ritenuto ampiamente provato l'elemento soggettivo della colpa grave a carico del *management* aziendale, in nulla mitigato dalla mancata individuazione presso la Giunta regionale di coloro i quali si sono anch'essi resi corresponsabili del danno erariale. Non è plausibile la disconoscenza proprio di disposizioni fondamentali in materia di gestione degli enti del Servizio sanitario regionale. Il *management* aziendale, nel caso di specie, ha inteso pervicacemente e senza nemmeno preoccuparsi del mutato quadro normativo violare norme di legge. È escluso ogni elemento esimente o riduttivo della colpa grave.

(37) Cfr., F. Terzini, *La responsabilità amministrativa e contabile e la giurisdizione della Corte dei Conti*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, Passigli, 2010.

(38) Per tutti, A. Cerri, *Leguaglianza*, Laterza, Bari, 2005.

lo nei casi di un (più o meno mascherato) «aggiramento» della regola, ma soprattutto allorché si neghino – irragionevolmente – le possibilità di accesso dall'esterno e la corretta verifica degli *skills* degli aspiranti (39).

La pronuncia che si commenta, allora, viene emessa in un contesto in cui sembra essere tornata d'attualità la problematica dei controlli (40) sull'operato della pubblica amministrazione, relativamente alla gestione delle risorse pubbliche (41). In questo preciso momento storico, la giurisdizione della magistratura contabile svolge quella funzione che l'art. 103 della Costituzione assegna a essa, ovvero quella di esercitare un controllo sull'operato dell'agire amministrativo rispetto all'utilizzo delle risorse pubbliche (42).

La Corte Costituzionale ha avuto modo di stabilire il limite dell'azione giurisdizionale delle Procure presso la Corte dei Conti, in quanto l'azione di queste ultime deve riguardare fatti precisi e determinanti (43). Allo stesso tempo, il controllo di gestione ha un ambito di applicabilità molto esteso non riferibile in maniera esclusiva a nessuna amministrazione.

La magistratura contabile diventa, quindi, un potere dello Stato che consente di attuare quella complessa rete di rapporti basata sul principio del *checks and balances*, ovvero quel sistema proprio delle democrazie liberali di «pesi e contrappesi» tra poteri dello Stato (44).

La gestione dei rapporti di lavoro all'interno dell'amministrazione pubblica non può, quindi, essere soggetta a scelte arbitrarie della stessa, ma deve rientrare all'interno di un'attenta programmazione di assunzione del personale (45).

Il criterio privatistico del «buon padre di famiglia» deve trovare sempre più applicazione anche all'interno di uffici e di strutture pubbliche, in quanto il fine da perseguire è quello della tutela degli interessi collettivi.

(39) *Ex plurimis*, Corte Cost. 18 gennaio 2013, n. 3, in *Diritto & giustizia*, 2013, 21 gennaio, con nota di L.R. Corrado.

(40) Si vedano le considerazioni di G. D'Auria, *I controlli*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo II, II ed., cit. pp. 1343 ss.

(41) Sul tema, da ultimo, si veda il recente contributo monografico di D. Siclari, *La Corte dei Conti europea nel sistema multilivello dei controlli*, Napoli, 2012, e ivi ampi riferimenti bibliografici.

(42) Nel caso che ci occupa, le stabilizzazioni operate presso l'Asp di Cosenza tra il 2008 e il 2010, con la trasformazione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato di rapporti a tempo determinato ovvero di co.co.co., sono da ritenersi, ancorché supportate da una procedura sedicente selettiva, a ogni fine ed effetto, nulle di diritto stanti gli impedimenti normativi sopra delineati, essendo state operate in violazione di disposizioni imperative e, addirittura, di norme statali che costituiscono principi di coordinamento della finanza pubblica.

(43) Si veda, sul punto, la sentenza della Corte Costituzionale n. 337/2005, reperibile su www.federalismi.it, in materia di limiti al potere di sindacato ispettivo della Procura regionale della Corte dei Conti.

(44) Audizione del presidente della Corte dei Conti sul disegno di legge costituzionale del Governo C. 4275 «Riforma del Titolo IV della Parte II della Costituzione» dinanzi le Commissioni riunite I e II della Camera dei deputati.

(45) Sul rapporto di lavoro nelle p.a. in genere si veda M. D'Alberti, *op. cit.*, pp. 11-119 e 279-289.

La Corte dei Conti, nell'osservanza dei caratteri di imparzialità, equidistanza e autonomia, svolge su tutto il territorio nazionale, e in particolare in quello meridionale, un ruolo di garante per le pubbliche amministrazioni e per qualsiasi organismo di diritto pubblico affinché amministratori e funzionari possano rendicontare sia sotto il profilo contabile che sotto l'aspetto del risultato (46).

Renato Rolli

*Professore aggregato di Diritto amministrativo
presso il dipartimento di Scienze giuridiche e aziendali dell'Università della Calabria*

(46) Né tale disciplina viola – come affermato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 89/2003, in *www.giurcost.org* – alcun precetto costituzionale; ciò in quanto il principio dell'accesso mediante concorso rende palese la non omogeneità del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rispetto al rapporto di lavoro alle dipendenze di datori privati e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare, alla violazione delle norme imperative, conseguenze solo risarcitorie e patrimoniali (in luogo della conversione del rapporto a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati); né contrasta, infine, con il canone di ragionevolezza, avendo la stessa norma costituzionale individuato nel concorso, quale strumento di selezione del personale, lo strumento più idoneo a garantire, in linea di principio, l'imparzialità e l'efficienza della pubblica amministrazione: sul punto, si veda Cass. n. 11161/2008, cit. E, dunque: «In difetto di pubblico concorso il rapporto di impiego è nullo, o se si preferisce giuridicamente inesistente, anche ove si tratti della eventuale prosecuzione oltre il termine di un rapporto di lavoro a tempo determinato, seppure ove instaurato con pubblico concorso, poiché – si è detto – questo non si trasforma secondo le norme che valgono nell'impresa. In tutti i casi l'interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prosecuzione della prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative, ma le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare dai dirigenti responsabili le somme a questi pagate, qualora la violazione sia stata commessa con dolo o colpa grave»: in termini, R. Cavallo Perin, *op. cit.*, p. 2003.

CORTE D'APPELLO BRESCIA, 26 ottobre 2012, Sez. lav. – Pres. Nuovo, Est. Matano – Fon Presmetal Gap Spa (avv. La Gioia) c. F.P. (avv. Ragusa).

Licenziamento individuale – Art. 4, comma 1, legge n. 68/99 – Computabilità degli apprendisti nell'organico aziendale – Quota di riserva – Violazione dei criteri di computo.

Poiché l'art. 4 della legge n. 68/99 non esclude dalla base di computo per la determinazione della quota di riserva i lavoratori assunti con contratto di apprendistato, i medesimi devono essere computati a tali fini (fattispecie relativa al calcolo della quota di riserva dei soggetti disabili). (1)

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

(1) GLI APPRENDISTI SONO COMPUTABILI
AI FINI DEL COLLOCAMENTO MIRATO

SOMMARIO: 1. Il fatto. — 2. I criteri di computo della quota di riserva. — 3. La sentenza della Corte Costituzionale 12 aprile 1989, n. 181. — 4. La specialità del contratto di apprendistato. — 5. La parziale illegittimità del d.P.R. n. 333/2000. — 6. La responsabilità risarcitoria. — 7. Regole di computabilità dei lavoratori apprendisti. — 8. Computo degli apprendisti nella contrattazione collettiva. — 9. Conclusioni.

1. — *Il fatto* — La sentenza in esame affronta la questione, invero delicata, della computabilità degli apprendisti nell'organico aziendale.

La vicenda portata all'attenzione del giudice di primo grado verte sulla determinazione della base di calcolo della quota di riserva e sulla computabilità dei lavoratori apprendisti nell'organico aziendale.

Nel caso di specie, una lavoratrice assunta in qualità di invalida veniva licenziata in data 22 marzo 2010 per soppressione della mansione di addetta al centralino. Il Tribunale di Brescia ritiene illegittimo il licenziamento a norma dell'art. 10, comma 4, della legge n. 68/99, in quanto adottato in violazione della quota di riserva per le assunzioni obbligatorie che le imprese con un minimo di 15 lavoratori dipendenti debbono osservare.

Sul presupposto che l'art. 4, comma 1, della legge n. 68/99 non menziona espressamente gli apprendisti tra i soggetti esclusi dall'organico aziendale preso a riferimento per la quantificazione della quota di riserva, il Tribunale di Brescia li ha ritenuti computabili ai fini della reintegrazione della lavoratrice nel posto di lavoro a norma dell'art. 18 Stat. lav.

La società datrice di lavoro ricorre dinnanzi alla Corte d'Appello di Brescia deducendo l'errato computo della quota di riserva da parte del primo giudice, nonché l'il-

legittima statuizione adottata in sentenza circa la retribuzione globale di fatto come parametro del risarcimento e la detrazione a titolo di *aliunde perceptum*. A sostegno della domanda, la società appellante richiama l'art. 53, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 quale norma generale che esclude i lavoratori apprendisti dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti, facendo salvo in ogni caso quanto disposto da speciali previsioni di legge o di contratti collettivi.

La lavoratrice, costituitasi in giudizio, deduce l'infondatezza dell'appello chiedendone il rigetto.

Nel riformare parzialmente la sentenza di primo grado, la Corte d'Appello di Brescia dichiara infondato il motivo d'appello e, dunque, illegittimo il licenziamento sulla base della computabilità degli apprendisti ai fini della determinazione della quota di riserva. La Corte bresciana condanna, inoltre, la società appellante al risarcimento del danno in favore della lavoratrice licenziata, liquidato in un'indennità pari a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, oltre alla rivalutazione monetaria e agli interessi legali, nonché al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dalla data del licenziamento sino alla reintegrazione.

2. — *I criteri di computo della quota di riserva* — Al fine di individuare l'organico aziendale che deve essere considerato utile per quantificare il numero dei lavoratori disabili da assumere, l'art. 4, comma 1, della legge n. 68/99 delinea i criteri di computo della quota di riserva di cui all'art. 3 della stessa legge.

La norma in esame, secondo la formulazione vigente all'epoca del licenziamento, esclude espressamente dalla base di computo specifiche categorie di lavoratori e in particolare: i disabili occupati obbligatoriamente, i lavoratori assunti con contratto a tempo determinato di durata non superiore a nove mesi, i soci di cooperative di produzione e lavoro, i dirigenti. I *part-timer* sono computati in proporzione all'orario effettivamente svolto.

La norma ora citata non fa nessun accenno agli apprendisti, che, pertanto, sembrano computabili.

Nel silenzio della norma, appaiono necessarie alcune considerazioni. In via generale, occorre stabilire se l'elencazione di cui all'art. 4 della legge n. 68/99 sia da considerare tassativa e, come tale, non suscettibile di alcuna integrazione *ex post* o, al contrario, sia da intendere come esemplificativa e, dunque aperta all'integrazione mediante il ricorso ad altre leggi, considerato che gli apprendisti sono tradizionalmente esclusi dal computo dell'organico aziendale (art. 21, comma 7, legge n. 56/87).

L'orientamento dottrinale maggioritario [A. Maresca, *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 674; L. Fantini, *Criteri di computo della quota di riserva*, in G. Santoro Passarelli, P. Lambertucci (a cura di), *Norme per il diritto al lavoro dei disabili*, in *Nuove leggi civ.*, 2000, p. 1372; D. Garofalo, *Disabili e lavoro. Profilo soggettivo*, in *Dir. prat. lav.*, 1999, III, n. 37, Inserto, p. XX; A. Tursi, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, in *q. Riv.*, 1999, I, p. 745] afferma la «regola del non computo» dei lavoratori apprendisti in relazione a ogni obbligo imposto ai datori di lavoro con riguardo ai lavoratori occupati, ivi compreso quello in tema di collocamento obbligatorio [D. Papa, *Computo*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Il T.U. dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 483].

La non computabilità degli apprendisti nel calcolo dei limiti numerici, secondo l'opinione della dottrina, si deve intendere come agevolazione normativa finalizzata alla promozione dell'occupazione. In tal senso si esprime l'art. 53, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 (identica è oggi la previsione del sopravvenuto art. 7, comma 3, del d.lgs. n. 167/2011) e, ancor prima, l'art. 21, comma 7, della legge n. 56/87.

In senso diametralmente opposto si esprime quella parte della dottrina che, ritenendo tassativi i criteri di esclusione di cui all'art. 4, comma 1, della legge n. 68/99, reputa computabili i lavoratori apprendisti nella quota di riserva (E. Massi, *Riforma del collocamento obbligatorio*, in *Dir. prat. lav.*, 1999, n. 17, inserto, p. VI; M. Biagi, *Disabili e diritto del lavoro*, in *Guida lav.*, 1999, p. 12).

Sulla scia dell'orientamento in ultimo menzionato si pone la pronuncia in commento. Con una sentenza quasi rivoluzionaria, che ribalta decenni di prassi consolidata, la Corte d'Appello di Brescia afferma il principio del computo degli apprendisti nell'organico aziendale. Il giudice di secondo grado giunge a tale conclusione a seguito di un ragionamento logico-deduttivo di evidente chiarezza, asserendo che «poiché l'art. 4, comma 1, della legge n. 68/1999 non esclude dalla base di computo per la determinazione della quota di riserva i lavoratori assunti con contratto di apprendistato, ne consegue che i medesimi devono essere computati a tali fini».

Tale impostazione giurisprudenziale, peraltro, trova solido riscontro nel principio in virtù del quale *lex posterior derogat legi priori* [F. Limena, *Il collocamento mirato dei soggetti disabili*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2007, II, p. 248]. A tal proposito, la normativa previgente sul lavoro dei soggetti disabili (art. 11 della legge n. 482/68) escludeva espressamente gli apprendisti dalla base di computo per la determinazione dell'obbligo di riserva. La circostanza che la legge n. 68/99 non riproponga l'inserimento dei lavoratori con contratto di apprendistato nell'elenco dei soggetti esclusi dalla base di calcolo, né tantomeno rinvii alle esclusioni operate dalla normativa precedente, è segno, a parere della Corte bresciana, che il legislatore del 1999 nel bilanciamento dei contrapposti interessi «ha inteso privilegiare quelli volti a promuovere l'inserimento dei disabili nel mondo del lavoro».

La Corte d'Appello di Brescia, in sostanza, riconduce la mancata esclusione degli apprendisti a «una scelta discrezionale del legislatore che, ai fini di un più intenso perseguimento delle finalità di inserimento e di integrazione dei soggetti disabili nel mondo del lavoro, ha incluso nella base di calcolo per la determinazione della quota di riserva anche gli apprendisti», derogando in tal modo alla regola della non computabilità prevista in via generale dalla legge.

A parere di chi scrive, appare congruo il richiamo operato dal giudice di secondo grado all'art. 4, comma 27, lett. a, della legge n. 92/2012, il quale modifica la disciplina del collocamento mirato. Seppur il testo dell'art. 4 della legge n. 68/99, novellato nel 2012, sia inapplicabile *ratione temporis* alla fattispecie oggetto della sentenza in commento, esso sembra costituire un'ulteriore conferma a sostegno del *decisum* del giudice. La nuova disposizione normativa modifica i criteri di determinazione della base occupazionale secondo un duplice ordine di motivi: se, da un lato, amplia il numero dei lavoratori sul quale calcolare la quota di riserva per l'assunzione dei lavoratori disabili (sono computati di norma tra i dipendenti tutti i lavoratori assunti con contratto subordinato), dall'altro, esclude nuove tipologie di lavoratori, che si aggiun-

gono alle categorie già in precedenza escluse dall'art. 4 della legge n. 68/99 [M. Giovannone, A. Innessi, *L'attuazione del diritto al lavoro dei disabili*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 431], senza ancora una volta richiamare gli apprendisti tra i lavoratori esclusi dalla base di computo.

Il legislatore del 2012 dirime il contrasto interpretativo sopra riportato in modo definitivo, colmando la lacuna normativa (se di ciò si tratta) con legge. La norma novellata, non richiamando nuovamente gli apprendisti tra le eccezioni alla regola della computabilità, non può che intendersi nel senso di includere i medesimi nei limiti numerici della quota di riserva.

3. — *La sentenza della Corte Costituzionale 12 aprile 1989, n. 181* — Con riferimento al tema del computo degli apprendisti, si richiama brevemente la sentenza 12 aprile 1989, n. 181, della Corte Costituzionale (*Mass. giur. lav.*, 1989, p. 132, con nota di G. Mannacio), che, pur dichiarando non contrastante col principio di uguaglianza la normativa che escludeva gli apprendisti dal calcolo dell'organico aziendale (art. 21, comma 7, della legge n. 56/87), ricollegava la ragionevolezza di tale principio al contingente contesto di grave crisi dell'occupazione giovanile di quegli anni e non a un arco di tempo più ampio, sul presupposto che l'affievolimento delle tutele si tollera soltanto in presenza di una causa giustificatrice (come la disoccupazione giovanile) che sia «ragionevole».

La Corte, già nel 1987, invitava il legislatore a escogitare strumenti volti a favorire l'occupazione giovanile tali da non pregiudicare gli istituti posti a tutela del lavoratore. Nel contesto appena descritto, la non computabilità degli apprendisti è dunque regola eccezionale, tanto che la Corte Costituzionale non preclude un'eventuale riconsiderazione della questione «ove il sacrificio di tali valori si protragga troppo a lungo».

4. — *La specialità del contratto di apprendistato* — Ritornando ai motivi di rigetto del ricorso, altro elemento che la Corte d'Appello di Brescia assume a fondamento della propria decisione concerne la qualificazione del contratto di apprendistato.

La Corte, nella costruzione dell'*iter* argomentativo svolto, parte dall'analisi dell'art. 53, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, il quale sancisce il principio generale del non computo degli apprendisti ai fini dei limiti numerici disposti per l'applicazione di particolari normative e istituti. La norma in esame enuclea un vero e proprio incentivo normativo alla diffusione del contratto di apprendistato, pur facendo salve in ogni caso specifiche previsioni di legge o di contratto collettivo.

Dalla sistematica letterale della norma in esame emerge, con evidente chiarezza, la sua natura di norma a carattere generale, avente funzione di promozione e di incremento dell'occupazione giovanile. Ne discende che la normativa richiamata trova applicazione in quanto non vi è una disciplina speciale che regoli autonomamente il computo dei limiti numerici.

Diversa è, invece, la finalità cui è preposta la legge n. 68/99, la quale, attraverso il meccanismo del collocamento mirato, si propone di favorire «la promozione dell'inserimento e dell'integrazione lavorativa dei soggetti disabili nel mondo del lavoro» (art. 1 della legge n. 68/99). La legge n. 68/99 ben si configura, dunque, quale normativa speciale idonea a disciplinare liberamente, anche in deroga alla regola genera-

le, i criteri di calcolo della quota di riserva. In altri termini, la Corte d'Appello di Brescia ritiene che «per lo speciale computo della quota di riserva valgono i criteri speciali previsti dalla normativa sui lavoratori disabili».

La suddetta conclusione, a parere del giudice di secondo grado, acquista ulteriore pregnanza se si considera che l'apprendistato è da molti considerato un contratto speciale di lavoro in virtù della sua caratterizzazione causale; il contratto di apprendistato è un contratto a causa mista in cui alla causa tipica del contratto di lavoro (scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione) si aggiunge l'addestramento professionale (v., tra gli altri, D. Garofalo, *L'apprendistato*, in A. Vallebona, *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009).

La Corte d'Appello di Brescia ritiene l'apprendistato «molto vicino al rapporto di lavoro ordinario»; lo dimostra l'automatica trasformazione al suo termine in contratto a tempo indeterminato e ferma restando in ogni caso la facoltà di recesso di cui le parti contrattuali dispongono una volta terminata l'esperienza formativa realizzata (art. 49, comma 4, lett. c, del d.lgs. n. 276/2003).

La pronuncia in esame ha una portata innovativa in considerazione all'art. 2, comma 1, lett. m, del d.lgs. n. 167/2011, che, seppur non applicabile alla fattispecie in commento, configura il contratto di apprendistato come ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato [M. Tiraboschi, *Definizione e tipologie*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Il T.U. dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 177].

5. — *La parziale illegittimità del d.P.R. n. 333/2000* — Nella pronuncia in commento si rinvencono elementi di novità anche in relazione al rapporto tra le fonti del diritto.

L'art. 3, comma 1, del Regolamento di esecuzione della legge n. 68/99, approvato con d.P.R. n. 300/2000 prevede l'esclusione dei lavoratori apprendisti dalla base di computo per la determinazione della quota di riserva.

La Corte d'Appello di Brescia apre una questione piuttosto delicata: verificare se il regolamento di esecuzione, in quanto fonte secondaria, possa essere considerato una norma integrativa della legge n. 68/99. Osservato che il testo dell'art. 4, comma 1, della legge n. 68/99 introduce un'eccezione alla regola generale della computabilità dei lavoratori, il giudice di secondo grado ritiene che l'elenco delle categorie di lavoratori da escludere dal computo della quota di riserva sia da considerare «tassativo o quanto meno di stretta interpretazione». In altri termini, è da ritenere ammissibile soltanto un'integrazione che sia «giustificata in base all'analogia o alla prossimità della nuova categoria di lavoratori introdotta dal regolamento con una di quelle già previste dalla legge».

Stante la profonda diversità esistente tra il rapporto di lavoro degli apprendisti e quello delle altre categorie menzionate dall'art. 4 della legge n. 68/99, la Corte afferma che «l'estensione agli apprendisti della speciale esclusione dal computo della quota di riserva costituisca un'illegittima integrazione della legge a opera del regolamento di esecuzione». Questa illegittimità giustifica la non vincolatività del regolamento medesimo.

Inoltre la Corte d'Appello di Brescia, in coerenza con la sua posizione interpretativa, priva di qualsiasi rilevanza legale la circolare del ministero del Lavoro del 27 gennaio 2000, n. 4, che esclude espressamente gli apprendisti dalla base di computo. A

parere della Corte, la circolare ministeriale non vincola in alcun modo l'organo giudicante in quanto non costituisce fonte del diritto.

6. — *La responsabilità risarcitoria* — I giudici di secondo grado non possono, tuttavia, ignorare che la società appellante, nell'escludere gli apprendisti dal calcolo della determinazione della quota di riserva, fa legittimo affidamento su una prassi amministrativa piuttosto consolidata.

Pertanto la Corte d'Appello di Brescia, accogliendo la censura della sentenza di primo grado nella parte relativa al risarcimento del danno, lo riduce.

La Corte, in adesione a un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, limita il risarcimento alla misura minima di cinque mensilità prevista dall'art. 18 Stat. lav., in quanto considera che «la quota di riserva è stata calcolata dal datore di lavoro in conformità alle istruzioni di carattere tecnico provenienti anche da fonti ministeriali»: applica pertanto l'art. 1218 cod. civ. La riduzione del risarcimento non incide, tuttavia, sull'obbligo di versamento dei contributi che, in quanto strettamente connessi all'ordine di reintegrazione, devono essere versati per l'intero periodo decorrente dalla data del licenziamento a quella della reintegrazione nel posto di lavoro.

7. — *Regole di computabilità dei lavoratori apprendisti* — La regola generale della non computabilità dei lavoratori apprendisti nell'organico aziendale subisce delle eccezioni espressamente previste dalla legge.

In primo luogo, a norma dell'art. 1 della legge n. 223/91, i lavoratori apprendisti rientrano nel computo dell'organico aziendale al fine di stabilire la soglia occupazionale necessaria all'intervento della cassa integrazione guadagni straordinaria (vedi la risposta a Interpello 28 dicembre 2011, n. 48).

A norma dell'art. 24 della legge n. 223/91, gli apprendisti sono inclusi nella base occupazionale ai fini del raggiungimento del *quorum* necessario per l'applicazione della procedura di mobilità per riduzione del personale.

Altro caso di computabilità dei lavoratori apprendisti nell'organico aziendale concerne la redazione del rapporto biennale sulla parità uomo-donna cui sono tenute, a norma dell'art. 46 del d.lgs. n. 198/2006, le aziende pubbliche e private che occupano oltre cento dipendenti, e al cui fine «va computata tutta la forza lavoro a qualunque titolo occupata in azienda, ivi compresi gli apprendisti» (Circolare ministero del Lavoro 6 aprile 1992, n. 48).

I lavoratori apprendisti si computano ai fini dell'applicazione della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. A tal proposito, l'art. 4 del d.lgs. n. 81/2008 elenca in modo puntuale le tipologie di lavoratori che debbono escludersi dalla base di calcolo, e tra esse nessuna menzione si fa degli apprendisti.

La computabilità degli apprendisti è, infine, prevista con riguardo al versamento dell'ammontare del trattamento di fine rapporto dei lavoratori al Fondo Tesoreria istituito presso l'Inps, per il quale devono essere calcolati tutti i lavoratori con contratto di lavoro subordinato, a prescindere dalla tipologia del rapporto di lavoro e dall'orario di lavoro (art. 1, comma 4, del d.m. 30 gennaio 2007).

8. — *Computo degli apprendisti nella contrattazione collettiva* — L'art. 53, comma 2, del d.lgs. n. 276/03 riconosce alla contrattazione collettiva la possibilità di deroga-

re al meccanismo del non computo degli apprendisti nell'organico aziendale. Questa facoltà raramente è stata esercitata dalla contrattazione collettiva. Al contrario, le parti contrattuali accolgono con favore l'incentivo normativo per la promozione e diffusione del contratto di apprendistato (vd. Ccnl *nettezza urbana, aziende private*, 21 marzo 2012).

Per peculiarità di contenuto, si richiama il verbale di Accordo tra Federagenti e Filt-Cgil, Fit-Cisl e Uiltrasporti, 23 aprile 2012, nel quale si afferma la computabilità degli apprendisti «esclusivamente ai fini dei limiti numerici per l'applicazione del Titolo III della legge n. 300/70», ovvero per l'esercizio dell'attività sindacale. Di particolare rilevanza è ancora il Ccnl *telecomunicazioni*, 1° febbraio 2013, il quale ritiene computabili gli apprendisti ai fini della costituzione delle Rsu.

9. — *Conclusioni* — La Corte d'Appello di Brescia si muove in controtendenza rispetto alla dottrina maggioritaria e alla prassi consolidata (la mancanza di giurisprudenza è indice di visione non controversa), quasi a voler ricercare un nuovo punto di equilibrio tra le tutele poste a garanzia dei lavoratori e la virtuosità tipica del contratto di apprendistato.

La sentenza in commento merita di essere apprezzata per l'enorme sforzo interpretativo svolto al fine di chiarire la portata di un dato normativo lacunoso e in molti casi contraddittorio.

Maria Antonietta Carbone
Dottore in Giurisprudenza

TRIBUNALE ROMA, 15 gennaio 2013 – Est. Sordi – A.A. (avv. Muggia) c. C. Soc. coop. p.a. (avv.ti Favalli, Lesce, Zucchinari).

Somministrazione di lavoro – Somministrazione di lavoro a termine – Ragioni legittimanti – Art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003 – Necessità del carattere temporaneo – Assenza – Conseguenze – Costituzione di un contratto a tempo indeterminato.

Nel caso in cui le esigenze aziendali poste a fondamento di un contratto di somministrazione a termine, pur essendo state in esso indicate, non presentino il carattere della temporaneità, si viene a costituire tra il lavoratore e l'utilizzatore delle relative prestazioni un contratto di lavoro a tempo indeterminato con efficacia ex tunc. (1)

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

(1) LA TEMPORANEITÀ QUALE CONDIZIONE DI LICEITÀ DELLA SOMMINISTRAZIONE A TERMINE: UN PROBLEMA ANCORA APERTO?

SOMMARIO: 1. Il contesto. — 2. La sentenza annotata. — 3. La temporaneità quale condizione di liceità nella somministrazione a termine. — 4. Il piano inclinato della precarizzazione. — 5. I più recenti interventi normativi. — 6. Le conseguenze sanzionatorie.

1. — *Il contesto* — Uno dei lasciti più devastanti della riforma del mercato del lavoro (d.lgs. n. 276 del 2003), al di là di ogni valutazione di merito, è indubbiamente rappresentato dalla difficoltà e complessità dei problemi di carattere giuridico che sono sorti in relazione all'interpretazione di tante delle disposizioni che hanno disciplinato, in particolare, i contratti di lavoro atipici. Si tratta del resto di una costante che, quanto meno con riferimento al diritto del lavoro e sindacale, ha caratterizzato l'ultimo decennio, è da ricondurre in misura assolutamente prevalente alla mancanza di tecnicismo del legislatore e alla disinvolta elusione di principi costituzionali, e ha comportato un inevitabile sovraccarico di responsabilità per la magistratura, esponendola, peraltro ingiustificatamente, all'accusa di un esercizio straripante del proprio ruolo.

A questa regola non ha fatto eccezione il contratto di somministrazione, soprattutto quello a tempo determinato, che ha dato luogo anch'esso a interpretazioni difformi sotto diversi profili (1). Tali difficoltà interpretative non sono affatto trascurabili se si considera il rilievo che nell'ambito del mercato del lavoro è venuta assumendo questa tipologia contrattuale e nel contempo la particolare condizione di fragilità di que-

(1) La letteratura al riguardo è ormai vastissima, per cui, stante l'oggetto specifico di questa nota, ci si limiterà a segnalare i contributi relativi ai profili via via esaminati.

sti lavoratori. Nel richiamare un parere del Cese dell'aprile 2008, Silvana Sciarra ha sottolineato che già nel decennio 1995-2005 si misurava una diffusione del lavoro tramite agenzia e che «sui lavoratori somministrati, indicati quale fascia più debole dei lavori non standard, sembra(va)no concentrarsi, in modo quasi paradigmatico, i rischi di una eccessiva flessibilità, legata soprattutto a scarsa formazione professionale, maggiore esposizione agli infortuni e basse percentuali di trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato» (2). Ed è sotto gli occhi di tutti come la condizione di quest'area non sia – a voler usare un eufemismo – di certo migliorata, sia per effetto della crisi che ha investito da almeno un quinquennio il nostro paese, sia delle modifiche apportate dalla cd. legge Fornero.

D'altro canto, anche se si volesse ritenere che in futuro potranno essere eliminate, in un sussulto di dignità, le fattispecie maggiormente lesive della dignità dei lavoratori, tra quelle disegnate dal d.lgs. n. 276, non è realistico pensare che una sorte del genere possa toccare, almeno a breve termine, alla somministrazione di lavoro a tempo determinato: nell'ambito della evoluzione della struttura organizzativa dell'impresa (3) essa ha assunto, infatti, un posto di primo piano, radicandosi nell'ordinamento e nelle stesse relazioni industriali in quanto è pur sempre considerata una significativa risorsa nel quadro di una progressiva crescita della disoccupazione e della stagnazione economica. Come di fronte a ogni altra tipologia inscritta nell'ormai ampio catalogo dei modelli flessibili, occorre agire allora sul piano interpretativo con il necessario rigore per evitare che essa sia strumentalmente utilizzata per realizzare obiettivi distorti ed eccedenti la sua funzione e per eludere, in buona sostanza, la normativa inderogabile che assiste anche queste fattispecie (4).

In questa ottica appare utile soffermarsi su una questione ancora controversa e tuttavia determinante, a giudizio di chi scrive, per la compiuta definizione della somministrazione a termine; questione attinente alla sussistenza o meno del carattere della temporaneità tra le sue condizioni di liceità.

2. — *La sentenza annotata* — Una lavoratrice che aveva stipulato con una società cooperativa, nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato, un contratto di lavoro a termine, successivamente prorogato, agisce dinanzi al Tribunale di Roma chiedendo che ne fosse dichiarata la nullità e che ella fosse riammessa in servizio alle dipendenze dell'utilizzatore, con ogni ulteriore conseguenza di carattere patrimoniale. Il giudice adito osserva – per quanto qui interessa – che se il

(2) S. Sciarra, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, V, *Trattato di diritto privato dell'Ue*, diretto da G. Ajani e G.B. Benacchio, Giappichelli, Torino, 2009, p. 22.

(3) La tematica ha trovato ampio sviluppo in M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto. Trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 2 ss.

(4) Osserva, ad esempio, V. De Stefano, *La nuova Direttiva sul lavoro tramite agenzia interinale e le ragioni giustificatrici del ricorso alla somministrazione di lavoro: una comparazione con la disciplina del lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2010, p. 903, che ove di dette ragioni non fosse assicurato il carattere oggettivo l'assunzione potrebbe essere motivata dalla «volontà di “provare” la qualità del lavoratore al fine di verificarne le attitudini...», nel qual caso il contratto in questione si rivelerebbe «elusivo della normativa in materia di patto di prova».

d.lgs. n. 276/2003 ha inteso condizionare la validità della somministrazione di lavoro a termine alla sussistenza di determinate condizioni oggettive, «è inevitabile interpretare tale disposizione nel senso che si debba trattare di una *species* rispetto al *genus* dei motivi che sono alla base di qualsiasi assunzione». Sottolinea l'assoluta genericità delle qualificazioni delle ragioni indicate nell'art. 20, comma 4, del d.lgs. citato (ragioni di carattere tecnico ecc.) e in via conclusiva sostiene che «l'unico elemento che possa valere a distinguerle è costituito proprio dal carattere temporaneo dell'esigenza cui l'azienda vuol far fronte con la somministrazione». Rileva che tale carattere è da ritenere insussistente nel caso di specie, per cui in accoglimento della domanda dichiara la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore, con efficacia *ex tunc*. Ritiene altresì inapplicabile alla fattispecie l'art. 32, comma 5, d.lgs. n. 276/2003, e condanna, pertanto, quest'ultimo al risarcimento del danno nei confronti della controparte, pari alle retribuzioni decorse dal momento in cui costei ha offerto le proprie prestazioni alla convenuta.

Il Tribunale romano, nell'attribuire esclusiva rilevanza al carattere della *temporaneità*, ripropone una *vexata quaestio*, essendo ben noto che al riguardo vi sono interpretazioni difformi sia in dottrina (5) sia in giurisprudenza (6).

A prescindere dal merito (sul quale si tornerà nel successivo paragrafo), questa sentenza è resa ulteriormente interessante da un inciso nel quale si sottolinea che non è condivisibile quanto affermato da Cass. n. 15610 del 2011, «secondo la quale non sarebbe necessaria la sussistenza (oltre che dell'eccezionalità della ragione, esclusione sulla quale non si può che essere d'accordo) neppure della temporaneità dell'esigenza». A ben vedere, infatti, a questo passaggio della sentenza (7) non si era finora attribuito il dovuto rilievo probabilmente per due ordini di ragioni. In primo luogo, la massima ufficiale da essa estratta non compie alcun riferimento ai requisiti della somministrazione temporanea, ma si limita a enunciare il principio secondo cui il controllo giudiziario sulle ragioni che la consentono è limitato all'accertamento della loro esistenza, non potendosi estendere, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, al sindacato sulle valutazioni tecniche e organizzative dell'utilizzatore. In secondo luogo, l'espressione posta in risalto dal Tribunale di Roma assume, nell'economia della motivazione della sentenza dei giudici di legittimità, un ruolo non determinante. Premesso che l'oggetto principale del contendere era costituito dall'assolvimento o meno, da parte del somministratore, dell'onere della prova circa le esigenze poste a fondamento di quel contratto di somministrazione («punte di più intensa attività cui non sia possibile far fronte con le riserve normalmente impiegate»), la Corte ha affermato che, di fronte a una causale così ampia come quella descritta dal-

(5) Un aggiornato richiamo alle diverse posizioni dei giuslavoristi si rinviene in F. Bacchini, *Somministrazione irregolare di lavoro a tempo determinato: i requisiti di temporaneità e specificità della causale*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, II, pp. 714 ss. (e nota 15).

(6) Anche in ordine alla giurisprudenza, al fine di evitare appesantimenti superflui, si ritiene sufficiente, per chi voglia approfondire questa tematica, richiamare lo scritto di V. Luciani, *Somministrazione di lavoro a tempo determinato: vizi di forma, limiti al sindacato giudiziale e conseguenze sanzionatorie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 349-350.

(7) Cass. 15 luglio 2011, n. 15610, *Poste Italiane Spa c. Russo e altri*, risulta pubblicata – a quanto consta – soltanto in *Dir. prat. lav.*, 2011, pp. 2539 ss., con nota adesiva di E. Cassanetti, C. Chiarella, *Somministrazione di lavoro e ragioni giustificative*.

l'art. 20, comma 4, cit., «si impone più che mai la necessità di una verifica diretta ad accertare, non la temporaneità o la eccezionalità delle esigenze organizzative richieste per la somministrazione a termine [...] quanto, piuttosto, la effettiva esistenza delle esigenze alle quali si ricollega l'assunzione del singolo dipendente», allo scopo di impedire il ricorso abusivo a tali modelli contrattuali. E avendo ritenuto che una prova del genere non fosse stata fornita dall'utilizzatore, ha confermato la sentenza di Appello.

In questo contesto, l'affermazione richiamata dal Tribunale di Roma può configurarsi, quindi, alla stregua di un *obiter dictum*, ma l'autorevolezza del giudice che a esso ha dato voce non può essere trascurata e costituisce un motivo ulteriore per una rinnovata considerazione della questione, suggerita anche da recenti modifiche di tale istituto.

3. — *La temporaneità quale condizione di liceità nella somministrazione a termine* — Ripercorrendo il dibattito che si è sviluppato già a ridosso dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276 sui requisiti essenziali della somministrazione a termine e in particolare sulla natura temporanea delle esigenze poste a fondamento del contratto commerciale (destinate a riverberarsi sul rapporto di lavoro intercorrente tra il somministrato e l'utilizzatore), le argomentazioni poste a fondamento della tesi affermativa, pur riconoscendosi il carattere ambiguo della formulazione utilizzata dal legislatore (8), a uno sguardo d'insieme rivelano una forte consistenza, speculari alla fragilità delle obiezioni via via formulate dai fautori di una lettura restrittiva dell'art. 20, comma 4. Si darà qui conto succintamente delle une e delle altre per aggiungere, poi, qualche ulteriore riflessione.

A volersi limitare ai rilievi più significativi sollevati in proposito, va detto che l'interpretazione accolta dalla sentenza in rassegna è suggerita, in primo luogo, dal raffronto tra le nozioni della somministrazione a termine e a tempo indeterminato. Se si esaminano i singoli casi nei quali è consentita la stipulazione della seconda di tali fattispecie si constata, infatti, che in assoluta prevalenza essi ricomprendono attività aziendali che richiedono una stabile presenza del personale addetto e che si connotano, quindi, per la loro continuità (9): così è da dirsi, ad esempio, per i servizi di pulizia, custodia e portineria (art. 20, comma 3, lett. *b*), per quelli di trasporto di persone e di macchinari e merci, da e per lo stabilimento (lett. *c*) ecc. Ciò che induce a ritenere che la tipologia negoziale che è stata affiancata al contratto di somministrazione a tempo determinato sia preordinata ad assolvere esigenze diverse e contrapposte, coerenti con la sua limitata durata e analoghe a quelle che sono alla base del contratto a tempo determinato di cui al d.lgs. n. 368 del 2001.

Non meno significativo è il lessico utilizzato dal legislatore nel definire la somministrazione a tempo determinato, la cui stipulazione è stata ancorata a determinati presupposti (le ragioni tecniche, organizzative ecc.), laddove in altri contratti di durata di

(8) L'espressione è di R. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Come cambia il lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 321.

(9) Il rilievo è stato svolto, tra gli altri, da V. Speciale, *Somministrazione di lavoro, appalto distacco, sub art. 20*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, 2004, p. 319.

diritto civile, come la locazione, «ci si limita ad asserire che il contratto può essere stipulato per un dato tempo» (10).

Al di là di queste pur valide argomentazioni, le ragioni decisive che inducono a ritenere fondata la tesi della temporaneità risiedono in realtà in quelle sinteticamente esposte dalla sentenza annotata, sviluppate da una parte della dottrina. Se, infatti, il legislatore ha innegabilmente inteso circoscrivere il ricorso alla somministrazione a termine, consentendola soltanto in presenza di «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo»; se l'esigenza che sorregge il contratto commerciale deve essere, a pena di nullità, indicata per iscritto; se è vero che, ove il contratto di somministrazione a termine fosse riferibile anche a esigenze di carattere permanente, si «renderebbero ineffettivi i vincoli posti alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato» (11), appare di tutta evidenza che ove si negasse il carattere della temporaneità si perverrebbe illogicamente a ritenere sostanzialmente inutile, sul piano della tutela dei lavoratori somministrati, quel complesso di regole al quale si è fatto ora riferimento, svilendosi le stesse a mere condizioni di carattere formale. In via conclusiva può, dunque, affermarsi che poiché le ragioni indicate dall'art. 20, comma 4, per l'ampiezza e genericità delle espressioni utilizzate comprendono a ben vedere ogni attività aziendale, la loro menzione (e gli effetti connessi alla violazione di quella disposizione) assume una effettiva incidenza sul piano giuridico soltanto ove si ritenga che nella somministrazione a termine la temporaneità sia un requisito essenziale.

Come in precedenza accennato, gli argomenti sui quali si è fondata, da parte della dottrina e della giurisprudenza, la tesi contraria a quella qui accolta sono – a giudizio di chi scrive – divenuti via via poco significativi.

Va ricordato, in primo luogo, il ruolo che è stato attribuito all'inciso contenuto nell'art. 20, comma 3, d.lgs. n. 276 (un inciso che consente di riferire le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo alla «ordinaria attività dell'utilizzatore»), essendosi da ciò dedotto che il legislatore, memore delle incertezze provocate dalla formula utilizzata nel contratto a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001, ha inteso evitare ogni ambiguità, rendendo chiaro con quella espressione che la temporaneità del contratto di somministrazione non è conseguente alla temporaneità dell'attività che l'utilizzatore intende svolgere attraverso la fornitura di lavoro, ma può riguardare anche esigenze di carattere non transitorio (12). Sennonché, identico inciso è stato successivamente inserito – come è noto – anche nella disciplina del contratto a termine (13), per cui il ragionamento costruito su quel distinguo ha perso di effica-

(10) Cfr. ancora V. Speciale, *op. cit.*, p. 322, il quale osserva altresì che anche nell'ambito del lavoro subordinato, quando si intende affidare la fissazione di un termine «alla mera discrezionalità del datore di lavoro (senza necessità di alcuna giustificazione), si utilizzano espressioni completamente diverse» (come nel caso dei dirigenti, riguardo ai quali l'art. 10, comma 4, d.lgs. n. 368/2001, si limita a stabilire che «è consentita la stipulazione di contratti a tempo determinato»).

(11) Tale ultima osservazione è di M. Lanotte, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in L. Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 211.

(12) In tal senso, tra gli altri, P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 119.

(13) La modifica è stata introdotta dall'art. 21 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112.

cia, a meno che non si voglia ritenere, in controtendenza con l'orientamento assolutamente prevalente, che esso neppure debba essere caratterizzato dal requisito della temporaneità dell'attività che ne costituisce oggetto.

Altrettanto debole si dimostra ormai l'argomento (che sembra essere stato speso soltanto nei primi commenti alla normativa in esame) desunto dall'ultimo comma dell'art. 27 del d.lgs. n. 276, in virtù del quale il controllo giudiziale deve svolgersi «in conformità ai principi generali dell'ordinamento» e deve riguardare esclusivamente l'accertamento dell'esistenza delle ragioni che giustificano il contratto di somministrazione, non potendo esso estendersi al merito delle «valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore» (14). Questa «linea di pensiero», che sarà successivamente portata avanti con pari insuccesso da un Governo di centro-destra costantemente proiettato verso l'obiettivo di una riduzione degli spazi di una discrezionalità fisiologica propria del giudice del lavoro (15), si presta, infatti, a due obiezioni. In primo luogo, il sindacato giudiziale non si è mai spinto, in questa come in altre materie, a valutare la meritevolezza o l'utilità degli atti di gestione posti in essere dall'imprenditore, ma si è limitato a verificarne la veridicità, nel doveroso esercizio del potere di controllo di legalità: sì che a quella norma non può attribuirsi un carattere realmente innovativo. Inoltre, queste altisonanti prescrizioni hanno essenzialmente un carattere ideologico, essendo impensabile – come efficacemente si è osservato ad altro proposito (16) – che il legislatore possa «respingere il sindacato del giudice nei confini ristretti della verifica formalistica della rispondenza della motivazione adottata con la volontà effettivamente espressa dal datore di lavoro, nell'esercizio di un ruolo meramente notarile».

4. — *Il piano inclinato della precarizzazione* — Nonostante siano preordinati entrambi a fornire all'impresa prestazioni di natura temporanea, il contratto di lavoro «classico» a tempo determinato e quello, del pari a termine, stipulato nell'ambito di un contratto di somministrazione presentano rilevanti differenze in ordine sia alla loro struttura (essendo il secondo caratterizzato dalla dissociazione tra la titolarità formale del rapporto di lavoro e l'utilizzazione della prestazione), sia alla disciplina concernente lo svolgimento dei relativi rapporti di lavoro.

Riguardo al secondo aspetto, va anzitutto rilevato, infatti, che l'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, rinvia in termini generali, riguardo al rapporto di lavoro tra prestatore e utilizzatore, al quadro normativo di cui d.lgs. n. 368/2001, «per quanto compatibile», ma la stessa disposizione esclude comunque – come è noto – che trovino applicazione i commi 3 e 4 dell'art. 5 di quel decreto legislativo. Ciò significa che nella somministrazione a termine vengono meno quei deterrenti costituiti dalla conversione au-

(14) In tal senso, V. Pinto, *Mercato del lavoro. Il decreto di attuazione della legge delega*, in <http://www-ildiariodellavoro.it/>, citato da P. Chicco, *Le nuove esternalizzazioni...*, cit., p. 179, nota 284.

(15) Il riferimento è agli artt. 30, comma 1, della legge n. 183/2010, e 1, comma 43, della legge n. 92/2012, in virtù del quale l'inosservanza, da parte dei giudici, dei limiti al sindacato di merito posti dalla prima di tali disposizioni «costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto».

(16) Da R. Sanlorenzo, *I limiti al controllo del giudice in materia di lavoro*, in F. Amato, S. Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, F. Angeli, Milano, 2011, p. 29.

tomatica del successivo contratto a termine stipulato entro intervalli di tempo inferiori a quelli stabiliti dall'art. 5 (di recente «ritoccati» dall'art. 1, comma 9, della legge n. 92/2012) e dalla conversione *ex tunc*, con decorrenza dalla stipulazione del primo contratto a termine, ove tra esso e quello successivamente stipulato non vi sia alcuna soluzione di continuità. Ne consegue che le parti «hanno piena libertà di reiterare e concatenare contratti di lavoro a termine senza i vincoli normativi che circondano normalmente questa tipologia contrattuale» e che già sotto questo profilo il rinvio alla disciplina del contratto a termine «venga parzialmente svuotato di significato» (17).

Inoltre, il comma 2 dell'art. 22 stabilisce altresì che il termine inizialmente posto al contratto di lavoro possa in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, «nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore», introducendo una ulteriore deroga alla disciplina di questa fattispecie.

Infine, nella legge n. 92, poc'anzi richiamata, è stata introdotta una ulteriore e ben più incisiva modifica al d.lgs. n. 368/2001, stabilendosi che ai fini del raggiungimento del periodo massimo di trentasei mesi (posto come tetto ai rinnovi e alle proroghe del contratto a tempo determinato) vadano computati anche i periodi di missione aventi a oggetto mansioni equivalenti, svolti tra i medesimi soggetti (art. 1, comma 9, lett. *i*). Tale opportuna disposizione è evidentemente preordinata a impedire che, attraverso l'accorta alternanza tra contratti a tempo determinato e contratti di somministrazione, gli imprenditori superino impunemente i limiti già sanciti dall'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368: la sua formulazione rende però assai dubbio che quel limite possa trovare applicazione in presenza di una sequenza costituita da *sole missioni temporanee* in quanto la norma da ultimo indicata regolava esclusivamente i contratti a tempo determinato per così dire «canonici» (18).

Salvo a individuare in casi del genere (quali la reiterazione delle missioni a termine per periodi superiori al triennio) una ipotesi di frode alla legge (19), appare chiaro, quindi, che le modifiche ora prese in esame hanno posto, sì, una remora all'uso indiscriminato di prestazioni a tempo determinato, ma le persistenti peculiarità normative della somministrazione non ne impediscono tuttora uno spregiudicato utilizzo, per

(17) Le espressioni riportate testualmente si devono a F. Bano, *Somministrazione di lavoro, appalti, distacco, sub art. 22*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *op. cit.*, p. 345.

(18) Aderiscono a questa impostazione V. Speciale, *Disposizioni in tema di contratto a termine e modifiche al d.lgs. n. 276/2003*, in A. Allamprese, I. Corraini, L. Fassina (a cura di), *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali dopo la legge n. 92/2012*, Ediesse, Roma, 2012, pp. 44-46; e A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 23. Tale interpretazione è, stata inoltre, fatta propria dal ministero del Lavoro con la circolare n. 18/2012.

(19) Su tale tematica, tra i contributi più recenti, cfr. E. Gragnoli, *Trasferimento d'azienda, elusione dell'operare dell'art. 18 Stat. lav. e frode alla legge*, in *q. Riv.*, 2008, II, pp. 559 ss.; e, *amplius*, G. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2011, pp. 163-174, dedicate proprio alla somministrazione temporanea di lavoro, ove, premesso che tale contratto «è per sua natura strumento elusivo delle norme protettive derivanti dall'assunzione diretta dei lavoratori», l'Autore individua ipotesi di un ricorso fraudolento alla tipologia in esame nella serrata consecuzione di contratti di lavoro con utilizzazione prolungata dello stesso lavoratore nella medesima sede e nelle medesime mansioni, oppure nel licenziamento di più lavoratori seguito da un loro reimpiego mediante un contratto di somministrazione (qui p. 172).

cui quel modello negoziale potrebbe costituire uno strumento non già di fisiologica flessibilità, bensì di vera e propria precarizzazione (20). In questa situazione è evidente che assumere la temporaneità a condizione essenziale della somministrazione a termine (21) significa limitare il ricorso abusivo a essa in quanto la reiterazione delle missioni presso il medesimo utilizzatore o l'adibizione del lavoratore a mansioni analoghe (seppur non ricomprese nel medesimo livello contrattuale) costituiscono un eloquente indice della effettiva *stabilità* delle esigenze aziendali che quelle prestazioni sono chiamate ad assolvere.

5. — *I più recenti interventi normativi* — La tesi qui proposta alla luce della disciplina originaria della somministrazione a termine non trova — come pur si è affermato — elementi di segno contrario nei tre atti normativi che hanno visto la luce nell'ultimo quinquennio (a uno dei quali, la legge Fornero, si è fatto in precedenza riferimento sotto un diverso profilo), e in alcune parti di essi se ne rinviene, anzi, un serio avallo.

Ci si riferisce in primo luogo, seguendo un ordine cronologico, alla Direttiva n. 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale, che ha trovato attuazione nel nostro paese con il decreto legislativo 2 marzo 2012, n. 24, e ha colmato, a livello del diritto dell'Unione europea, una lacuna derivante — come è noto — dalla circostanza che di tale istituto si era deciso di non occuparsi nella precedente Direttiva sul lavoro a tempo determinato (n. 1999/70/Ce),

Al pari di altre Direttive, anch'essa è il frutto di delicati equilibri che devono tener conto dei diversi ordinamenti degli Stati membri e il suo contenuto costituisce, perciò, un compromesso tra le esigenze, da un lato, di flessibilità del mercato del lavoro e, dall'altro, di tutela dei fondamentali diritti dei lavoratori. Il testo della Direttiva (e, per quanto riguarda il nostro paese, della legge attuativa) deve essere, quindi, oggetto di una lettura unitaria, che rifugga cioè da una parcellizzazione che potrebbe tradirne la *ratio* ispiratrice.

Da un vizio del genere sembra affetta quella giurisprudenza che, rilevate le incisive differenze tra le due Direttive poc'anzi richiamate, sostiene che «il legislatore comunitario [...] formula una prognosi positiva in termini di valore sociale ed economico» del lavoro tramite agenzia interinale per la sua capacità di aprire l'accesso al mondo del lavoro, tant'è che dispone che al livello di legislazione europea limitazioni e restrizioni al lavoro interinale siano «tendenzialmente vietate», per inferirne che nel contratto di somministrazione non è richiesta neppure una motivazione dettagliata, ma «una più modesta indicazione della ragione» (22).

(20) Una posizione condivisibile, nella individuazione della linea di confine tra flessibilità e precarietà, è stata di recente espressa da L. Mariucci, *È proprio un very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in *Lav. dir.*, n. 3-4/2012, spec. p. 423, secondo cui è inevitabile la persistenza di una «domanda di lavoro temporaneo oggettivamente motivata, per innegabili esigenze del ciclo produttivo e dello stesso modo di produrre», per cui essa va soddisfatta con una «opportuna strumentazione legale fondata sulla verifica della esistenza delle ragioni oggettive che la determinano».

(21) È ovvio che quanto asserito nel testo non si riferisce alla somministrazione a-causale, sulla quale ci si soffermerà nel successivo paragrafo.

(22) In questi termini, Trib. Vicenza 18 febbraio 2011, in *www.adapt.it*, richiamata sia da L. Failla, F. Rotondi, *La somministrazione di lavoro. Differenze con il contratto a termine e l'ap-*

Sebbene più articolati, nel medesimo solco si collocano alcuni contributi dottrinari che del pari sottolineano come la Direttiva induca a un «progressivo riesame delle eventuali restrizioni o divieti imposti dagli ordinamenti nazionali», che potrebbero essere di ostacolo alla libera circolazione dei servizi e dei lavoratori, osservando altresì che la medesima logica sorregge il d.lgs. n. 24/2012, che valorizza il lavoro presso un'agenzia di somministrazione «quale ulteriore strumento d'accesso al lavoro per particolari categorie sensibili alla crisi del 2008 e alle difficoltà occupazionali» (23). Più esplicito nell'attribuire alla Direttiva comunitaria una funzione ispirata a una più accentuata flessibilità del mercato del lavoro è il pensiero di chi, nell'ambito di una pur puntuale ricostruzione della sua «storia», dei suoi molteplici aspetti regolativi e delle sue ricadute sulla disciplina interna del rapporto di lavoro, ritiene che le indicazioni del legislatore comunitario inducano «a escludere l'esistenza del limite della temporaneità delle esigenze giustificatrici quale elemento caratterizzante della fattispecie negoziale». Dalla Direttiva si desumerebbe, infatti, che è la missione a essere temporanea, e non le giustificazioni necessarie per il ricorso alla somministrazione, in quanto, se essa ha per obiettivo l'incontro tra la domanda e l'offerta e, quindi, la promozione dell'occupazione stabile, sarebbe incongrua l'assunzione del lavoratore da parte dell'utilizzatore per adibirlo ad attività meramente transitorie, che impedirebbero la realizzazione di quel risultato (24).

È in realtà innegabile che il d.lgs. n. 24/2012, in vista delle finalità che sono state poste in evidenza dalla richiamata dottrina, abbia inteso consentire un più ampio accesso alla somministrazione sia in favore delle fasce più deboli del mercato del lavoro (disoccupati o percettori di ammortizzatori sociali ecc.), sia nelle ipotesi individuate dalla contrattazione collettiva (di primo o secondo livello) (25). È altrettanto indubbio, tuttavia, che la formulazione del comma 5-ter, che è stato aggiunto dopo il com-

palto di servizi, con ampia appendice di giurisprudenza, Giuffrè, Milano, 2012, p. 299, sia da L. Valentini, *Incertezze interpretative in merito alla disciplina del contratto di somministrazione a tempo determinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 1127, nota 3.

(23) In tal senso, A. Muratorio, *La mancata specificazione della causale nel contratto di lavoro somministrato e la ricerca della disciplina applicabile tra analogia e rinvii*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, II, pp. 702 ss. È tuttavia interessante notare che, quanto al ricorso ai rapporti relativi ai lavoratori cd. svantaggiati, per i quali la legge attuativa apre in effetti a una maggiore flessibilità (art. 20, comma 5-*quater*), l'Autore ritiene che tale disposizione riguardi soltanto il contratto commerciale e non anche il contratto di lavoro con l'utilizzatore, che potrà essere validamente stipulato solo in presenza delle ragioni indicate nel d.lgs. n. 368/2001. Orientamenti in parte coincidenti sono espressi da V. De Stefano, *op. cit.*, pp. 904-905, secondo cui, non ponendo la Direttiva del 2008 l'accento sulla presenza di ragioni oggettive, la necessaria natura temporanea delle ragioni di ricorso al lavoro tramite agenzia non sembra corrispondere alle intenzioni del legislatore comunitario.

(24) F. Pantano, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla Direttiva n. 2008/104/Ce e al suo impatto sull'ordinamento interno*, in *W.P. Csalle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 72/2009, spec. pp. 38-39.

(25) Ipotesi che vanno considerate con molta cautela, e non senza un approccio critico, con riferimento alla contrattazione aziendale a causa del rischio insito nell'affidamento di incisive deroghe alla normativa legale da parte di Oo.Ss. «periferiche», non sempre dotate della necessaria forza di resistenza di fronte alle pressioni padronali: problema, questo, che è stato ampiamente dibattuto a proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2001, la cui analisi ha trovato ampio spazio in q. *Riv.*, 2012, I, pp. 453 ss.

ma 5-*bis* dell'art. 20, d.lgs. n. 276/2003 («Le disposizioni di cui al comma 4 non operano qualora il contratto di somministrazione preveda l'utilizzo» di soggetti disoccupati di lungo periodo ecc.), non può essere interpretata se non nel senso che solo in quei casi eccezionali il contratto di somministrazione possa prescindere dalle ragioni di carattere tecnico, produttivo ecc., che ne costituiscono le condizioni essenziali e che devono possedere – per quanto detto in precedenza – il carattere della temporaneità (salvo, ovviamente, il caso in cui l'assunzione del lavoratore da parte dell'agenzia sia avvenuta nell'ambito del ripristinato *staff leasing*).

Questa argomentazione può riproporsi, con gli opportuni adattamenti, con riferimento al terzo degli atti normativi cui si è fatto riferimento in apertura del paragrafo, costituito dall'art. 9, comma 1, lett. *b*, della legge n. 92/2012, che, nel modificare la preesistente disciplina del contratto a tempo determinato e della somministrazione a termine, ha stabilito che il primo rapporto intercorso tra le parti possa avere natura «a-causale». Una norma, questa, che ribadisce «la necessaria giustificazione dei rapporti a tempo determinato quale caratteristica fisiologica del lavoro a termine» e «conferma indirettamente la tesi delle temporanee esigenze di lavoro» (26), essendo evidente che una riforma del genere sarebbe stata superflua se fosse stato sufficiente dar conto, nei casi «ordinari», delle ragioni oggettive tecnico-organizzative, che finiscono per abbracciare – come già detto – qualsiasi attività imprenditoriale.

Tornando ora alla Direttiva del 2008, va sottolineato che se non mancano numerosi incisi che possono legittimamente leggersi come espressione dell'intento di rendere ancora più flessibile e svincolato da prescrizioni eventualmente vigenti negli ordinamenti degli Stati membri il lavoro tramite agenzia interinale, è pur presente un altro versante sul quale si manifesta in modo palese la volontà del legislatore comunitario di impedire che il ricorso disinvolto a quell'istituto possa volgersi in danno dei lavoratori. Il Considerando 1, ad esempio, richiama la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, e in particolare l'esigenza di assicurare a ogni lavoratore condizioni di lavoro non solo sane e sicure, ma anche «dignitose», che sarebbero incompatibili con un utilizzo spregiudicato della somministrazione. L'art. 2 sottolinea che essa è volta a garantire «la tutela dei lavoratori e migliorare la qualità del lavoro»: obiettivi che contrastano anch'essi con un ricorso reiterato a prestazioni lavorative fittiziamente temporanee. L'art. 5, punto 1, sancisce un principio di straordinaria importanza, quello della parità di trattamento, stabilendo che le condizioni di base e d'occupazione dei lavoratori avviati presso un'impresa utilizzatrice «sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgere il medesimo lavoro». E l'art. 5, punto 5, impegna gli Stati membri ad adottare le misure necessarie per evitare «il ricorso abusivo» al lavoro tramite agenzia interinale e per prevenire, in particolare, «missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni» della Direttiva.

Del resto, nel contiguo perimetro del contratto a tempo determinato di cui al d.lgs. n. 368/2001, la Corte di Cassazione, con orientamento che può dirsi ormai assolutamente prevalente, alla luce dell'interpretazione che della Direttiva del 1999 era stata offerta dalla Corte di Giustizia ha affermato che sarebbe contrario alle finalità

(26) Così V. Speciale, *Disposizioni in tema di contratto a termine e modifiche al d.lgs. n. 276/2003*, cit., pp. 25-26.

del legislatore comunitario ritenere che l'esigenza che può essere soddisfatta da un contratto a tempo determinato «possa essere permanente e durevole, e non già provvisoria» (27). E nonostante le già rilevate differenze tra il contratto a tempo determinato e la somministrazione a termine, il *dictum* enucleabile dalle sentenze della Corte di Lussemburgo e della Corte di Cassazione sembrava in realtà destinato ad assumere una più generale valenza quale espressione del principio della dignità del lavoro. Tant'è che un giudice di merito, auspicando questa feconda contaminazione, ha posto alla Corte di Giustizia una serie di quesiti circa la riferibilità di alcune clausole dell'Accordo quadro e della Direttiva n. 1999/70/Ce al rapporto di lavoro a tempo determinato intercorso tra l'agenzia e un lavoratore, da un lato, e tra questi e l'utilizzatore, dall'altro (28).

Proprio di recente la Corte di Lussemburgo ha ritenuto di dover escludere l'applicabilità a tali rapporti delle fonti cui aveva fatto riferimento la richiamata ordinanza, osservando in particolare che la somministrazione di lavoro costituisce una costruzione complessa e specifica del diritto del lavoro, che implica un duplice rapporto di lavoro facente capo al lavoratore interinale e un rapporto di somministrazione tra l'agenzia stessa e l'impresa utilizzatrice (29). Tuttavia, non manca in quella pronuncia un'apertura significativa – che potrebbe tradursi in futuro in un'adeguata protezione dei lavoratori interinali, in presenza di condotte datoriali volte a un ricorso smodato alla tipologia negoziale in questione – laddove la Corte ha asserito, ricordando un proprio precedente, che costoro potrebbero in buona sostanza avvalersi, «contro l'abusivo ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato», di altre disposizioni del diritto dell'Unione, e segnatamente della Direttiva n. 1999/70.

6. — *Le conseguenze sanzionatorie* — In base all'art. 27, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, la sanzione per il ricorso alla somministrazione di lavoro al di fuori dei casi previsti dalla legge (vale a dire, per la somministrazione irregolare) è quella della imputazione del rapporto di lavoro direttamente all'utilizzatore della prestazione lavorativa, il cui effetto – secondo la prevalente giurisprudenza di merito – decorre *ex tunc*; conclusione accolta dalla sentenza in rassegna e coerente, del resto, con il nostro ordinamento, nel quale, nonostante le reiterate modifiche, il contratto di lavoro a tempo indeterminato rappresenta pur sempre la regola in tema di lavoro subordinato. Tale risultato si consegue, quindi, anche nel caso in cui il contratto di somministrazione a termine sia stato stipulato in assenza di una delle esigenze indicate nel più volte richiamato comma 4 dell'art. 20 (ragioni di carattere tecnico, produttivo ecc.). Ed è evidente che se le ragioni giustificative della somministrazione a termine devono «avere il timbro della temporaneità» (30), è all'assenza di tale condizione di liceità che vanno

(27) Il riferimento è a Cass. n. 10033/2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, pp. 41 ss., con nota di E. Raimondi, *La Cassazione conferma la natura temporanea delle causali giustificative del termine*. In senso conforme, Cass. 27 gennaio 2011, n. 1931.

(28) Si veda al riguardo Trib. Napoli 22 maggio 2012, ord. – Est. Coppola –, che può leggersi in <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=A&op=22>.

(29) Si tratta della sentenza emessa l'11 aprile 2013 nella causa C-290/12 (*O. Della Rocca c. Poste Italiane Spa*), che sarà oggetto di un'ampia analisi nel prossimo fascicolo di *q. Riv.*

(30) O. Mazzotta, *La dissociazione tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009, p. 943.

in definitiva riferite le conseguenze sanzionatorie sopra indicate. Così come è il caso di sottolineare che se questa sanzione è prevista in riferimento a una «irregolarità» del contratto commerciale, tanto più essa dovrà applicarsi, in omaggio al principio di effettività, all'ipotesi in cui, pur essendo quel contratto esente da vizi, il lavoratore interinale sia *di fatto* tenuto a svolgere presso l'impresa utilizzatrice una prestazione diversa da quella indicata: esattamente si è osservato che si è in presenza di un «doppio filtro», nel senso che «il carattere della temporaneità deve essere proprio sia della ragione scritta nel contratto di somministrazione sia della coerente attività a cui vengono materialmente addetti i somministrati» (31).

Resterebbe, poi, da stabilire quali siano le conseguenze di carattere patrimoniale derivanti da una pronuncia che accerti l'esistenza di una somministrazione irregolare; ma una indagine del genere, in relazione alla quale si fronteggiano opposti orientamenti in dottrina e in giurisprudenza e che implica anche rilevanti questioni di legittimità costituzionale, non rientra nell'economia di questo scritto, sì che ci si limita a una semplice nota di richiami (32).

Sergio Mattone

Presidente onorario aggiunto della Corte di Cassazione

(31) D. Casale, *I presupposti di legittimità della somministrazione di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, II, p. 521.

(32) Un ampio quadro della giurisprudenza di merito si rinviene in G. Franza, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 72-73, ove l'Autore giustamente osserva che, nell'offrire l'interpretazione autentica dell'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, il legislatore «ha perso l'occasione per chiarire se l'indennità onnicomprensiva [da esso prevista: *n.d.r.*] debba essere applicata anche nell'ipotesi della somministrazione irregolare»; omissione che – come si è accennato – ha dato luogo a due diversi indirizzi dei giudici di merito, sostenendosi – da un lato – «l'estensione della norma alla luce dell'identità giustificativa del termine» e, dall'altro – con argomentazioni pienamente condivise da chi scrive –, la sua inapplicabilità a una fattispecie che non determina la conversione, bensì «la costituzione del rapporto in capo ad altro soggetto» (cioè, all'utilizzatore). Quanto ai giudici di legittimità, è doveroso rilevare che, sia pure con riferimento a una controversia sorta nella vigenza della legge n. 196 del 1997, Cass. n. 1148/2013 ha ritenuto che il citato art. 32 si applichi anche alle prestazioni per lavoro temporaneo da essa disciplinate, esprimendo un orientamento che, se non modificato in futuro, condurrebbe ragionevolmente alle medesime conclusioni anche in relazione alla somministrazione di lavoro a termine.

TRIBUNALE ROMA, 24 dicembre 2012, ord. – Est. Centofanti – R.B. (avv.ti Andreoni, Freddino) c. Intesa San Paolo Spa (avv.ti Ferzi, Chiello, Pozzoli).

Risoluzione consensuale – Presupposizione – Difetto sopravvenuto – Reintegra – Condizioni.

Controversie di lavoro e previdenza – Reintegra – Rito ex art. 1, comma 48, legge n. 92/2012 – Illegittimità del licenziamento – Domanda subordinata – Applicabilità.

L'atto di risoluzione consensuale del contratto di lavoro concluso tra il datore di lavoro e il lavoratore prossimo al pensionamento perde validità ed efficacia per difetto sopravvenuto della presupposizione, soltanto qualora le modifiche normative successivamente intervenute, oltre ad alterare tempi e modi del pensionamento, abbiano comportato un sostanziale disequilibrio economico dell'accordo solutorio. (1)

Il rito speciale di licenziamento ex art. 1, commi 47 ss., della legge n. 92 del 2012 si applica anche all'ipotesi di contestazione dell'esistenza di un efficace contratto risolutorio del rapporto di lavoro, qualora sussista una domanda di riconoscimento dell'illegittimità del licenziamento in via subordinata. (2)

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

(1-2) «ESODATI» BANCARI, FONDI DI SOLIDARIETÀ E RIFORMA FORNERO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il fatto. — 3. La decisione del giudice. — 4. Le questioni: la presupposizione. — 5. *Segue*: L'incentivo all'esodo tra offerta al pubblico e obbligazione del terzo. — 6. *Segue*: L'offerta di modificazione del contratto. — 7. Risvolti processuali: il rito ex art. 1, comma 47, legge n. 92/12. Cenni. — 8. Difficoltà applicative della riforma Fornero: gli esodati.

1. — *Premessa* — L'ordinanza in commento costituisce un chiaro esempio della difficoltà di dare risposta alla spinosa questione sorta attorno alla vicenda di quei lavoratori che, in procinto di accedere al trattamento pensionistico, dopo essere entrati nelle liste di mobilità (ricevendo un incentivo all'esodo), hanno subito, a seguito dell'entrata in vigore della legge 22 dicembre 2011, n. 214, l'allungarsi dei tempi di pensionamento. La vicenda ha un forte impatto sociale e richiede un intervento strutturale e complesso che soltanto il legislatore (e non la giurisprudenza) è in grado di fornire.

Nonostante le buone intenzioni del giudicante, pertanto, l'ordinanza in commento, pur risolvendone alcune, lascia irrisolte svariate altre questioni di diritto.

2. — *Il fatto* — Nell'espressione a-tecnica di «esodato» è racchiusa, in via generale, la condizione del lavoratore che, trovandosi in procinto di ricevere l'erogazione pensionistica secondo le regole antecedenti alla riforma di cui alla legge n. 214/2011, ha sottoscritto un accordo con l'azienda, acconsentendo all'uscita anticipata dal lavoro a fronte dell'accesso, nelle more del pensionamento (che sarebbe avvenuto in data certa), a una forma di sostegno previdenziale al reddito (nella specie al Fondo di solidarietà); e che, con l'entrata in vigore della riforma suddetta (d.l. n. 201/2011, convertito con modifiche in legge n. 214/2011), ha subito uno slittamento significativo della data del pensionamento nonché l'aleatorietà dell'accesso al predetto trattamento di sostegno.

È questo il caso in esame, in cui il lavoratore, dipendente di un istituto di credito, aderiva all'offerta al pubblico *ex art.* 1336 cod. civ. formulata dall'istituto medesimo nei seguenti termini: risoluzione consensuale e irrevocabile del rapporto di lavoro in una data determinata (1), a fronte dell'ingresso al Fondo di solidarietà (con trattamento sostitutivo pari all'80% dell'ultima retribuzione) dal giorno successivo alla cessazione lavorativa, ed erogazione di un trattamento integrativo del Tfr pari al 15% della Retribuzione annua lorda (2) a titolo d'incentivo all'esodo.

Il contratto sottoscritto dalle parti si perfezionava ben prima dell'intervenuta riforma previdenziale (d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modifiche in legge n. 214/11, art. 24, commi 14 e 15), attraverso la recezione, da parte dell'azienda, dell'adesione del lavoratore. Il mutamento normativo sopraggiunto spingeva dunque l'azienda a congelare l'offerta e a proseguire il rapporto di lavoro ben oltre il termine di cessazione originariamente pattuito.

Seguiva la sottoscrizione di un nuovo Accordo quadro in sede sindacale (3) con indicazione di una nuova data (diversa da quelle precedentemente comunicate) di risoluzione consensuale da convalidare ai sensi dell'art. 4, comma 17, legge n. 92/12. L'Accordo quadro prendeva atto del cambiamento dell'assetto normativo pensionistico e disponeva, quale condizione sospensiva, l'obbligo per l'azienda di riassunzione del lavoratore nell'ipotesi di mancato accesso al Fondo di solidarietà.

(1) Nella specie l'azienda si riservava di cessare il rapporto di lavoro alla data del 30 giugno 2012 o del 31 dicembre 2012 e a ogni modo non oltre il 31 dicembre 2013; in particolare, nell'Accordo quadro del 29 luglio 2011 sottoscritto tra l'azienda e le Oo.Ss. erano disposte le modalità di incentivo all'esodo per il personale che avrebbe maturato il diritto a pensione successivamente al 31 dicembre 2013, con percezione della pensione entro il 1° gennaio 2018; in esso era stabilito che il termine di risoluzione e di cessazione del rapporto di lavoro doveva avvenire in una delle due seguenti date: 30 giugno 2012 o 31 dicembre 2012.

(2) Maggiorato del 6,25% per coloro che alla data di risoluzione del rapporto non avessero ancora raggiunto il requisito di vecchiezza ovvero di anzianità con il massimo periodo previsto – 40 anni –; del 18,75% qualora i mesi mancanti al requisito dei quaranta anni – ovvero dei 65 anni di età – fosse ricompreso tra 20 e 40; del 31,25% qualora il numero dei mesi fosse superiore a 40.

(3) Il nuovo Accordo quadro era del luglio 2012 e veniva stilato in forma integrativa del precedente Accordo.

Alla data di adesione al contratto *ex art.* 1336 cod. civ. il lavoratore avrebbe avuto accesso alla pensione con i vecchi requisiti: 40 anni di versamenti contributivi e un anno di cd. «finestra mobile».

L'art. 24, legge n. 214/11, ha disposto invece un mutamento sostanziale delle condizioni di accesso alla pensione anticipata prevedendo i seguenti requisiti: età minima di 62 anni e 42 anni e 5 mesi di contribuzione versata. Conseguentemente, la data minima per l'accesso alla pensione, nel caso di specie, passava dal 30 settembre 2017 (con finestra entro il 1° gennaio 2018) al maggio del 2018; anche il trattamento pensionistico spettante al lavoratore risulta alterato a causa dell'adesione all'esodo: esso sarà calcolato sulla base del sistema misto (retributivo e contributivo per gli ultimi 5 anni) con una perdita stimabile del 3% rispetto al sistema precedente, alla quale si aggiunge un ulteriore 1,5% per entrata anticipata rispetto ai 62 anni; senza contare la penalizzazione dell'1% per ogni anno anticipato al pensionamento.

D'altra parte, mentre prima l'accesso al Fondo di solidarietà era certo, ora, per effetto della medesima legge e delle disposizioni regolamentari di attuazione, l'accesso al Fondo medesimo diveniva incerto perché subordinato ad autorizzazione Inps, previa verifica della capienza finanziaria. D'altra parte, la mancata iscrizione avrebbe implicato la riassunzione, senza peraltro la certezza di recupero delle retribuzioni pregresse né di un trattamento equipollente a quello del Fondo.

Venendo a mancare i presupposti dell'accordo originariamente sottoscritto, il lavoratore ritirava la propria adesione all'offerta e non convalidava, avanti la Dtl, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 92/2012, la nuova data di cessazione del rapporto comunicata dall'azienda.

Nonostante il ritiro dell'adesione all'offerta al pubblico e nonostante la mancata convalida della cessazione del rapporto, l'istituto di credito ribadiva il patto originario; il lavoratore veniva dunque estromesso dai luoghi di lavoro. Impugnava pertanto la risoluzione secondo il rito introdotto dalla legge n. 92/12, ritenendo che la cessazione del lavoro così come avvenuta integrasse una risoluzione consensuale priva di effetti o, in subordine, una fattispecie di licenziamento illegittimo.

3. — *La decisione del giudice* — Dovendo rimediare a un errato calcolo legislativo, il giudicante ha avvertito il dovere di bilanciare (sul piano prettamente economico) gli interessi in gioco.

Pur ammettendo il venir meno dei presupposti dell'originario accordo di risoluzione consensuale, *ex art.* 1336 cod. civ., piuttosto che dichiarare risolto il medesimo, in forza del venir meno della presupposizione, e condannare l'azienda alla reintegra del lavoratore, il Tribunale ha preferito contemperare gli opposti interessi, adottando una soluzione *sui generis*: la condanna dell'Istituto bancario, dichiarata la permanenza del rapporto, alla corresponsione delle retribuzioni, soltanto sino alla data massima tra quelle originariamente pattuite in occasione dell'offerta al pubblico sottoscritta dal lavoratore (e cioè sino al 31 dicembre 2012) (4).

(4) Il rapporto era interrotto il 30 settembre 2012. Come anticipato, al momento del perfezionamento dell'accordo di risoluzione l'azienda aveva comunicato al ricorrente due possibili date di fine rapporto: quella del 30 giugno 2012 e quella del 31 dicembre 2012. Quest'ultima data è stata scelta dal Tribunale giudicante come utile per ripristinare l'equilibrio economico compromesso dalla riforma previdenziale.

La necessità avvertita dal Tribunale è stata quella di porre rimedio alla disomogeneità economica venuta in essere per il mutamento dei presupposti contrattuali. La soluzione adottata, tuttavia, è stata non già quella di ripristinare la situazione pre-contrattuale, per venir meno degli elementi essenziali posti come condizione implicita dell'accordo, condannando l'azienda alla riassunzione del lavoratore, bensì di intervenire, con pronuncia costitutiva, nelle posizioni contrattuali imponendo criteri equitativi di bilanciamento degli interessi in gioco.

L'equilibrio contrattuale è stato ritenuto come ripristinato attraverso un gioco di pesi e contrappesi: la condanna alla riassunzione per un tempo breve (da settembre 2012 – data di cessazione illegittima della vicenda lavorativa – a dicembre 2012 – data massima di interruzione del rapporto pattuita originariamente dalle parti) è stata ritenuta un rimedio necessario e sufficiente a compensare in parte il danno pensionistico, tenuto conto anche della nuova previsione dell'obbligo di riassunzione del lavoratore presso l'azienda nell'ipotesi di esclusione dal Fondo di solidarietà, contenuta nel nuovo Accordo quadro sottoscritto *post* riforma dalle Oo.Ss.

In sintesi, le posizioni contrattuali compromesse dalla cd. riforma Fornero sono state ricondotte a omogeneità, secondo il Tribunale, da un lato, con l'ordine di prolungare il rapporto di lavoro di circa quattro mesi, dall'altro, facendo affidamento sulla condizione di riassunzione, contenuta nell'Accordo quadro successivo alla riforma.

4. — *Le questioni: la presupposizione* — L'aspetto civilistico della vicenda può essere così configurato: il lavoratore, incentivato all'esodo dall'azienda, ha notificato alla stessa un atto adesivo alla sua offerta al pubblico; offerta strutturata come fattispecie a esecuzione differita, posto che tra il momento della stipulazione del contratto e quello della sua esecuzione intercorreva un certo periodo di tempo (nella specie dal 19 ottobre 2011 al 31 dicembre 2012). Orbene, in tale lasso temporale si è verificato un consistente intervento legislativo, modificativo delle condizioni di accesso al trattamento pensionistico, la cui portata è stata tale da alterare l'originaria valutazione dell'una e dell'altra parte contrattuale circa la convenienza economica dell'operazione originariamente programmata (5). Tant'è che la stessa Banca, prima di rendere operativi gli accordi, ha ritenuto doveroso addivenire a un nuovo accordo sindacale integrativo del primo.

Con la pronuncia che qui si commenta, il giudice percorre una via già costantemente battuta dalla giurisprudenza (6) in tema di presupposizione, aderendo alla teoria cd. oggettivistica o della base negoziale oggettiva (7). Secondo tale teoria, il con-

(5) Presupposizione «è il complesso delle circostanze la cui supposizione, pur non dedotta nella manifestazione negoziale, sia stata determinata nella decisione di concludere l'affare»; cfr. M. Bessone, A. D'Angelo, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 326.

(6) La giurisprudenza prevalente segue la tesi della risolubilità del contratto a prestazioni corrispettive per sopravvenuto vizio funzionale: in sostanza l'impossibilità di realizzare il programma negoziale darebbe luogo alla nullità del contratto per sopravvenuta inesistenza dell'oggetto o della causa; mentre la difficoltà di realizzare il contratto è considerata come una sopravvenienza onerosa, donde il diverso rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità. Si segnala, tra le soluzioni difformi, Cass. civ. 11 agosto 1990, n. 8200, in cui è sostenuta l'invalidità del contratto per insussistenza della situazione falsamente presupposta.

(7) La tesi è stata sostenuta in dottrina da G. B. Ferri (*Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966), secondo cui, con il venir meno dei presupposti, la causa e

tratto a esecuzione differita può essere risolto soltanto qualora il venir meno dei presupposti (comunemente considerati dalle parti) abbia comportato il sopravvenire dell'eccessiva onerosità per una delle parti, secondo i canoni di cui all'art. 1467 del codice civile.

Il punto necessita di spiegazione: la presupposizione – istituto prettamente dottrinale che non trova disciplina nell'ordinamento, recepito con cautela dalla giurisprudenza – risponde all'esigenza di apprestare rimedio allo sviluppo anomalo dell'assetto contrattuale che solitamente si manifesta proprio nei contratti, come nella specie, a effetti differiti.

Nel caso ora in discussione, il raggiungimento della soglia del pensionamento in data certa e «prossima» costituiva, assieme all'accesso garantito all'erogazione del Fondo di solidarietà, elemento essenziale del contratto e presupposto della reciproca volontà contrattuale. Entrambe le circostanze, più o meno implicite, sono state valutate dalle parti come determinanti per la stipula del contratto (8).

Il sopraggiungere della riforma può operare, agli effetti contrattuali, in un duplice modo. Occorre accertare innanzitutto se l'incerta erogazione del fondo di solidarietà sia imputabile o meno all'azienda: nel caso di risposta affermativa, la banca dovrebbe rispondere a titolo di inadempimento e il contratto potrebbe essere risolto ai sensi dell'art. 1453 cod. civ.

Qualora l'imputabilità non si ravvisi, in quanto l'erogazione del fondo di solidarietà non rientra nella sfera di controllo dell'azienda, le ipotesi sono due: o l'obbligazione si estingue per impossibilità sopravvenuta ex art. 1256 cod. civ. e il contratto si deve considerare risolto ai sensi dell'art. 1463 cod. civ., o verosimilmente, deve riconoscersi alla controparte il diritto a una corrispondente modifica della propria prestazione in alternativa a quella di recedere dal contratto, secondo il meccanismo dell'impossibilità parziale di cui all'art. 1464 cod. civ.

Quest'ultima soluzione è stata adottata dal giudicante, che, ritenendo irrilevante il recesso esercitato dal lavoratore, ha intravisto, dinanzi alla parziale impossibilità sopravvenuta della prestazione dell'azienda (l'accesso al Fondo di solidarietà non può più essere garantito), il possibile bilanciamento delle prestazioni imponendo una dilazione di circa quattro mesi alla cessazione dal lavoro.

Il principio della buona fede imporrebbe, tuttavia, di interpretare la volontà negoziale nel senso che le parti, pur non facendone espressa menzione nel contratto, abbiano entrambe valutato determinante, per la conclusione dell'affare, la situazione di fatto esistente al momento del perfezionamento dell'offerta al pubblico.

Condizione inespresa era pertanto che il ricorrente potesse andare in pensione secondo le disposizioni normative originariamente vigenti e che (incentivato all'uscita volontaria proprio per tale ragione) avrebbe avuto accesso al Fondo di solidarietà.

l'oggetto si considerano non già venuti meno, bensì, divenuti eccessivamente onerosi nella loro esecuzione contrattuale.

(8) C. Caccavale, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Giappichelli, Torino, 2005, in cui si specifica come «il contratto modella la realtà sulla quale incide ma esso stesso ne è per più versi plasmato. In questo gioco di reciproci rimandi tra i diversi piani dell'esperienza giuridica si inserisce il tema della presupposizione. [...] il problema della presupposizione concerne dunque la rilevanza delle circostanze esterne al contratto, decisive per il consenso di una delle parti, in mancanza di una clausola condizionale», p. 2.

Il venir meno dei presupposti è un dato di fatto. Preoccupazione costante della giurisprudenza (9) è stata quella di evitare che la presupposizione scivolasse sul piano soggettivistico della mera volontà interiore delle parti, acconsentendo a un allentamento della forza di legge, *ex art.* 1372 cod. civ., riconosciuta al vincolo contrattuale. La sacralità del principio per cui il contratto ha «forza di legge tra le parti» ha imposto estrema cautela all'ingresso dell'istituto della presupposizione.

Nel caso di specie, tuttavia, il dato strettamente oggettivo degli elementi condizionanti la sottoscrizione dell'accordo contrattuale è indiscusso: tali elementi esulano dal piano soggettivistico della mera volontà interiore, ricadendo esclusivamente sul piano oggettivo delle sopravvenienze estranee all'intento delle parti (10).

Resta il fatto che, se il Tribunale avesse interpretato la proposta di risoluzione consensuale (con incentivo all'esodo) e la successiva accettazione secondo i canoni integrativi della buona fede (11), l'accordo raggiunto sarebbe stato ritenuto senz'altro risolto, stante il principio *rebus sic stantibus* (12). La buona fede, quale criterio interpretativo integrativo della volontà contrattuale, impone, infatti, che il disposto contrattuale venga integrato con la clausola *rebus sic stantibus*.

La fattispecie in esame si caratterizza non soltanto per un mutamento delle circostanze particolari tenute presenti dalle parti, che incide sui costi delle reciproche prestazioni, ma anche per un'alterazione dei presupposti generali dell'affare, relativi al mercato e ai rapporti sociali. Tale compresenza di interessi (generali – di finanza pubblica *ex art.* 81 Cost. –, sindacali e di gruppo di impresa) ha condizionato fortemente la decisione del caso in esame; basti pensare all'assoluta mancata presa in considerazione, da parte del giudice, della volontà di recesso contrattuale pur validamente e legittimamente comunicata dal lavoratore. Non bisogna dimenticare, difatti, che questi, al venir meno dei sopradetti presupposti, ritirava il proprio consenso di adesione al contratto.

Eppure, valorizzare la revoca del consenso sarebbe stata la via più breve ed equa da percorrere, soprattutto alla luce della volontà del legislatore di disincentivare il prepen-

(9) Per tutte, Cass. civ., Sez. III, sentenza 25 maggio 2007, n. 12235, in cui si conferma che: «La presupposizione, non attenendo all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto, consiste in una circostanza a esso "esterna", che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce specifico e oggettivo presupposto di efficacia, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse – ma con riconoscimento da parte dell'altra –, valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale, il cui mancato verificarsi legittima l'esercizio del recesso». Nello stesso senso: Cass. civ., Sez. I, sentenza 11 marzo 2006, n. 5390, secondo cui «La presupposizione è configurabile solo quando dal contenuto del contratto risulti che le parti abbiano inteso concluderlo subordinatamente all'esistenza di una data situazione di fatto che assurga a presupposto della volontà negoziale, la mancanza del quale provoca la caducazione del contratto, ancorché a tale situazione comune a entrambi i contraenti non si sia fatto nell'atto espresso riferimento».

(10) M. Serio, voce *Presupposizione*, in *Digesto sez. civ.*, pp. 295 ss.

(11) G. Alpa e M. Bessone ritengono che il contratto debba essere interpretato in via integrativa secondo i canoni della buona fede, con applicazione della clausola *rebus sic stantibus*.

(12) V., in tal senso, M. Mantello, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Jovene Editore, Napoli, 2003; nonché G. Osti, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, I.

sionamento (13). D'altra parte non può non evidenziarsi il dramma sociale connesso alla vicenda degli esodati quali soggetti ancora potenzialmente produttivi nel mercato del lavoro e consegnati, di fatto, al mercato del lavoro nero (14).

5. — Segue: *L'incentivo all'esodo tra offerta al pubblico e obbligazione del terzo* — Un altro importante dato rileva ai fini del corretto inquadramento della vicenda contrattuale sorta tra le parti: l'azienda, tramite l'offerta al pubblico si era assunta l'obbligo di garantire al lavoratore l'accesso al Fondo di solidarietà nelle more del pensionamento. A ben vedere, l'accesso al detto fondo non è prerogativa dell'azienda ma dell'Inps, soggetto terzo ed estraneo ai fatti contrattuali, di tal che si potrebbe sostenere che la fattispecie in commento configuri l'ipotesi di offerta al pubblico contenente obbligazione del fatto del terzo (l'accesso all'erogazione del fondo di solidarietà, prerogativa dell'Inps).

Occorre una rapida premessa: i fondi di solidarietà sono fondi di sostegno al reddito e costituiscono forme di previdenza negoziata in cui l'accordo sindacale rappresenta soltanto un momento di un procedimento complesso che nella fase finale fa proprie le risultanze del processo di contrattazione e le trasfonde in un atto differente.

Dal punto di vista civilistico, i fondi di solidarietà sono classificabili come «associazioni tra privati non riconosciute» (15), ovvero, più precisamente, come associazioni non riconosciute di mutua assicurazione; essi posseggono un indubbio carattere associativo basato sulla necessità di un gruppo di ricorrere a mezzi comuni per soddisfare fini unitari.

La disciplina di riferimento per i fondi di solidarietà, stante l'inquadramento tra le associazioni non riconosciute è quella dell'art. 36, comma 1, cod. civ. laddove rimette la disciplina della vita degli enti agli accordi tra gli associati. E tuttavia l'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996 impone a tali fondi puntuali e stringenti vincoli in ordine a molteplici aspetti della «vita» degli stessi. Basti pensare all'ambito dei destinatari; al finanziamento e all'individuazione degli interventi; alla gestione paritetica imposta dalla legge; tali aspetti preordinano, in sostanza, la nascita e la gestione dell'ente a una volontà eteronoma rispetto a quella degli associati (16).

In ragione del penetrante controllo pubblicistico previsto dall'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996 (d.m. n. 158/2000) (17), i fondi di solidarietà sono fatti rientrare (18), piuttosto che nel comma 5 dell'art. 38 della Cost., dati i marcati contesti di

(13) Si rammenta che il ricorrente va incontro, per aver aderito all'incentivo all'esodo, a una riduzione della pensione pari all'1% per ogni anno di uscita anticipata (se l'esodo è mantenuto nei due di anticipo; pari al 2% per gli anni successivi al secondo).

(14) Si rinvia a quanto sostenuto da M. D'Antona, *Sviluppi della legislazione della crisi: il prepensionamento*, in *Foro it.*, 1985, I, pp. 1853 ss.

(15) U. Romagnoli in *Natura giuridica dei Fondi pensione (art. 2117 codice civile)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pp. 858 ss.

(16) V., in tal senso, G. Sigillò Massara, *Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare*, Cedam, Milano, 2008, pp. 36 ss.

(17) Il Fondo di solidarietà del personale del credito è regolamentato, oltre che dalla legge n. 662/1996, art. 2, comma 28, «in attesa di una organica riforma del sistema degli ammortizzatori sociali», anche dal d.m. n. 158/00 e dal successivo d.m. n. 6732/12.

(18) G. Sigillò Massara, *op. cit.*

doverosità e funzionalizzazione, nei commi 2 e 4, quali «organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato» al fine di assicurare ai lavoratori «mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria» (19).

La stessa recezione del regolamento del fondo in un decreto ministeriale e, soprattutto, la conseguente costituzione dei fondi presso l'Inps, determinano un mutamento genetico degli stessi. I fondi assumono una configurazione analoga a quella delle altre gestioni previdenziali già operanti presso l'ente pubblico, assurgendo a figure ibride, collocabili a metà strada tra un'associazione e una gestione previdenziale. Una volta costituiti, infatti, i fondi sono sottratti all'arbitrio delle fonti istitutive e incardinati presso un ente pubblico che vigila sui fini e garantisce l'indistrainibilità delle risorse degli stessi.

Ne deriva che l'ingresso del bancario al fondo di solidarietà – evento cui l'azienda si era impegnata – non rientra tra le disponibilità della stessa. Pacificamente, dunque, potrebbe configurarsi un'obbligazione del fatto del terzo *ex* art. 1381 cod. civ. con cui il promittente si adopera affinché il terzo si obblighi. Se, infatti, l'incertezza dell'accesso al fondo non può essere invocata quale inadempimento dell'azienda, poiché l'accesso stesso è fatto estraneo alle disponibilità della contraente, è possibile, tramite lo schema contrattuale dell'art. 1381 cod. civ., ricondurre l'obbligo comunque assunto, alla responsabilità contrattuale dell'azienda, con condanna di questa quantomeno al pagamento di una somma a favore del lavoratore, a titolo di indennizzo. Il che non è stato, nel nostro caso. È ben vero che l'azienda, in caso di mancata iscrizione al fondo, si era impegnata alla riassunzione; è altrettanto vero, tuttavia, che tale impegno lasciava indeterminata la sorte risarcitoria del periodo intercorrente tra la cessazione del rapporto e la successiva riassunzione (a distanza di svariati mesi).

6. — Segue: *L'offerta di modificazione del contratto* — Resta infine da esaminare un ultimo aspetto dell'intera vicenda. Al mutare dei presupposti contrattuali, il perdurare del rapporto oltre l'originaria data di scadenza contrattuale, la comunicazione al lavoratore della nuova e diversa data di risoluzione consensuale, nonché le diverse condizioni contrattuali (obbligo di riassunzione in ipotesi di mancato accesso al fondo); tutto ciò avrebbe dovuto essere interpretato, se non, rispettivamente, come revoca dell'offerta al pubblico e comunicazione di una nuova proposta contrattuale (non ratificata dal ricorrente), almeno come un tentativo di *reductio ad aequitatem*, con inserzione di clausole in sostituzione delle precedenti, volte al mantenimento in vita del contratto originario sottoscritto dalle parti.

Non è meno vero, difatti, che ai sensi dell'art. 1450 cod. civ. la parte cui viene domandata la rescissione o la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta può offrire una congrua modificazione idonea a ricondurre a equità il contratto.

(19) La costituzione di fondi *de quibus* passa necessariamente per due stadi: il primo vede un intervento da parte della contrattazione collettiva ed è finalizzato alla istituzione del fondo; il secondo invece (che consente l'inquadramento del fondo medesimo tra gli strumenti «pubblicitici» a sostegno del reddito) si verifica successivamente per effetto del decreto interministeriale che determina la costituzione del medesimo presso l'Inps; v., in tal senso, G. Sigillò Massara, *op. cit.*

In tale ipotesi, tuttavia, compito del giudicante, per costante giurisprudenza, è esclusivamente quello di valutare il sussistere o meno dell'equità contrattuale, essendogli precluso qualsivoglia intervento integrativo o modificativo della volontà delle parti. Tale limite è stato tuttavia oltrepassato dal Tribunale di Roma, che, con l'ordinanza in commento, ha provveduto a integrare, con l'intento di livellare le rispettive posizioni contrattuali, la *reductio ad aequitatem*. Tuttavia, non ritenuto sufficientemente equo il contratto di offerta al pubblico, così come modificato dall'azienda in forza delle nuove condizioni imposte dall'Accordo quadro, il Tribunale avrebbe potuto esclusivamente dichiarare risolto il contratto per eccessiva onerosità.

Infine, un'ultima riflessione: nel ricondurre a equità gli equilibri contrattuali sono stati soppesati dal giudicante esclusivamente gli interessi economici, non avendo ricevuto spazio alcuno altri interessi, inerenti alla tutela morale della persona del lavoratore, che, parte contrattuale debole, ha senz'altro patito un consistente danno morale legato alla incertezza relativa alla data di cessazione del rapporto di lavoro, o cosa ancor più grave, relativa alla cessazione o meno del rapporto stesso. Il danno morale, che senza dubbio può riconoscersi in capo al lavoratore, non è stato posto quale dato rilevante ai fini del contemperamento degli interessi in gioco. D'altra parte, il rito speciale per i licenziamenti illegittimi non ha permesso valutazioni di tal genere.

7. — *Risvolti processuali: il rito ex art. 1, comma 47, legge n. 92/12. Cenni* — Il processo è stato instaurato secondo le regole del rito speciale istituito dalla legge n. 92/12, che all'art. 1, commi da 47 a 69, tenta di contenerne in modo rigoroso l'ambito di operatività del rito speciale, ponendo limiti ferrei alla possibile dilatazione della materia del contendere.

Nel caso in esame, il lavoratore, nel contestare l'esistenza stessa di un efficace contratto risolutorio del rapporto di lavoro, ritenendo la risoluzione non più consensuale bensì atto unilaterale del datore di lavoro, impugnava lo stesso, secondo il nuovo rito, ritenendolo come un vero e proprio licenziamento, assoggettato alla tutela *ex art.* 18, legge n. 300 del 1970, e dunque al rito breve previsto dalla legge Fornero.

In primo luogo deve essere evidenziata l'obbligatorietà del rito, stante il tenore letterale della norma (20). Conseguentemente sul giudice ricade il compito di verificare la correttezza del rito in relazione alla domanda proposta. Il Tribunale di Roma si è pronunciato per l'ammissibilità del rito, ritenendo che la soluzione della vicenda contrattualistica «non può negativamente condizionare l'opzione procedurale».

L'ordinanza in commento induce ad analizzare quando sia necessario percorrere la nuova strada processuale.

(20) Il comma 48, art. cit., legge n. 92/12, recita, difatti: «la domanda avente a oggetto l'impugnativa del licenziamento di cui al comma 47 si propone con ricorso», non lasciando dubbi di sorta circa il carattere obbligatorio e non facoltativo del rito. Il Trib. di Piacenza, con ord. 16 gennaio 2013, ha adottato una interpretazione originale, da un lato, escludendo che il solo ricorrente possa *ab origine* scegliere il rito ordinario in presenza dei presupposti di applicabilità dell'art. 1, comma 48, legge n. 92/2012, dall'altro, però consentendo il passaggio «immediato» alla seconda fase a cognizione piena, prevista dall'art. 1, comma 51, della stessa legge, ove vi sia anche il consenso della controparte acquisito in contraddittorio. Di opposte vedute è il Tribunale di Firenze, che ha sostenuto la facoltatività del rito.

L'art. 1, comma 47, della legge citata dispone l'applicabilità del rito nei soli casi di impugnazione del licenziamento nelle ipotesi regolate dall'art. 18, legge n. 300/70 (21). Dubbi sorgono relativamente all'applicabilità del rito «anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro».

Il dato letterale della norma sembrerebbe concedere l'adottabilità del rito alle ipotesi di impugnazione della qualificazione del rapporto di lavoro, soltanto qualora l'accertamento sulla qualificazione risulti essere strumentale all'impugnazione del licenziamento stesso. Nelle ipotesi di risoluzione del falso rapporto di lavoro autonomo, di esaurimento del rapporto di lavoro subordinato per scadenza del termine illegittimo o, come nella fattispecie in analisi, di revoca del consenso all'esodo incentivato o ancora, di sopravvenuta eccessiva onerosità contrattuale, l'interrompersi della vicenda lavorativa è configurabile sostanzialmente come licenziamento illegittimo e ricade nelle regole processuali imposte dal nuovo rito.

La rigidità del rito speciale, che deve essere impiegato esclusivamente per le impugnazioni di cui al comma 47, trova conferma nel comma 51 dello stesso articolo 1, cit., in cui si intima che «con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi». A ben vedere possono essere proposte anche domande diverse da quelle di impugnazione del licenziamento e a queste strumentali relative alla qualificazione del rapporto di lavoro, purché tali domande siano fondate su identici fatti costitutivi (22). Il legislatore richiede, dunque, identità di fatti costitutivi con domande diverse. È stato ritenuto in dottrina che il requisito di «identità» di cui i fatti costitutivi devono essere corredate stride, nei fatti, con quello della «diversità» delle domande. L'ambigua compresenza di «identità» e di «diversità» si risolve ammettendo l'ammissibilità del rito anche alle ipotesi di comunanza parziale di fatti costitutivi, in cui,

(21) I licenziamenti nelle imprese minori ne sono esclusi salvo che non si richieda l'applicazione dell'art. 18 per recesso discriminatorio.

(22) Esempi di fatti costitutivi sono stati rinvenuti nella domanda di pagamento delle differenze retributive conseguenti all'accertamento del carattere subordinato di un rapporto di lavoro erroneamente qualificato come autonomo. In tal senso e per maggiori approfondimenti, v. D. Borghesi, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in F. Carinci e M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, Ipssoa, Supplemento a *Dir. prat. lav.*, n. 33 del 15 settembre 2012.

Il Trib. di Bologna, con sentenza del 19 novembre 2012, ha disposto l'applicazione del rito speciale al caso di una lavoratrice, dipendente *part-time*, la quale, in occasione della chiusura di un punto vendita svolto dalla società, rifiutava la proposta di assunzione presso un nuovo esercizio commerciale, a condizione del passaggio a tempo pieno, con tutti i sabati e le domeniche lavorati. Il rifiuto comportava il licenziamento. Impugnato il licenziamento con la nuova legge Fornero, la lavoratrice lamentava la violazione del decreto legislativo n. 61 del 2000 a tutela del lavoro *part-time* (art. 5), secondo cui il rifiuto di un lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno (e viceversa) non costituisce giustificato motivo di licenziamento: conseguentemente chiedeva la reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18, Statuto dei lavoratori, prevista per i licenziamenti discriminatori e per quelli determinati da «motivo illecito».

Allo stesso modo, il Trib. di Perugia, con provvedimento dell'8 ottobre 2012, ha disposto il rito speciale per un ricorso promosso da un socio di cooperativa avverso recesso, opinando sulla genuinità del rapporto sociale contestato. Per altri casi inediti vd. www.giuslavoristi.it.

cioè, le domande ulteriori presentino, accanto ai fatti costitutivi identici a quelli della domanda di impugnativa del licenziamento, anche altri fatti costitutivi, con ampliamento del perimetro di applicabilità del rito (23).

Il rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti, concepito fuori dal codice di procedura civile, ne incorpora, assemblandole, le disposizioni previste per il rito sommario e ordinario, in tal modo sottraendo alla strategia difensiva del lavoratore ogni possibilità di opzione processuale.

Obiettivo dell'introduzione del nuovo rito è senz'altro quello di ridurre i tempi processuali nelle ipotesi di licenziamento, creando un canale referenziato, terzo rispetto a quello ordinario e a quello proprio del rito del lavoro. Quest'ultimo, in particolare è già dotato di tempi brevi, processualmente pensati per essere «veloci». L'esigenza di celerità del rito si sarebbe potuta realizzare rendendo i termini del rito del lavoro da ordinatori in perentori, con conseguente garanzia di effettiva brevità del rito stesso. L'introduzione di un nuovo rito, invece, rischia, secondo l'opinione degli interpreti, di rallentare ulteriormente la macchina della giustizia (24).

D'altronde, la riforma processuale deve essere intesa quale completamento della riforma dell'art. 18, legge n. 300/70: secondo alcuni le due modifiche (quella sostanziale e quella processuale) sono il frutto di un'unica *ratio* legislativa (25). Anche il lato sostanziale (non soltanto quello processuale) della tutela da riconoscersi al lavoratore vittima di licenziamento illegittimo è radicalmente mutato a opera della legge n. 92/12; dell'art. 18 è stata modificata *in primis* la rubrica, non più limitata alla «Reintegrazione nel posto di lavoro», ma avente a oggetto la «Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo». La novità più significativa consiste nella profonda revisione delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento, con una sostanziale frantumazione della tutela reale, scomposta in tutela reintegratoria e in tutela soltanto indennitaria (26).

A ogni modo, l'intento di maggiore celerità processuale perseguito dal legislatore stride con il rinvio all'art. 125 cod. proc. civ. Il mancato rinvio alle disposizioni

(23) La tesi è quella sostenuta da P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in P. Chieco, *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci editore, Bari, 2012.

(24) Per maggiori approfondimenti A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012.

(25) In tal senso, P. Cosmai, *L'impugnazione del licenziamento: limiti al sindacato giurisdizionale e specialità del rito. Primi spunti di riflessione*, in *Commentario alla riforma Fornero, op. cit.*; altresì L. De Angelis, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 136, anno XXXIV, 2012, 4, che in particolare sostiene: «sul piano generale, si deve notare che la differenziazione della tutela processuale [...] è stata qui introdotta, differenziando nel differenziato, non in ragione della peculiarità dei diritti da tutelare e del riequilibrio di posizioni di debolezza nel rapporto sostanziale, ma sostanzialmente pensando a chi nel rapporto di lavoro si trovi in una posizione di forza, in tal modo facendo sì che la durata del processo non vada a danno di chi ha torto. [...] che alla base dell'introduzione del nuovo procedimento vi sia ciò e non l'esigenza di proteggere più incisivamente chi abbia perso il posto di lavoro non per propria iniziativa, emerge dal fatto che del procedimento medesimo non possa giovare chi, appunto licenziato, usufruisca della tutela ex art. 8, legge n. 604/1966, e non di quella ex art. 18».

(26) In tal senso, v. C. Cester *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in *Dir. prat. lav.*, in *Commentario alla riforma Fornero, op. cit.*

dell'art. 414 cod. proc. civ. comporta una diversità sostanziale in termini probatori tra il rito del lavoro e quello *ex novo* introdotto, giacché soltanto l'art. 414 cod. proc. civ. richiede «l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e in particolare dei documenti che si offrono in comunicazione». Sembra dunque che per il rito speciale non vi sia la decadenza probatoria conosciuta nel rito «ordinario» del lavoro, potendo essere instaurata anche senza l'indicazione specifica dei mezzi di prova. La celerità processuale può essere di fatto garantita se non si concede spazio alle eccezioni e deduzioni non contenute negli atti introduttivi, cui inevitabilmente seguono richieste di termini per disamina o memorie di replica.

È opinione prevalente che il nuovo rito vada inquadrato nei procedimenti sommari e non in quelli cautelari (27). Ciò comporta che l'ordinanza pronunciata dal giudice a definizione della prima fase, se non impugnata dalla parte soccombente, è idonea a formare il giudicato, con conseguente impossibilità di riproporre le medesime domande in altro giudizio (28). D'altra parte, la sommarietà è ricavabile dal fatto che non è richiesta, nel rito speciale, la prova del *periculum in mora*, necessaria se si fosse trattato di procedimento cautelativo di cui all'art. 700 cod. proc. civ. (29).

8. — *Difficoltà applicative della riforma Fornero: gli esodati* — La vicenda in commento ha del paradossale, alla luce della intervenuta riforma previdenziale. Difatti, con la legge n. 214/11 il legislatore ha imposto un ripensamento, non soltanto economico ma anche sociale, dell'avanzamento di età, adeguando il permanere dei lavoratori nei luoghi di lavoro all'allungamento medio della durata della vita (30). In linea con tale principio la pensione di vecchiaia ha preso il posto di quella di anzianità (31).

(27) In senso contrario v. P. Cosmai, *op. cit.*

(28) La sentenza emessa dal Tribunale è impugnabile con reclamo; orbene, si sottolinea un dato di particolare incongruenza lessicale: il reclamo è, come noto, mezzo di impugnazione, ai sensi dell'art. 323 cod. proc. civ., soltanto dei provvedimenti non definitivi, e giammai, nel nostro ordinamento, una sentenza può considerarsi tale.

(29) È stato sostenuto come il rito speciale, pur se obbligatorio, non sia esclusivo, non escludendosi, in tema di licenziamenti *ex art. 18*, il ricorso cautelare *ex art. 700* cod. proc. civ., anche se in tale ipotesi il *periculum in mora* deve essere talmente irreparabile e imminente da non poter essere contenuto nella rapidità della fase sommaria del nuovo rito. In tal senso, R. Rivero, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, scritto presentato in occasione dell'incontro di studio organizzato dal Csm sul tema «La riforma del mercato del lavoro nella legge 28 giugno 2012, n. 92», Roma, 29 ottobre 2012-31 dicembre 2012.

(30) Sotto tale aspetto la portata della riforma non è illimitata, restando esclusi dalla stessa quelle «categorie più deboli» di lavoratori, ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. a, legge n. 214/11. Le norme speciali preesistenti, relative a dette categorie, non sono state abrogate dalla legge in esame e ammettono requisiti di accesso alla pensione più generosi in virtù di particolari condizioni lavorative relative a soggetti svantaggiati; tale è il caso dei lavoratori esposti all'amianto, per i quali è stata ritenuta non applicabile la riforma Fornero, con riferimento all'incremento dell'età pensionabile commisurata alla speranza di vita.

(31) Si consideri inoltre che con la riforma in esame è stato introdotto un sistema di penalizzazioni della pensione di anzianità collegate all'età posseduta dai beneficiari al momento del pensionamento; vale a dire che, come dispone il comma 10 dell'art. 14 della legge n. 214/2011, sulla quota di trattamento relativa alle anzianità contributive maturate antecedentemente il 1° gennaio 2012, è applicata una riduzione percentuale pari a 1 punto percentuale per ogni anno

È emblematico, dunque, che il legislatore si sia «dimenticato» proprio di quei lavoratori che, nelle morse di una politica industriale di disincentivo alla permanenza lunga nel mercato del lavoro (cioè in netta controtendenza rispetto alla *ratio* riformatrice), erano usciti anticipatamente dal lavoro e che, per tale ragione, avrebbero necessitato di una più accorta tutela.

La strumentalizzazione del sistema previdenziale ai fini industriali e produttivi è un fenomeno che avrebbe dovuto essere arginato dal legislatore, non certo dimenticato (32).

L'art. 24, comma 3, legge n. 214/11, reca una nuova disciplina di accesso alla pensione di vecchiaia e di anzianità (da ultimo modificata con legge n. 228/12 del 24 dicembre, legge di stabilità 2013).

La pensione di vecchiaia introdotta dalla riforma cd. Fornero prevede la maturazione del diritto al trattamento pensionistico soltanto al raggiungimento di 20 anni di contributi versati e dell'età pensionabile, resa equiparata per tutti i lavoratori (sia uomini che donne) a partire dal 2018 e individuata nell'età di 66 anni.

Il secondo tipo di pensione introdotto dal legislatore del 2011 è quella anticipata. Si tratta di una prestazione che, indipendentemente dall'età del richiedente, è concessa a chi ha un'anzianità contributiva di almeno 42 anni e 1 mese, se lavoratore, e di 41 anni e 1 mese se lavoratrice. Per chi intenda usufruire del pensionamento anticipato è prevista una penalizzazione, consistente nella decurtazione dal trattamento pensionistico, dell'1% o del 2% per ogni anno di anticipo.

Orbene, a favore dei lavoratori prossimi alla pensione che si sono trovati in particolari condizioni di disagio (mobilità, prosecuzione volontaria, con rapporto di lavoro risolto e così via) sono stati adottati provvedimenti di salvaguardia, comportanti l'applicazione dei requisiti di pensionamento previsti prima della riforma.

Una prima salvaguardia per 65.000 soggetti è stata stabilita dallo stesso decreto «Salva Italia», le cui previsioni sono state attuate dal d.m. 1° giugno 2012 (pubblicato sulla *Gazz. Uff.*, n. 171 del 24 luglio 2012) (33). Tale decreto, tra l'altro, ha solle-

di anticipo nell'accesso al pensionamento rispetto all'età di 62 anni; tale percentuale annua è elevata a 2 punti percentuali per ogni anno ulteriore di anticipo rispetto a due anni.

(32) Sul prepensionamento, M. D'Antona, *op. cit.*

(33) «La riforma previdenziale del dicembre 2011 (decreto legge n. 201/2011, convertito nella legge n. 214/2011) è stata approvata sotto l'incombere di una crisi finanziaria che ha indotto il Governo non soltanto a proporre misure severe, ma anche a farlo in tempi molto rapidi. Questa riforma aveva dichiaratamente un duplice scopo: non soltanto introdurre ineludibili misure di stabilizzazione finanziaria, ma anche dare il via a una grande operazione di ribilanciamento dei rapporti tra le generazioni, per troppo tempo squilibrati a sfavore dei giovani.

Per mitigare gli effetti della riforma ci si è proposti di salvaguardare i precedenti requisiti pensionistici nei confronti di chi avesse conseguito i requisiti del previgente ordinamento entro il 31 dicembre 2011, e di chi, prossimo al pensionamento, avesse perso o lasciato il suo lavoro proprio per accedervi in un arco temporale ragionevole. In questo secondo caso, proprio perché il diritto alla pensione non era ancora maturato, non si tratta però di garantire diritti acquisiti. Si tratta, piuttosto, di tener conto delle comprensibili aspettative dei lavoratori verso un prossimo pensionamento, operandone un contemperamento con le contrapposte esigenze di stabilizzazione finanziaria. La finalità primaria della norma di salvaguardia è dunque quella di evitare che lavoratori ormai privi di lavoro perché prossimi al pensionamento si trovino senza alcuna copertura reddituale. Da qui la misura prevista dal decreto Salva Italia, e il conseguente

vato dubbi (dis)applicativi, per eccesso di delega. A ben vedere, in effetti, le condizioni di «salvaguardia» contenute nell'art. 24, cit. sono state, per così dire, integrate da altre e nuove condizioni, non desumibili dal testo di legge, che imporrebbero un restringimento del campo di applicazione della salvaguardia. In particolare, l'art. 24, comma 14, lett. *a*, si rivolge a quei lavoratori collocati in mobilità sulla base di accordi sindacali anteriori al 4 dicembre 2011; eppure il decreto applicativo aggiunge la condizione che il rapporto di lavoro sia cessato anteriormente al 4 dicembre 2011 (34).

Stessa osservazione può essere elaborata relativamente all'accesso ai fondi di solidarietà, per l'erogazione dei quali la legge n. 214/11 prevede esclusivamente, per l'accesso successivo al 4 dicembre 2011, l'anteriorità dell'accordo sindacale. Il decreto ha aggiunto la condizione dell'autorizzazione Inps e la perduranza sino a 62 anni di età (35). Anche la lett. *g* dell'art. 2 aggiunge la condizione, non prevista nella legge n. 214, di mancanza di rioccupazione per gli esodati individuali di cui all'art. 6, comma 2-ter, d.l. n. 216/11.

I cd. salvaguardati sono gruppi di lavoratori abilitati ad avvalersi di regole preesistenti al decreto. Tali gruppi sono: i lavoratori collocati in mobilità ai sensi della legge n. 223/1991, a seguito di accordi sindacali stipulati anteriormente al 4 dicembre 2011; i lavoratori collocati in mobilità lunga sulla base dell'art. 7, commi 6 e 7, della legge n. 223/1991, a seguito di accordi sindacali stipulati anteriormente al 4 dicembre 2011; per essi non è stato esplicitato il periodo di conservazione dei vecchi requisiti (36); infine i lavoratori che alla data del 4 dicembre 2011 sono stati titolari di prestazioni straordinarie a carico di fondi, destinatari di accordi collettivi sottoscritti entro la stessa data, che abbiano previsto l'accesso ai predetti fondi, purché rimangano a carico dei detti fondi fino al compimento di almeno 60 anni ancorché prima dei 60 anni maturino il diritto alla pensione secondo i precedenti requisiti.

In sostanza, la cd. manovra Fornero-Monti ha prodotto effetti particolarmente severi, in particolare, per coloro che, al momento dell'entrata in vigore della riforma,

accantonamento di risorse per consentire il pensionamento secondo le norme previgenti precedenti a un contingente stimato in 65.000 unità»: così il ministro del Lavoro Elsa Fornero, nell'intervento alla Camera, mercoledì 20 giugno 2012.

(34) Ulteriori dubbi interpretativi sorgono in merito all'introduzione di tale ulteriore requisito: non è ben chiaro, infatti, se possano essere considerati salvaguardati anche quei lavoratori che alla data del 4 dicembre 2011 abbiano perfezionato l'accordo di incentivo all'esodo o se, invece, detta clausola debba ritenersi applicabile soltanto a quei lavoratori che, alla data del 4 dicembre 2011, siano effettivamente cessati dal rapporto di lavoro.

(35) Una seconda salvaguardia è stata prevista dal decreto legge n. 95/2012 (*Spending review*) per altri 55.000 lavoratori: il decreto attuativo è stato emanato l'8 ottobre 2012 (pubblicato sulla *Gazz. Uff.*, n. 17 del 21 gennaio 2013). Una terza salvaguardia è stata, infine, inserita nella «legge di stabilità» per il 2013. Secondo dati forniti dal ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, il numero dei lavoratori salvaguardati dalla piena e immediata attuazione della riforma pensionistica del 2011 risulta stimabile in 130.000 unità, alle quali si aggiungono altre 10.000 unità in attuazione di precedenti clausole di salvaguardia (trattasi dei lavoratori che sarebbero andati in pensione negli anni 2013 e 2014, e di quelli coinvolti in accordi collettivi di Cig o mobilità fino al 2020 circa).

(36) È stato ritenuto che restano applicabili fin quando i lavoratori fruiscono dell'indennità: v. A. Pandolfo, *Le pensioni post riforma. Il sistema pensionistico dopo il d.l. n. 201/2011*, Egea, Milano, 2012.

erano più vicini alla pensione, nonché per quei lavoratori che, avendo lasciato il lavoro prima di maturare i requisiti previsti dalla previgente normativa, non hanno avuto la possibilità di raggiungere tali requisiti più elevati. L'attenzione cade su quanti sono stati messi in mobilità o assistiti da fondi di solidarietà o esonerati dal servizio, che attendevano la maturazione dei requisiti previsti dalle previgenti regole per andare in pensione. I cd. esodati costituiscono una categoria di non facile delimitazione, che può considerarsi formata da lavoratori che hanno subito la cessazione del rapporto di lavoro mentre era in vigore la precedente normativa e, pertanto, quando se ne poteva in ogni caso ipotizzare una qualche continuità.

La salvaguardia dei 65.000 non si è dimostrata idonea a tutelare tutti gli esclusi; recentemente l'Inps (37) ha specificato quali sono le categorie di lavoratori che sono stati lasciati fuori e che dovranno essere «salvaguardati» attraverso la manovra finanziaria 2013 contenente la cd. salvaguardia dei 55.000.

Inutile ribadire la complessità del problema (sociale, oltre che giuridico): dare soluzione alle diverse attese di risposta è operazione rimessa all'abilità del legislatore; certo è che nulla di più ci si poteva attendere da un decreto di «razionalizzazione tramite risparmio».

Letizia Prospero
Praticante avvocato nel Foro di Roma

(37) Vd. messaggio Inps n. 4678 del 18 marzo 2013.

TRIBUNALE NAPOLI, 31 ottobre 2012 – Est. Coppola – B.A. (avv. Esposito) c. L.B. (avv. Corda).

Lavoro subordinato – Qualificazione del rapporto – Ripartizione dell'onere della prova – Conseguenze – Applicazione integrale del contratto collettivo – Determinazione del minimale retributivo.

Nel caso di attività di cameriere di sala e barman, l'accertamento della natura subordinata del rapporto, fondata sulla presenza dei tradizionali indici della subordinazione, nonché sulla non riconducibilità della specifica prestazione lavorativa ad alcuno dei tipi disciplinati dal d.lgs. n. 276/2003, comporta l'applicabilità integrale della contrattazione collettiva ai fini della determinazione della giusta retribuzione di cui all'art. 36 Cost. (1)

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

(1) GIUSTA RETRIBUZIONE E CONTRATTO COLLETTIVO

SOMMARIO: 1. Il caso di specie. La questione della qualificazione del rapporto di lavoro. — 2. Il ruolo della contrattazione collettiva nella determinazione della giusta retribuzione. — 3. Contrattazione collettiva e minimale retributivo nei rapporti di lavoro diversi da quello di tipo subordinato.

1. — *Il caso di specie. La questione della qualificazione del rapporto di lavoro* — Con una sentenza per diversi profili originale e innovativa il Tribunale di Napoli affronta due tra le questioni più controverse (e mai risolte a livello normativo) del diritto del lavoro, ovvero quella della riconduzione o meno dello specifico rapporto di lavoro dedotto in giudizio al tipo «lavoro subordinato» e quella, conseguente, dell'applicabilità, in tutto o in parte, del contratto collettivo di riferimento.

In particolare, il giudice di Napoli, dopo avere riconosciuto natura subordinata alla prestazione lavorativa offerta dall'istante come cameriere di sala e barman, nonché addetto alla pulizia del locale a fine serata, ritiene applicabile integralmente la contrattazione collettiva, ponendosi in cosciente dissenso con la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione.

Appare, pertanto, opportuno procedere per gradi, analizzando, con le necessarie osservazioni critiche, il percorso argomentativo seguito dalla pronuncia in commento.

Rilievo preliminare assume il problema della qualificazione del rapporto di lavoro, costituendo la subordinazione la chiave di accesso alla disciplina speciale di tutela predisposta dal diritto del lavoro in funzione tendenzialmente riequilibratrice.

È noto che, sulla base dell'impianto codicistico, elementi distintivi del rapporto di lavoro subordinato sono la collaborazione, intesa come inserimento stabile del lavoratore nella organizzazione aziendale (e non quale partecipazione al conseguimento del risultato che costituisce l'oggetto del contratto), e l'eterodeterminazione, ovvero l'as-

soggettamento (sia pur di intensità variabile, modulato in relazione al tipo delle mansioni svolte) al potere organizzativo, direttivo e disciplinare dell'imprenditore, espressione di una dipendenza non solo tecnico-funzionale, ma, altresì, personale del prestatore di lavoro, contrapposta e correlata alla assoluta mancanza di rischio, intesa quale certezza della retribuzione (1).

All'apparente linearità e chiarezza dell'art. 2094 cod. civ. fa, però, da contraltare la sua evidente fragilità qualificatoria, posto che il vincolo di soggezione alle altrui decisioni e direttive può manifestarsi in modo marcato anche nell'ambito di altri rapporti aventi a oggetto un'attività *lato sensu* lavorativa e, correlativamente, può risultare assai attenuata nell'ambito del lavoro subordinato, per lo più in dipendenza del genere di prestazione dedotta, quale quella dirigenziale o quella altamente specialistica (2).

Si è reso, pertanto, necessario l'intervento della giurisprudenza, che di fatto ha enucleato una serie di indici, più concreti e ulteriori rispetto a quello della eterodirezione, desunti dalla figura socialmente prevalente di lavoratore subordinato e dalla normale disciplina del relativo rapporto (3).

Tra questi, particolare rilievo assumono i criteri della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato, del versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita e indipendente dal risultato, del coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro, dell'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale; elementi, questi, che, privi ciascuno di valore decisivo, possono essere valutati globalmente come indizi probatori della subordinazione, idonei anche a prevalere sull'eventuale volontà contraria manifestata dalle parti, ove incompatibile con l'assetto previsto dalle stesse (4).

Costituiscono, per contro, indici negativi alla ravvisabilità di un vincolo di subordinazione la pattuizione di prestazioni singolarmente convenute e retribuite, ancorché continuative, secondo la struttura del conferimento di una serie di incarichi professionali ovvero in base a una successione di incarichi fiduciari (5).

Chiaramente, la natura subordinata della prestazione lavorativa andrebbe esclusa laddove, come sostenuto dalla parte convenuta nella pronuncia in commento, si trat-

(1) Si veda, per maggiori approfondimenti, F. Lunardon, *La subordinazione*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, vol. II, tomo I, II ed., 2007, Torino, Utet giuridica, pp. 3 ss.

(2) Cfr. F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, 2, Utet giuridica, Torino, 2012, pp. 19 ss.

(3) Si veda, in relazione agli indici della subordinazione, F. Carinci (diretto da), *Commentario, Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, cit., pp. 7 ss. Cfr., altresì, in merito a oggetto e metodo della qualificazione del rapporto di P. Ichino, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile, Commentario*, 1992, Giuffrè editore, pp. 3 ss.

(4) Si veda, *ex multis*, Cass. 19 aprile 2010, n. 9252, in *Mass. giust. civ.*, 2010, 4, p. 561; nel caso di specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva qualificato come di lavoro subordinato il rapporto intercorso tra una insegnante di scuola privata e l'istituto ove essa insegnava, attraverso l'individuazione di rilevanti indici sintomatici. Cfr., altresì, Cass. 9 marzo 2009, n. 5645, in *Mass. giust. civ.*, 2009, 3, p. 413.

(5) Cass. 2 aprile 2009, n. 8068, in *Guida dir.*, 2009, 20, p. 88 (s.m.), in *Mass. giust. civ.*, 2009, 4, p. 574, e in *Giust. civ.*, 2010, 9, p. 1993 (s.m.), con nota di F. Buffa.

ti di lavoro saltuario e occasionale di volta in volta retribuito, circostanza; questa, che deve essere provata dal datore di lavoro.

L'alternativa autonomia/subordinazione, lungi dall'esaurirsi in una mera discettazione teorica, si risolve in una valutazione di fatto, largamente discrezionale, che assume carattere sintetico in relazione all'insieme degli indici significativi e alle specificità del caso concreto e, quindi, non può prescindere dalla considerazione dell'*id quod plerumque accidit* nell'ambiente sociale di riferimento (6).

E l'accertamento del giudice di merito è censurabile in sede di legittimità soltanto quanto all'individuazione dei criteri generali e astratti da applicare al caso concreto, mentre si sottrae al sindacato, se sorretta da motivazione adeguata e immune da vizi logici, la valutazione delle risultanze processuali, ovvero delle circostanze di fatto che hanno indotto il giudice a ritenere o escludere l'esistenza del vincolo di subordinazione nel rapporto di lavoro concretamente dedotto in giudizio (7).

Esaurita questa premessa, necessaria per dimostrare che la questione della qualificazione del rapporto di lavoro è suscettibile di soluzioni assai diversificate risolvendosi in un giudizio di approssimazione, e non di identità, rispetto al tipo sotteso alla norma codicistica, occorre precisare che il principio civilistico di cui all'art. 2697, comma 1, cod. civ. in materia di onere della prova, certamente applicabile anche in ambito lavoristico, impone alla parte che vuole far valere un diritto in giudizio di provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Conseguentemente, colui che intende dedurre in giudizio l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, nonché, per l'effetto, la valida attivazione dei diritti e prerogative che da questo scaturiscono, è tenuto a una prova precisa e rigorosa di tutti gli elementi costitutivi e, in particolare, dei requisiti indefettibili della onerosità e della subordinazione, in modo che risulti il nesso di corrispettività tra prestazione lavorativa e retribuzione, pur se in un quadro caratterizzato da maggiore elasticità degli orari (8).

Ora, nella sentenza in commento si riconosce natura subordinata alla prestazione lavorativa in oggetto, posto che, da un lato, l'istante era soggetto al vincolo dell'orario di lavoro, dovendo partecipare alla turnazione, e, dall'altro, il rapporto di lavoro non appare inquadrabile in alcuno dei rapporti tipici di cui al d.lgs. n. 276 del 2003; elementi, questi, dai quali deriverebbe, secondo il giudice di Napoli, l'applicabilità del tipo generale del lavoro subordinato.

Un siffatto ragionamento appare certamente criticabile, postulando la riconduzione della specifica attività lavorativa alla fattispecie di cui all'art. 2094 cod. civ. quale risultato non di un'argomentazione probatoria che, a partire dagli elementi di fatto emersi nel corso del giudizio di merito, valuti le concrete modalità di atteggiarsi del rapporto, bensì di una deduzione presuntiva *a contrario* che trascuri le più elementari regole in materia di *onus probandi*.

A sostegno di quanto detto, si richiama la giurisprudenza della Suprema Corte, la quale in diverse occasioni ha affermato che, data la natura meramente sussidiaria e di

(6) Cfr., ad es., Cass. 9 marzo 2009, n. 5645, già citata.

(7) In merito, si veda, in particolare, Cass. 17 aprile 2009, n. 9256, in *Mass. giust. civ.*, 2009, 4, p. 643; Cass. 6 agosto 2004, n. 15275, in *Mass. giust. civ.*, 2004, 7-8, p. 1946.

(8) In proposito, si veda Cass. 6 marzo 2006, n. 4761, in *Mass. giust. civ.*, 2006, 3, pp. 575 ss.

per sé non decisiva dei già menzionati indici della subordinazione, qualora vi sia una situazione oggettiva di incertezza probatoria, il giudice deve ritenere che l'onere della prova a carico dell'attore non sia stato assolto, e non già propendere per la natura subordinata del rapporto, sulla base di meri elementi di contorno, quali la misura dell'orario, la modalità di determinazione del compenso, i limiti dell'autonomia del lavoratore/collaboratore nell'impresa e la circostanza che il datore di lavoro/committente impartisca delle direttive e dia delle regole (9).

Non opera, cioè, *ipso iure* una presunzione di contrario contenuto, indicativa dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, restando, quindi, onere del lavoratore provare le modalità concrete con cui il rapporto si sia estrinsecato.

Se ne può ricavare che, in difetto di sufficienti indici rivelatori della sussistenza del vincolo di subordinazione, il cui onere probatorio, come già detto, incombe a chi lo deduce, deve essere esclusa l'applicabilità al concreto rapporto di lavoro dedotto in giudizio della disciplina del lavoro subordinato (10).

Ovviamente, le suddette considerazioni non devono far propendere automaticamente per l'autonomia del rapporto instaurato con un lavoratore che renda prestazioni saltuarie come cameriere, posto che il vincolo della subordinazione non ha tra i suoi tratti caratteristici indefettibili la permanenza nel tempo dell'obbligo del prestatore di lavoro di tenersi a disposizione del datore. Rilevano, invece, quali indici di subordinazione, laddove adeguatamente provati in giudizio, l'assenza di rischio economico per il lavoratore, l'osservanza di un orario e l'inserimento nell'altrui organizzazione produttiva, specie in relazione al coordinamento con l'attività degli altri lavoratori; aspetti, questi, certamente connaturati al lavoro di cameriere (11).

L'eccessiva rilevanza attribuita in sentenza all'osservanza di un orario predeterminato di lavoro desta perplessità, trattandosi di un indice meramente sussidiario che può assumere valenza decisiva solo qualora sia espressione dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione imprenditoriale e non quando inerisca alla prestazione tale da dover essere espletata per sua natura in tempi non modificabili (12).

Lo stesso giudice sembra contraddirsi laddove per provare l'esistenza del vincolo dell'orario di lavoro adduce il fatto che il lavoratore, una volta assentatosi ingiustificatamente, non fosse stato più chiamato (circostanza, questa, che non pare riconducibile all'esercizio del potere disciplinare).

Orbene, nella fattispecie in esame, gli elementi probatori indicati in sentenza sembrano essere assai pochi e non appaiono, quindi, sufficienti a riconoscere al rapporto natura subordinata, pur trattandosi di un'attività lavorativa, quella di cameriere, che, per le modalità con le quali normalmente si esplica, nella maggioranza dei casi appare riconducibile all'ambito della subordinazione.

(9) Si veda, *ex multis*, Cass. 28 settembre 2006, n. 21028, in *Mass. giust. civ.*, 2006, 9, pp. 2299 e 2300.

(10) Cfr., ad es., Cass. n. 4761/2006, già citata.

(11) Si veda, in particolare, Cass. 7 gennaio 2009, n. 58, in *Foro it.*, 2009, 6, I, 1744, e in *Mass. giust. civ.*, 2009, 1, p. 16; Cass. 10 luglio 1999, n. 7304, in *Mass. giust. civ.*, 1999, p. 1617, e in *Giur. it.*, 2000, p. 1171, con nota di M.L. Bellini; Cass. 3 aprile 2000, n. 4036, in *Mass. giust. civ.*, 2000, p. 711.

(12) Cfr. F. Lunardon, *La subordinazione*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, cit., pp. 14 ss.; Cass. 9 dicembre 2002 n. 17534, in *Lav. giur.*, 2003, p. 376.

Tuttavia, se la giurisprudenza di legittimità si è attestata su tale posizione, il ragionamento del giudice di merito, più o meno consapevolmente, potrebbe collocarsi sulla stessa linea interpretativa che ha ispirato la riforma cd. Fornero.

Come noto, la legge n. 92 del 2012, con l'introduzione di un art. 69-*bis* al d.lgs. n. 276/2003, ha riformulato la disciplina relativa al lavoro autonomo «puro», cercando – per quanto possibile – di sradicare la consolidata prassi della fittizia costituzione di partite Iva e garantire una maggiore certezza del diritto. Alla lettera, la nuova disposizione «trasforma» automaticamente in co.co.co. (salvo prova contraria del committente) tutti i rapporti con partita Iva che presentino almeno due dei requisiti tassativamente indicati, ovvero la durata della collaborazione superiore agli otto mesi nel corso dell'anno solare, la riconducibilità di una percentuale pari almeno all'ottanta per cento del compenso annuo percepito dal prestatore di lavoro a un unico committente o a più committenti facenti però parte integrante di un unico centro di interessi e, ancora, il dato fattuale dell'esistenza, all'interno della sede, o di una delle sedi, del datore di lavoro/committente, di una postazione ove il lavoratore presti la propria opera con carattere di fissità.

Siffatta previsione risulta, però, inoperante e, quindi, la prestazione di lavoro autonomo resta tale, qualora il collaboratore sia in possesso di particolari competenze teoriche o tecnico-pratiche o goda di un reddito annuo lordo identificato in maniera certa (per il 2012, pari ad almeno euro 18.000), oppure, ancora, si sia in presenza di esercizio di attività professionali per le quali l'ordinamento richiede l'iscrizione in un ordine professionale o registro.

Alla luce della predetta innovazione legislativa, quindi, nei casi contemplati dal nuovo art. 69-*bis*, la prestazione lavorativa viene presuntivamente considerata una dissimulazione di collaborazione coordinata e continuativa; e la conversione in co.co.co. determina automaticamente (per mancanza del progetto) una seconda e contestuale conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con sanzioni fiscali e previdenziali a carico del committente/datore di lavoro.

Più in generale, siffatta previsione pare avere di fatto mutato il rapporto autonomia-subordinazione, nel senso dell'allargamento, sotto il profilo qualificatorio (e non certamente dal punto di vista sanzionatorio), dell'area coperta dalla subordinazione, in funzione di conquista della conseguente tutela. La presunzione relativa introdotta dalla legge di riforma, sembra, cioè, legittimare la riconducibilità della specifica prestazione dedotta in giudizio al tipo «generale» lavoro subordinato, laddove risultino mancanti gli elementi rivelatori dell'autonomia del rapporto, prescindendo dalla verifica delle modalità di effettivo svolgimento. Dubbia la legittimità costituzionale di tale norma, che potrebbe tradursi in una negazione dell'indisponibilità del tipo, più volte ribadita dalla Corte Costituzionale non solo nei confronti delle parti del contratto individuale, ma anche nei confronti del legislatore.

Nonostante l'apparente uniformità di intenti, non si può, però, tacere il fatto che nella sentenza in commento il giudice di Napoli, da un lato, non fa riferimento alcuno alla legge di riforma e, dall'altro, deduce la natura subordinata della prestazione lavorativa non dall'assenza dei criteri identificativi dell'autonomia del rapporto, bensì dalla sussistenza del vincolo dell'orario di lavoro, quale indice tradizionalmente sintomatico della subordinazione.

2. — *Il ruolo della contrattazione collettiva nella determinazione della giusta retribuzione* — A ogni modo, una volta riconosciuta la natura subordinata della prestazione lavorativa oggetto del contratto, il Tribunale ritiene che la contrattazione collettiva sia applicabile in maniera integrale. Il percorso argomentativo seguito nella sentenza parte dall'analisi della normativa europea e, in particolare, della Direttiva n. 91/533/Cee secondo la quale il lavoratore subordinato deve disporre di un documento contenente informazioni sugli elementi essenziali del contratto e del rapporto di lavoro; la mancata comunicazione al lavoratore di detti elementi, nell'ottica del giudice di merito, impone di attribuire un'efficacia ulteriore e paranormativa al contratto collettivo, stante il fatto che qualunque diversa interpretazione finirebbe per consentire al datore di lavoro di avvantaggiarsi di un proprio inadempimento. Argomentazione, questa, che troverebbe il suo fondamento interno negli artt. 11 e 117 Cost., in base ai quali lo Stato italiano e, per esso, i giudici sono tenuti a rispettare e dare attuazione agli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario, e nell'art. 36 Cost., che sancisce il diritto del lavoratore a una «giusta retribuzione».

Sembra, quindi, che l'applicazione del contratto collettivo possa giustificarsi come sanzione per l'inadempimento presunto del datore di lavoro.

Non adeguatamente esplicitata appare, poi, la correlazione tra la normativa europea sopra richiamata e l'applicabilità diretta del contratto collettivo, quasi che si trattasse di una fonte legale di matrice europea.

Orbene, nell'ordinamento italiano l'aspetto retributivo delle condizioni di lavoro è determinato ai sensi dell'art. 36 Cost., che, nel fissare il diritto del lavoratore a una retribuzione «giusta», nel senso di proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente a soddisfare le necessità personali e familiari del lavoratore, ha mostrato, nel corso della sua esistenza, una «vitalità normativa» decisamente superiore ad altre norme costituzionali e dato supporto a una consolidata interpretazione giurisprudenziale, che è stata considerata «tra i più vistosi esempi di creatività normativa della nostra magistratura» (13).

Sebbene tra i due principi ora enunciati di «sufficienza» e di «proporzionalità» non vi sia omogeneità, in quanto il primo impone di considerare elementi esterni al contratto, cioè l'adeguatezza della retribuzione rispetto alle condizioni soggettive del lavoratore e della sua famiglia, mentre l'altro postula l'equivalenza oggettiva dello scambio fra lavoro e retribuzione, la giurisprudenza ha estrapolato dall'art. 36 Cost. un principio unitario di «retribuzione minima», che è divenuto con il tempo di generale applicazione (14).

In particolare, dal riconoscimento della natura precettiva della norma deriva il principio per cui, qualora il contratto individuale non rispetti i canoni in essa contenuti, la relativa pattuizione sarebbe considerata nulla per violazione di norma imperativa. Si tratterebbe, però, di una sanzione che, pur colpendo una clausola essenziale co-

(13) Cfr. T. Treu, *Commento all'art. 36*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, pp. 72 ss.; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, II, Milano, 2003, pp. 115 ss.

(14) F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 253; R. Vianello, *La retribuzione*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, cit., pp. 853 ss.

me è sicuramente quella sulla retribuzione (e, allo stesso modo, quella sul termine illegittimamente apposto), non inficerebbe la validità dell'intero contratto, in virtù del più generale principio di conservazione del negozio. Il ragionamento seguito dalla giurisprudenza può giustificarsi facendo riferimento alle norme contenute negli artt. 1419, comma 2, e 1339 cod. civ., secondo i quali, in caso di clausole contrattuali difformi, il rimedio predisposto dall'ordinamento non è quello della nullità totale del contratto, che lascerebbe la parte debole senza risultato utile, ma quello più efficace dell'inserzione automatica della clausola o del prezzo imposto dalla legge. In questo caso, la retribuzione concordata tra le parti è sostituita dalla retribuzione minima legale risultante dall'art. 36 Cost., che ha quindi «carattere di norma impositiva, sia pur generica, del corrispettivo minimo del lavoro» (15); e il compito di specificare i canoni generici contenuti nell'art. 36 Cost., supplendo alle carenze contrattuali e legislative, spetta al giudice, al quale già un'espressa disposizione di legge, l'art. 2099 cod. civ., attribuisce un potere analogo.

Se, infatti, egli può determinare la retribuzione in mancanza di norme di contratti collettivi o di accordi individuali tra le parti, nel rispetto dei criteri della proporzionalità e della sufficienza, allo stesso modo potrà farlo qualora la relativa pattuizione, pur presente, sia nulla e il contenuto del contratto vada determinato ai sensi della disposizione costituzionale (16); anche in questo caso il criterio di riferimento è la retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva di diritto comune relativa al settore economico in cui opera il datore di lavoro o, in mancanza, a settori affini (17).

L'innovazione dell'intervento giudiziale in esame consiste quindi «nell'aver attribuito alla magistratura la responsabilità attuativa del precetto, di fronte alla carenza degli altri strumenti storici utilizzabili per realizzare tale obiettivo: la contrattazione collettiva *erga omnes*, per l'inattuazione dell'art. 39 Cost., e la legislazione, perché tuttora estranea alle ipotesi di intervento considerate nel nostro paese». Infatti, in assenza di un intervento legislativo o contrattuale, la valorizzazione giurisprudenziale della sua immediata operatività apparve inizialmente come l'unico modo per garantire ai lavoratori una protezione salariale minima e, al contempo, come una soluzione che non pregiudicava una successiva e pur sempre auspicata sistemazione organica della materia tramite la contrattazione collettiva *erga omnes* (18).

Analogamente, rileva la scelta giudiziale di attribuire alle indicazioni contenute nei contratti collettivi «solo un valore di riferimento empirico, a mo' di nozione di esperienza» (dotata di particolare affidabilità, in virtù della presunzione di equità e sufficienza che connota le tariffe salariali) (19), non esclusivo e soggetto a una valutazione au-

(15) F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro, il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 243.

(16) Per maggiori approfondimenti, cfr. G. Ricci, *La retribuzione nella Costituzione e il salario minimo*, in *Lav. dir.*, 4, 2011, pp. 642 ss.

(17) M. Marinelli, *Il diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente: problemi e prospettive*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 1, pp. 92 ss.

(18) Cfr. T. Treu, *Commento all'art. 36*, cit., pp. 77 e 78.

(19) Per maggiori approfondimenti vedi G. Giugni, *Prefazione a M.L. De Cristofaro, La giusta retribuzione: l'articolo 36, comma 1, della Costituzione nella giurisprudenza delle corti di merito*, 1971, Il Mulino, p. 10; Cfr., fra le più recenti, Cass. 15 ottobre 2010, n. 21274, in *Orient. giur. lav.*, 2011, p. 574; Cass. 29 marzo 2010, n. 7528, in *Giur. it.*, 2010, p. 2373, con

tonoma e discrezionale del giudice, che tenga conto delle specificità dei singoli casi. In genere, la giusta retribuzione viene determinata in misura inferiore, di poco o di tanto, rispetto a quella indicata nei contratti collettivi, giustificando tale pratica con l'allegazione di motivazioni varie e, in alcuni casi, persino contraddittorie o di stile (20). In particolare, talvolta la giurisprudenza ha utilizzato come parametri il minore rendimento del lavoratore a causa dell'età o di altre ragioni (criterio oggi certamente discriminatorio se applicato ai lavoratori più anziani, e non conforme all'art. 37 Cost. se fatto valere nei confronti dei lavoratori minorenni), o fattori eterogenei rispetto alle indicazioni costituzionali e alle esperienze di altri paesi, come la stabilità del lavoro, le piccole dimensioni dell'azienda o del paese nel quale si lavora (adducendo come motivazione, per esempio, il minore costo della vita nella zona di riferimento) (21); al contrario, non si registrano decisioni che incrementino il livello retributivo a causa del maggiore costo della vita (22); infine, la giurisprudenza ha fatto riferimento alla mancanza di carichi familiari del lavoratore (mentre la presenza di questi in genere non viene tenuta in considerazione per l'adeguamento verso l'alto della retribuzione, sebbene l'art. 36 indichi la necessità di un trattamento adeguato anche alle esigenze della famiglia del dipendente) (23). Inoltre, lo svolgimento di un'attività secondaria retribuita, o le condizioni di benessere familiare del lavoratore non escludono il diritto dello stesso a percepire una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto (24).

nota di Cataudella; Cass. 28 ottobre 2008, n. 25889, in *Not. giurisp. lav.*, 2009, II, 201; Cass. 7 luglio 2008, n. 18584, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2433; Cass. 20 giugno 2008, n. 16866, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2811; Cass. 20 settembre 2007, n. 19467, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1199; Cass. 16 maggio 2006, n. 11437, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 3, p. 839 (s.m.), con nota di A. Beretta; Cass. 5 luglio 2002, n. 5759, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1046; si veda, altresì, A. Garilli, *Contrattazione collettiva e retribuzione*, in C. De Marco (a cura di), *Contrattazione collettiva e retribuzione: Italia e Spagna a confronto*, G. Giappichelli editore, Torino, 2012, p. 13.

(20) Cass. 28 agosto 2004, n. 17250, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1378, nella quale si precisa che nel determinare la retribuzione proporzionata e sufficiente, ai sensi dell'art. 36 Cost., il giudice di merito, assunti i minimi salariali indicati dal contratto collettivo nazionale quali parametri di riferimento, può legittimamente, secondo una valutazione non censurabile in Cassazione se non sotto il profilo della logicità e congruità della motivazione, discostarsi da essi in senso riduttivo, tenuto conto di una pluralità di elementi, quali la quantità e qualità del lavoro prestato, le condizioni personali e familiari del lavoratore, le tariffe sindacali praticate nella zona, il carattere artigianale e le dimensioni dell'azienda. Analogamente, Cass. 15 novembre 2001, n. 14211, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 299, con nota di F. Stolfà; Cass. 8 agosto 2000, n. 10465, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 658.

(21) Cfr. Cass. 26 marzo 1998, n. 3218, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 683, con nota di V. Poso, *L'insostenibile leggerezza della retribuzione nelle aree depresse del paese alla ribalta di una nuova questione meridionale*. In relazione ai recenti tentativi di legittimare differenziazioni del salario minimo su base territoriale, cfr. A. Garilli, *Contrattazione collettiva e retribuzione*, in C. De Marco (a cura di), *Contrattazione collettiva e retribuzione: Italia e Spagna a confronto*, cit., pp. 13 ss.

(22) Cfr. M.L. De Cristofaro, *La giusta retribuzione*, cit., p. 190.

(23) Cfr. Corte d'App. Bari 28 gennaio 1964; Trib. Foggia 2 febbraio 1952; Pret. Barletta 28 ottobre 1961; Trib. Potenza del 1959, n. 392, citate da M.L. De Cristofaro, *La giusta retribuzione*, cit., pp. 74, 75, 79, 100.

(24) Cfr. M. Marinelli, *Il diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente: problemi e prospettive*, cit., p. 98.

L'interpretazione giurisprudenziale italiana dell'articolo in esame risulta quindi anomala, anche rispetto alle esperienze di altri ordinamenti, in quanto, da un lato, cerca di supplire alla carenza di intervento legislativo e contrattuale, ma, dall'altro, evita di adeguare automaticamente la retribuzione corrisposta a quella prevista nei contratti collettivi (perché tale conclusione è ritenuta ancora preclusa dall'art. 39 Cost. rimasto inattuato), riservandosi così un margine di discrezionalità sulla valutazione della conformità delle tabelle contrattuali rispetto al parametro costituzionale della «giusta» retribuzione (25).

Si ritiene, però, che qualora il giudice intenda sostituire alla retribuzione fissata da un contratto collettivo una di maggiore importo, debba indicare specificatamente «le ragioni per le quali ritiene non conforme al precetto costituzionale la retribuzione stabilita in sede collettiva» (26).

Ma vi è di più. L'interesse alla garanzia generale di livelli di retribuzione equi e sufficienti, riconosciuto prioritario dalla Costituzione, deve prevalere sulle modalità e sugli strumenti della sua realizzazione, a tal punto che «l'impraticabilità degli strumenti originari, cioè contrattazione collettiva *erga omnes* e legislazione sui minimi, induce a ricercarne altri e a scegliere i più adatti: il riferimento del giudice ai parametri contrattuali esistenti, esplicito e totale, non incontrollato e parziale come nell'interpretazione prevalente dell'articolo in esame» (27).

Il risultato resterebbe comunque formalmente e sostanzialmente diverso da quello realizzabile con l'attuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost., in quanto il contratto collettivo non agisce come fonte diretta della disciplina, ma come mezzo di applicazione di una fonte diversa, cioè l'art. 36 stesso, altrimenti inutilizzabile.

Chiaramente, in tema di adeguamento della retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost., il giudice del merito, anche se il datore di lavoro non aderisca a una delle organizzazioni sindacali firmatarie, ben può [e, secondo parte della giurisprudenza (28), deve] assumere a parametro il contratto collettivo di settore, che rappresenta il più adeguato strumento per determinare il contenuto del diritto alla retribuzione (29).

(25) Si veda, in tal senso, T. Treu, *Commento all'art. 36*, cit., pp. 82 ss.

(26) Cfr. Cass. 25 marzo 1960, n. 636, in *Mass. giur. lav.*, 1960, p. 147, con nota di F. Santoro Passarelli, *Nuove prospettive della giurisprudenza sulla giusta retribuzione sufficiente*; Cass. 28 ottobre 2008, n. 25889, cit. Nello stesso senso, Cass. 1° febbraio 2006, n. 2245, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 2, 557, con riferimento al compenso per lavoro straordinario diurno e notturno previsto dal Ccnl dei lavoratori delle aziende municipalizzate di igiene urbana, nella quale si afferma che, se la retribuzione prevista dal contratto di lavoro, individuale o collettivo, risulti inferiore alla soglia minima, la clausola contrattuale è nulla, e, in applicazione del principio di conservazione del negozio, espresso nell'art. 1419, comma 2, cod. civ., il giudice adegua la retribuzione secondo i criteri dell'art. 36, con valutazione discrezionale. Ove, però, la retribuzione sia prevista da un contratto collettivo, il giudice è tenuto a usare tale discrezionalità con la massima prudenza, e comunque con adeguata motivazione, giacché difficilmente è in grado di apprezzare le esigenze economiche e politiche sottese all'assetto degli interessi concordato dalle parti sociali.

(27) Cfr. T. Treu, *Commento all'art. 36*, cit., pp. 87 ss.

(28) Cass. 15 ottobre 2010, n. 21274, in *Mass. giust. civ.*, 2010, 10, p. 1328.

(29) Cass. 7 luglio 2008, n. 18584, cit.; analogamente, Cass. 31 gennaio 2012, n. 1415, in *Guida dir.*, 2012, 12, p. 70 (s.m.), e in *Mass. giust. civ.*, 2012, 1, p. 102.

Tuttavia, pur nella diversità di vedute, i giudici della Suprema Corte sono costanti nell'affermare che in siffatta operazione non si può fare riferimento a tutti gli elementi e gli istituti retributivi che concorrono a formare il complessivo trattamento economico, ma occorre prendere in considerazione solo quelli che costituiscono il cosiddetto minimo costituzionale, con esclusione degli istituti retributivi legati all'autonomia contrattuale, come la quattordicesima mensilità, i compensi aggiuntivi, le indennità accessorie, le maggiorazioni per lavoro straordinario superiori a quella legale, la durata delle ferie (30). Eventuali compensi ulteriori e mensilità aggiuntive oltre la tredicesima possono essere considerate nel caso concreto da parte del giudice di merito solo se sorrette da una specifica e adeguata motivazione (31).

Ragioni del tutto analoghe inducono a ritenere che la giusta retribuzione debba essere adeguata anche in proporzione all'anzianità di servizio acquisita, atteso che la prestazione di lavoro, di norma, migliora qualitativamente per effetto dell'esperienza; ne consegue che il giudice può ben attribuire gli scatti di anzianità non per applicazione automatica, ma subordinatamente all'esito positivo dell'indagine volta a garantire l'adeguatezza della retribuzione *ex art. 36 Cost.* in considerazione del miglioramento qualitativo nel tempo della prestazione (32). È evidente che tale assunto rinvia a uno schema logico-interpretativo entro il quale l'adeguatezza si misura sulla base del canone di proporzionalità. Schema che, del resto, non pare contraddetto dal consolidato orientamento che nega l'esistenza di un principio di parità di trattamento retributivo: secondo la giurisprudenza, l'art. 36, comma 1, *Cost.* agisce, infatti, con riferimento al singolo rapporto individuale, non implicando comparazioni intersoggettive, né introducendo un principio di uguaglianza nei rapporti interprivati (33).

Per dovere di completezza, si sottolinea, inoltre, che la determinazione della giusta retribuzione operata dal giudice del merito, a norma dell'art. 36 *Cost.*, in relazione all'art. 2099 *cod. civ.* e, dunque, con riferimento ai contratti collettivi in via parametrica, può formare oggetto del giudizio di Cassazione solo per quanto riguarda la violazione dei criteri di sufficienza e proporzionalità dettati dalla norma costituzionale per il processo perequativo, mentre resta incensurabile l'apprezzamento dell'adeguatezza della retribuzione in concreto (34).

(30) Cfr., in tal senso, M. Magnani, *Il salario minimo legale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pp. 775 ss.; in merito, si veda anche P. Ichino, *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 Cost.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pp. 739 ss.; cfr., altresì, C. Galizia, *La giusta retribuzione tra punti fermi e questioni aperte*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, 3, pp. 606 ss.

(31) Cass. 9 giugno 2008, n. 15148, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Lavoro (rapporto)*, p. 1294; nella specie, relativa a un rapporto di lavoro presso l'Ambasciata del Brasile, la S.C., nell'annullare la sentenza impugnata, ha rilevato che il giudice di merito aveva ommesso di indicare gli elementi che, nella specifica vicenda, portavano a ritenere indispensabile la considerazione della quattordicesima; Cass. 7 luglio 2004, n. 12520, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *cit.*, p. 1379.

(32) Cfr., da ultimo, Cass. 19 agosto 2011, n. 17399, inedita; Cass. 7 luglio 2008, n. 18584, *cit.* Si veda anche C. Galizia, *La giusta retribuzione tra punti fermi e questioni aperte*, *cit.*, pp. 608 e 609, in ordine all'ampio dibattito sviluppatosi relativamente alla possibilità di computare gli scatti di anzianità.

(33) Cfr., in tal senso, G. Ricci, *La retribuzione nella Costituzione e il salario minimo*, *cit.*, p. 647.

(34) Cass. 20 settembre 2007, n. 19467, in *Mass. giust. civ.*, 2007, 9.

In ciò la sentenza in commento sembra essere innovativa e in consapevole dissenso con l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, attribuendo al lavoratore il diritto a una serie di titoli contrattuali estranei a quelli che nella prassi si ritiene costituiscano espressione, per loro natura, della «giusta retribuzione», senza che tale decisione sia supportata da adeguata motivazione.

Anomala e certamente legata a un'interpretazione rigorosamente formale delle norme di riferimento appare, poi, l'argomentazione finalizzata a giustificare il riconoscimento del diritto del lavoratore a percepire l'indennità sostitutiva delle ferie non godute; il giudice di merito, infatti, a partire dalla lettera dell'art. 2109, comma 2, cod. civ., che fissa il diritto del lavoratore a un periodo annuale di ferie retribuito, possibilmente continuativo, e il correlativo obbligo dell'imprenditore di comunicare preventivamente al prestatore il periodo stabilito per il godimento delle stesse, deduce che spetta al lavoratore provare la mancata fruizione delle ferie, ma tale prova può essere fornita solo ove il datore di lavoro abbia assolto all'onere indicato; dalla mancata fissazione del periodo di ferie spettante al dipendente per legge o per contratto individuale o collettivo nel corso dell'anno deriverebbe, cioè, una sorta di inversione dell'onere della prova a tutto vantaggio della parte ricorrente.

3. — *Contrattazione collettiva e minimale retributivo nei rapporti di lavoro diversi da quello di tipo subordinato* — Nonostante i suindicati profili di originalità e, probabilmente, di eccessivo formalismo, la sentenza sembra porsi in (non dichiarata) sintonia, con l'orientamento legislativo emerso, sia pure in relazione a rapporti di lavoro diversi da quello di tipo subordinato, in occasione della riforma Fornero. Infatti, l'art. 63 del d.lgs. n. 276/2003, dedicato al corrispettivo dei collaboratori a progetto, è stato modificato dalla legge n. 92/2012, che ha mantenuto il principio di proporzionalità del compenso alla quantità e qualità del lavoro prestato, già previsto nella legge precedente, modificando, però, i parametri da utilizzare per il relativo giudizio; se, infatti, l'originaria formulazione della norma faceva, a tal fine, riferimento ai compensi «normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto», e la modifica introdotta dall'art. 1, comma 772, legge finanziaria del 2007 (n. 296 del 2006) imponeva di tener conto dei corrispettivi normalmente corrisposti per prestazioni di analoga professionalità, anche sulla base dei contratti collettivi nazionali di riferimento, la legge Fornero contiene un esplicito rinvio al contratto collettivo dei lavoratori subordinati, qualora manchi una specifica contrattazione di settore.

Più precisamente, la nuova legge delega innanzitutto la contrattazione interconfederale, nazionale o, su loro delega, la contrattazione decentrata a definire i minimi di compenso dei collaboratori a progetto per ciascun settore di attività, dando impulso all'attività dei contraenti collettivi che per il lavoro autonomo e coordinato e continuativo dal 2003 a oggi non hanno sottoscritto un gran numero di accordi.

A seguito della predetta modifica, pertanto, le parti sono tenute a indicare nel contratto individuale compensi non inferiori ai minimi stabiliti dalla contrattazione specifica relativa al settore di attività o, in mancanza di questa, dalla contrattazione collettiva dei subordinati con riferimento a figure professionali analoghe.

In altri termini, la legge sancisce il principio secondo cui i contratti collettivi nazionali di categoria assurgono al rango di fonte normativa delle retribuzioni minime.

L'innovazione legislativa appare evidente, dal momento che finora le retribuzioni dei Ccnl, per giurisprudenza costante, hanno costituito meri parametri di riferimento per il giudice chiamato a stabilire la retribuzione dovuta (solo ai lavoratori subordinati o a chi chiedeva in giudizio di accertare la natura subordinata del proprio rapporto lavorativo), non direttamente perché previsto dalla legge ma solo per verificare la rispondenza del corrispettivo pattuito ai criteri di sufficienza e proporzionalità di cui all'art. 36 Cost.

Allo stesso modo, ai sensi dell'art. 1, comma 1, del d.l. 9 ottobre 1989, n. 338, conv. nella legge 7 dicembre 1989, n. 389, la retribuzione imponibile a fini previdenziali non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione d'importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo. Pertanto, anche i datori di lavoro non aderenti neppure di fatto alle previsioni contenute nel contratto collettivo sono obbligati al rispetto dei trattamenti retributivi in esso stabiliti.

Di ispirazione per certi versi analoga, pur con le dovute distinzioni, è la legge n. 233 del 31 dicembre 2012, recante norme in materia di «Equo compenso nel settore giornalistico», che risponde all'esigenza di assicurare elementi di equità in ordine ai compensi erogati ai giornalisti iscritti al relativo albo non titolari di un rapporto di lavoro subordinato (cd. *free lance*). In particolare, il comma 2 dell'articolo 1 definisce equo compenso «una remunerazione proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, tenendo conto della natura, del contenuto e delle caratteristiche della prestazione nonché della coerenza con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria in favore dei giornalisti titolari di un rapporto di lavoro subordinato».

D'altra parte, anche nell'ambito del pubblico impiego, sia pure per esigenze diverse, il trattamento economico fondamentale e accessorio è di regola definito dai contratti collettivi (art. 45, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001).

La prospettiva sembra, quindi, essere quella di estendere sempre più l'applicazione della contrattazione collettiva in materia retributiva, senza che ciò comporti una violazione dell'art. 39 Cost.

Nicoletta Frasca
*Dottoranda di ricerca in Diritto privato
presso l'Università di Palermo*

SICUREZZA SOCIALE

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 6 novembre 2012, causa C-286/12, Sez. Prima
– Commissione europea c. Ungheria – Avv. Gen. J Kokott.

Parità di trattamento – Età pensionabile – Art. 258 TfUE – Direttiva n. 2000/78/Ce – Regime nazionale che impone la cessazione dell'attività professionale dei giudici, dei procuratori e dei notai che abbiano compiuto 62 anni di età – Disparità di trattamento.

L'Ungheria, avendo adottato un regime nazionale che impone la cessazione dell'attività professionale di giudici, procuratori e notai che abbiano compiuto 62 anni di età, il quale comporta una disparità di trattamento in ragione dell'età non proporzionata rispetto alle finalità perseguite, è venuta meno agli obblighi a essa incombenti in forza degli articoli 2 e 6, paragrafo 1, della Direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. (1)

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

(1) ABBASSAMENTO DELL'ETÀ PENSIONABILE

E MOTIVI DI GIUSTIFICAZIONE DELLE DISPARITÀ DI TRATTAMENTO

SOMMARIO: Introduzione. — 1. Il contesto normativo. — 2. L'intervento della Corte Costituzionale ungherese. — 3. La sentenza della Corte di Giustizia. — 4. Discriminazioni basate sull'età, motivi di giustificazione e proporzionalità delle misure nazionali.

— *Introduzione* — Con la sentenza che si commenta, emessa in seguito a un ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione europea nei confronti dello Stato ungherese, la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulla compati-

bilità con la Direttiva n. 2000/78/Ce (1) di una serie di interventi normativi condotti in tale paese e destinati a modificare in maniera sostanziale le modalità di cessazione del rapporto come conseguenza del raggiungimento di una certa età per determinate categorie professionali.

Il caso in questione riveste particolare interesse, in quanto consente alla Corte di sviluppare un'ulteriore analisi sul tema delle ragioni giustificative per le differenze di trattamento collegate all'età, che rappresentano una specifica possibilità prevista dalle norme della Direttiva n. 2000/78 e che sono state considerate in una serie di recenti sentenze tese a determinare proprio in che termini la modifica delle previsioni relative al pensionamento obbligatorio (2) possa rappresentare una violazione della tutela antidiscriminatoria definita a livello comunitario.

La pronuncia in esame presenta una particolare rilevanza nell'ambito delle giustificazioni oggettive delle disparità di trattamento basate sull'età, confermando che agli Stati membri è riconosciuto un ampio margine di discrezionalità per quel che riguarda il perseguimento di obiettivi di politica sociale, ma presentando anche una rigorosa applicazione del test di proporzionalità da parte della Corte Giust. Ue nella valutazione dell'appropriatezza e della necessità delle misure nazionali concretamente adottate, che hanno rappresentato l'oggetto di un esame particolarmente approfondito e contestualizzato rispetto alle vicende dell'ordinamento considerato.

1. — *Il contesto normativo* — A livello del diritto Ue la fonte principale da tenere in considerazione è rappresentata, come si è avuto modo di evidenziare, dalla Direttiva n. 2000/78, e in particolare dalle cause di giustificazione delle differenze di trattamento basate sull'età, che costituiscono l'oggetto di una specifica previsione che ne evidenzia le interazioni con possibili profili occupazionali e di regolamentazione del mercato del lavoro in genere (3). Va brevemente sottolineato come la prospettiva che il principio generale di non discriminazione debba rappresentare il punto di partenza per l'analisi di casi che coinvolgono la tutela antidiscriminatoria (4) – in parti-

(1) Direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

(2) Si parla anche di «pensionamento d'ufficio», «*default retirement age*» (Dra), «collocamento a riposo»; vedi *infra*, con particolare riferimento alla pronunce della Corte Giust. Ue in *Palacios* (16 ottobre 2007, C-411/05, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, in *Racc.*, p. I-8531), *Prigge* (13 settembre 2011, C-447/09, *Reinhard Prigge e altri c. Deutsche Lufthansa AG*), *Fuchs e Köhler* (21 luglio 2011, cause riunite C-159/10 e C-160/10, *Gerhard Fuchs e Peter Köhler c. Land Hessen*), *Hörnfeldt* (5 luglio 2012, C-141/11, *Torsten Hörnfeldt c. Posten Meddelande AB*).

(3) Ai sensi dell'art. 6, par. 1: «le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscono discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari». Vedi anche *Considerando n. 25*.

(4) In *Küçükdeveci* (19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, in *Racc.*, 2010, p. I-00365), in particolare punto 21, nonché nelle Conclusioni dell'Avv. Gen., par. 34. Vd. anche O. Bonardi, *Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 83/2010.

colare sulla base del suo fondamento giuridico nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – non abbia trovato in ultima analisi cittadinanza nella sentenza in oggetto; l'esame della Corte si è svolto esclusivamente sulla base degli articoli della Direttiva sulla parità di trattamento, riproponendo il prudente approccio già adottato in gran parte delle pronunce sul tema della cessazione automatica dei rapporti di lavoro come conseguenza del raggiungimento dell'età pensionabile (5).

L'ordinamento ungherese è stato caratterizzato da una profonda revisione delle norme relative al pensionamento obbligatorio di giudici, procuratori e notai; nello specifico, alla base della contestazione da parte della Commissione, vi è la considerazione che, sino al 31 dicembre 2011, tali categorie professionali potevano rimanere in servizio fino all'età di 70 anni. Una serie di controversi interventi legislativi ha tuttavia modificato rapidamente e in maniera assai consistente questa situazione.

In primo luogo, la riforma della Costituzione ungherese (6) ha introdotto per giudici e procuratori un termine unico perentorio per la cessazione del servizio corrispondente all'«età pensionabile generale» (7), fissata a seguito della riforma pensionistica del 2010 (8) a 62 anni per tutte le categorie professionali e destinata ad aumentare in maniera graduale fino a 65 anni a partire dal 2014 per un periodo di otto anni.

Le disposizioni transitorie della nuova Costituzione (9) nonché l'articolo 230 della legge n. CLXII/2011 stabilivano quindi che, a partire dal 1° gennaio 2012, i giudici che avessero già raggiunto l'età di 62 anni avrebbero dovuto cessare il servizio il 30 giugno, mentre per coloro che avessero compiuto tale età nel corso del 2012 la data di cessazione del servizio era stata prevista per il 31 dicembre 2012. Due analoghe previsioni interessavano i procuratori e gli agenti del Pubblico Ministero (10) nonché la categoria notarile, i cui componenti però sarebbero stati tenuti a cessare l'esercizio della propria attività nel giorno del raggiungimento dell'età pensionabile generale a partire dal 1° gennaio 2014.

(5) Nelle quali, appunto, la Corte Giust. Ue non ha fatto riferimento al principio generale di non discriminazione in base all'età, applicando direttamente la Direttiva n. 2000/78 e ribadendone l'efficacia diretta verticale. Vd. M.V. Ballestrero, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, in *Lav. dir.*, 2011, p. 160.

(6) La riforma costituzionale in questione rappresenta un processo in corso, quando si consideri che l'emendamento n. 4 alla Legge fondamentale è stato approvato nel marzo 2013.

(7) Artt. 26, par. 2, e 29, par. 2, della Legge fondamentale, nonché art. 90, lett. *ha*, della legge n. CLXII/2011 (relativa ai giudici), e art. 34, lett. *d*, della legge n. CLXIV/2011 (relativa a procuratori e altri agenti del Pubblico Ministero). Per quel che riguarda i notai, l'uniformazione normativa in oggetto ha trovato attuazione tramite l'art. 45, par. 4, legge n. CCI/2011. Vedi anche *Commissione c. Ungheria*, punti 6, 8 e 10-12.

(8) Legge n. LXXXI/1997 e successive modifiche, anche identificata dalla Corte di Giustizia come «legge Tny». Vedi *Commissione c. Ungheria*, punto 13.

(9) Le disposizioni transitorie della Costituzione, approvate il 30 dicembre 2011 ed entrate in vigore il 1° gennaio 2012, hanno sollevato perplessità relativamente al loro difficile inquadramento sistematico e con riguardo al loro problematico rapporto con il principio di legalità. Vedi Parlamento europeo, *Working document 4 on the situation of fundamental rights: standards and practices in Hungary (pursuant to the E.P. resolution of 16 february 2012) – The principles of democracy and the rule of law*, 25 febbraio 2013, pp. 4-5.

(10) Art. 160, legge n. CLXIV/2011.

Nel gennaio 2012 la Commissione europea, che già aveva reso nota la propria intenzione di utilizzare pienamente le proprie competenze per monitorare la compatibilità della normativa in questione con il diritto Ue (11), ha deciso di inviare all'Ungheria tre lettere di messa in mora riferite ad altrettanti aspetti problematici del processo di riforma costituzionale, ovvero l'indipendenza della Banca centrale ungherese e dell'autorità nazionale di protezione dei dati personali, da un lato, e l'abbassamento dell'età per il pensionamento dei giudici (12), dall'altro. La Commissione ha ravvisato un contrasto del complesso di tali disposizioni con la Direttiva n. 2000/78, sottolineando in particolare la mancanza di giustificazione della differenza di trattamento per giudici, pubblici ministeri e notai rispetto ai lavoratori del settore pubblico – non coinvolti nell'abbassamento dell'età pensionabile – e l'incoerenza delle misure in questione con il processo di progressivo innalzamento dell'età pensionabile in atto in Europa e nello specifico ambito nazionale ungherese (13).

Non considerando soddisfacenti le risposte dello Stato membro alla lettera di messa in mora e al successivo parere motivato (14), la Commissione ha proposto nel giugno 2012 un ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 258 TfUE: la normativa contestata introdurrebbe infatti una discriminazione non giustificata, e le disposizioni nazionali non sarebbero appropriate né necessarie per raggiungere le finalità invocate dall'Ungheria (15), anche nel caso in cui queste ultime fossero legittime. In linea con l'urgenza che ha caratterizzato il proprio intervento nella vicenda (16), la Commissione ha altresì depositato domanda perché fosse applicato il procedimento accelerato, ponendo l'accento sulla circostanza che il pensionamento obbligatorio coinvolgeva una parte consistente delle professioni oggetto della normativa con un preavviso estremamente breve e che i tempi di una procedura ordinaria non avrebbero consentito di reintegrare in servizio, nelle funzioni e posizioni precedentemente occupate, il grande numero di giudici coinvolti (17).

(11) Si veda il memorandum Memo/12/9 dell'11 gennaio 2012, in http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-9_en.htm

(12) Comunicato stampa Ip/12/24 del 17 gennaio 2012, disponibile in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-24_it.htm

(13) Come accennato, i funzionari del settore vedevano passare l'età di messa a riposo da 70 a 62 anni, mentre l'età pensionabile generale sarebbe stata innalzata da 62 a 65 anni.

(14) Comunicato stampa del 7 marzo 2012, Ip/12/222, in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-222_en.htm.

(15) La Commissione sottolinea in particolare la brevità del periodo transitorio previsto dalla riforma di fronte alla drastica riduzione dell'età pensionabile per giudici procuratori e notai, cui fa da contraltare il graduale aumento dell'età pensionabile generale.

(16) La Commissione aveva anche ridotto a un mese (al posto del normale periodo di due mesi) il termine stabilito per la risposta alle lettere di messa in mora e al parere motivato, sulla base della considerazione che le varie disposizioni normative in questione erano già entrate in vigore.

(17) Il procedimento accelerato è regolato dall'art. 23-bis dello Statuto della Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte Giust. Ue ha accettato di trattare il caso con questa modalità in data 13 luglio 2012; circostanza che ha consentito alla Corte di emettere una sentenza a meno di 5 mesi dalla proposizione del ricorso. È da sottolineare come la Corte Giust. Ue abbia tenuto in considerazione che, alla data di emissione dell'ordinanza, la normativa ungherese avesse già prodotto i suoi effetti per quel che riguarda i giudici e procuratori che avessero raggiunto l'età pensionabile nel 2011. Vedi *Commissione c. Ungheria*, punto 20.

2. — *L'intervento della Corte Costituzionale ungherese* — Nel corso della causa in oggetto, l'Ungheria ha sottolineato come la propria Corte Costituzionale avesse annullato le disposizioni nazionali controverse, e che quindi non vi fosse più luogo a provvedere circa la corrispondente parte del ricorso; il riferimento è alla decisione della Corte Costituzionale di Ungheria n. 33/2012 (VII. 17.), AB, che ha stabilito l'incostituzionalità – per questioni sia di forma che di contenuto sostanziale (18) – delle norme di legge che imponevano l'abbassamento dell'età pensionabile per i magistrati (19), abrogandole con effetto retroattivo dal 1° gennaio 2012 (20). Tuttavia, nonostante la posizione espressa dall'Ungheria, la Corte di Giustizia ha avuto modo di evidenziare la tardività e l'insufficienza dell'intervento giurisprudenziale in questione.

Da un lato, si riafferma come l'esistenza di un inadempimento vada valutata in base alla situazione nazionale alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato, senza potersi tenere in conto eventuali mutamenti successivi, come è stato, per quel che riguarda il caso ungherese, l'intervento correttivo della Corte Costituzionale (21).

Dall'altro, la Corte di Giustizia ha constatato che il giudizio di incostituzionalità non ha coinvolto le menzionate disposizioni transitorie costituzionali – contenenti regole analoghe a quelle delle norme annullate – né ha inciso in maniera diretta, per ragioni di competenza, sugli atti adottati dalle autorità nazionali per porre fine ai singoli rapporti di lavoro. Le persone interessate da questi provvedimenti, di conseguenza, non hanno beneficiato di un'automatica reintegrazione nel servizio, ma sono state obbligate a proporre specifici ricorsi, particolarmente complessi e dall'esito incerto (22).

(18) La decisione, tutt'altro che unanime (la Corte si è divisa sulla questione con sette voti contro sette e un astenuto), ha sottolineato il carattere improvviso dell'abbassamento dell'età pensionabile (che viola il principio di inamovibilità del giudice), l'assenza di giustificazione della previsione di diverse soglie di età per diverse categorie di giudici, e inoltre il fatto che l'abbassamento del limite dell'età risulta da una legge ordinaria, laddove sarebbe stato necessario includere la norma in una legge organica in conformità con gli articoli 25, par. 7, e 26, par. 1, della Costituzione. S. Benvenuti, *La riforma del sistema giudiziario ungherese tra recrudescenze autoritarie e governance europea*, Nomos, 2012, 3, p. 14, disponibile in http://www.nomos-leatualitaneldiritto.it/sites/default/files/simone_benvenuti_sistema_giudiziario_ungherese.pdf.

(19) Nello specifico, gli artt. 90, lett. *ha*, e 230 della legge n. CLXII/2011.

(20) Sul tema, vedi *amplius* M. De Simone, *Ungheria: il tardo intervento della Corte Costituzionale sull'età pensionabile dei magistrati*, 2012, disponibile online in http://www.forum-costituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/telescopio/0044_desimone.pdf, e K.J. Scheppele, *How to evade the Constitution: the case of the hungarian Constitutional Court's decision on the judicial retirement age*, Eutopia law, 8 agosto 2012, disponibile in <http://eutopialaw.com/2012/08/08/how-to-evade-the-constitution-the-case-of-the-hungarian-constitutional-courts-decision-on-the-judicial-retirement-age/>.

(21) Nello specifico, il termine stabilito dalla Commissione era il 7 aprile 2012, mentre la sentenza di incostituzionalità è intervenuta solo il 16 luglio 2012. Vedi *Commissione c. Ungheria*, punto 43.

(22) In particolare si può evidenziare come l'Ufficio giudiziario nazionale, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale, avesse suggerito ai giudici rimossi di presentare ricorso al Tribunale del lavoro, provvedendo poi, tuttavia, a proporre appello contro le prime decisioni di reintegrazione in servizio dei magistrati; il Presidente della Repubblica, a sua volta, aveva escluso la possibilità di ritirare gli atti amministrativi contestati (offrendo una rapida soluzione alla questione) pochi giorni dopo la pubblicazione della sentenza in questione. È stato altresì sottolineato come anche sentenze definitive favorevoli ai giudici in questione si sarebbero po-

La conclusione raggiunta è stata quindi nel senso che la sentenza della Corte Costituzionale ungherese abbia rappresentato un intervento non tempestivo rispetto alle indicazioni della Commissione e insufficiente a evitare lo scrutinio della normativa nazionale contestata alla luce delle previsioni della Direttiva n. 2000/78.

3. — *La sentenza della Corte di Giustizia* — L'analisi della Corte Giust. Ue sul merito del ricorso prende le mosse dalla verifica dell'esistenza di una disparità di trattamento direttamente basata sull'età, ricordando che il principio della parità di trattamento prevede l'assenza di qualunque discriminazione, e che sussiste discriminazione diretta quando una persona è trattata meno favorevolmente di un'altra in un'analoga situazione, sulla base dei motivi elencati dal testo comunitario (23). Le disposizioni che prevedono la cessazione *ex lege* del rapporto di lavoro al compimento dei 62 anni di età impongono al lavoratore che raggiunga tale età un trattamento meno favorevole rispetto alle altre persone in attività, realizzando una discriminazione direttamente basata sull'età.

La Corte non ha ritenuto rilevante la circostanza che l'abbassamento dell'età pensionabile potesse «sanare» la discriminazione positiva rappresentata dalla più elevata età pensionabile dei giudici rispetto a quella generale; la disparità di trattamento si è infatti realizzata semplicemente con la fissazione di un limite di età per il pensionamento obbligatorio, indipendentemente dall'età prevista dal nuovo limite e dal suo raffronto con quello precedentemente in vigore (24).

Una volta determinata la differenza di trattamento, la Corte Giust. Ue ha altresì sottolineato la necessità di valutare la possibilità che le disposizioni controverse rientrino nell'ambito delle cause di giustificazione previste dalla Direttiva n. 2000/78 (25); a questo scopo, la Corte, applicando in maniera assai chiara e lineare il principio di proporzionalità, procede alla valutazione della legittimità delle finalità della normativa ungherese e dell'appropriatezza e necessità dei mezzi adottati per conseguirle.

Il Governo ungherese aveva invocato due distinti obiettivi perseguiti dalla normativa in questione: *in primis*, la necessità di uniformare le norme relative al pensionamento della generalità dei lavoratori del servizio pubblico e, in secondo luogo, la faci-

tute non tradurre necessariamente in una reintegrazione nella posizione precedentemente loro assegnata, dovendo tali soggetti passare attraverso un nuovo processo di nomina ed essere quindi assegnati a uffici giudiziari potenzialmente diversi da quello cui essi appartenevano prima della cessazione del servizio. Vedi parere della Commissione di Venezia n. 683/2012, par. 76, e *Constitutional Court axes lowering judges retirement age – but Orbán says rules will stay*, in *The Daily Hungary*, 17 luglio 2012, in <http://www.thedaily.hu/constitutional-court-axes-lowering-judges-retirement-age-but-orban-says-rules-will-stay/#ixzz2OTEbX9YQ>; vedi altresì *infra*, par. 3.

(23) La Corte Giust. Ue fa esplicito riferimento a *Prigge*, punto 44, e a *Fuchs e Köhler*, punto 34.

(24) *Commissione c. Ungheria*, punto 53.

(25) La considerazione che l'art. 6, par. 1, consente agli Stati membri di adottare disposizioni che stabiliscono disparità di trattamento fondate sull'età implica che tale facoltà, in quanto eccezione al principio del divieto di discriminazioni, sia strettamente delimitata dalle condizioni previste dal testo comunitario. Vedi, in particolare, *Age concern England* (5 marzo 2009, C-388/07, *The incorporated trustees of the national Council for ageing (Age concern England) c. Secretary of State for business, enterprise and regulatory reform*, in *Racc.*, 2009, p. I-01569), punto 62.

litazione dell'ingresso di giovani giuristi nelle professioni di giudice, procuratore e notaio al fine di creare una «ripartizione più equilibrata delle fasce d'età» nei settori considerati (26).

Sia l'uniformazione del momento del pensionamento che l'introduzione di una struttura per età più equilibrata che bilanci funzionari giovani e meno giovani e fornisca un servizio della giustizia di alta qualità (27) sono state considerate alquanto agevolmente dalla Corte di Giustizia finalità legittime di politica del lavoro e mercato del lavoro ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Direttiva. Di conseguenza, il passaggio successivo del giudizio della Corte è stato costituito dalla necessità di stabilire se le disposizioni nazionali di cui si tratta abbiano rappresentato dei mezzi appropriati e necessari al raggiungimento dei suddetti obiettivi (28).

Per quel che riguarda la finalità di uniformazione dell'età pensionabile, la Corte riconosce l'appropriatezza delle disposizioni in questione, che riducono significativamente la differenza tra l'età pensionabile generale e quella per i funzionari del servizio pubblico della giustizia.

Tuttavia, l'esistenza della deroga che permetteva a questi ultimi di restare in servizio fino ai 70 anni ha fatto sorgere in capo alle persone interessate dalla normativa la fondata aspettativa del mantenimento in servizio sino a tale età (29), e la riforma in oggetto non presenta le necessarie misure transitorie per permettere ai soggetti interessati di far fronte al consistente abbassamento dell'età pensionabile e limitare le conseguenze negative dello stesso sulla propria situazione lavorativa ed economica (30).

La Corte Giust. Ue ha poi sottolineato l'esistenza di una contraddizione tra la misura riferibile alle professioni legali considerate e l'aumento dell'età pensionabile generale, attuato tramite una riforma che prevedeva inoltre un adeguato periodo transitorio, essendo entrata in vigore quattro anni prima di essere concretamente applicabile (31).

L'innalzamento progressivo dell'età pensionabile generale previsto dalla legge Tny rappresenta un punto centrale anche della valutazione delle misure nazionali per quel che riguarda la finalità dell'instaurazione di una ripartizione più equilibrata delle fasce d'età nei settori considerati. In questo caso la Corte ha rilevato la circostanza che, se, da un lato, l'ingresso dei giovani giuristi risulta favorito nel breve periodo attraverso le riforme contestate, dall'altro, i futuri adeguamenti al regime dell'età pensionabile avranno l'effetto concreto di peggiorare le probabilità di accesso al settore per i giovani funzionari (32).

(26) L'Ungheria aveva fatto valere tali argomenti sia nel procedimento precontenzioso che nelle sue memorie e in udienza (*Commissione c. Ungheria*, punti 28 e 59). Cfr. *infra*, par. 4.

(27) Cfr. *Fuchs e Köhler*, punto 50, al quale si fa riferimento ai medesimi obiettivi, ma anche *Georgiev* (18 novembre 2010, cause riunite C-250/09 e C-268/09, *Georgiev c. Technicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv*), in cui la Corte ha sottolineato come la normativa in questione perseguisse finalità legittime collegate alla politica dell'occupazione e del mercato del lavoro (in particolare, vedi punti 45-46).

(28) *Commissione c. Ungheria*, punto 63.

(29) *Ivi*, punto 67.

(30) *Commissione c. Ungheria*, punto 70.

(31) *Ivi*, punto 73.

(32) *Ivi*, punto 78.

Sulla base di tali valutazioni, la Corte ha concluso nel senso che, per quel che riguarda la finalità di uniformazione, le disposizioni adottate dall'Ungheria appaiono non necessarie al perseguimento dell'obiettivo (33), mentre per il caso dell'introduzione di una ripartizione equilibrata delle fasce d'età il giudizio è stato quello di una non appropriatezza del regime nazionale allo scopo (34). In entrambi i casi, quindi, le misure nazionali non hanno rispettato il principio di proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti, dando luogo a un'ingiustificata disparità di trattamento in base all'età; in accoglimento del ricorso della Commissione, la Corte ha dunque stabilito che l'Ungheria è venuta meno agli obblighi derivanti dalla Direttiva n. 2000/78 (35).

4. — *Discriminazioni basate sull'età, motivi di giustificazione e proporzionalità delle misure nazionali* — La Corte Giust. Ue ha già avuto modo di esprimersi su numerosi aspetti collegati al tema delle differenze di trattamento basate sull'età, sottolineandone il collegamento con il generale principio di non discriminazione (36), la portata delle giustificazioni ed eccezioni della Direttiva n. 2000/78 (37), ed evidenziando altresì l'applicabilità del testo comunitario in questione alle normative nazionali in materia di età pensionabile (38).

(33) *Ivi*, punto 75.

(34) *Ivi*, punto 79.

(35) *Ivi*, punti 80-81. Il risultato raggiunto dalla sentenza della Corte Giust. Ue appare simile alle determinazioni della Corte Costituzionale ungherese, che con la citata sentenza n. 33/2012 ha stabilito l'incostituzionalità della riforma del sistema pensionistico in questione, sottolineando in particolare che se pure il legislatore può liberamente determinare l'età massima per il mantenimento in servizio degli appartenenti alle professioni legali considerate, l'introduzione di una nuova età pensionabile obbligatoria inferiore può avvenire solo gradualmente, nell'arco di un adeguato periodo transitorio. Inoltre, nonostante la pronuncia apparisse inizialmente di difficile applicazione, i giudici del lavoro nazionali hanno tendenzialmente accettato i ricorsi proposti, reintegrando in servizio i giudici rimossi. Per quel che riguarda le conseguenze specifiche della sentenza nell'ambito nazionale, il Governo ungherese ha elaborato nel dicembre 2012 un progetto di legge (n. T/9598) per conformare la normativa alle decisioni della Corte Costituzionale e della Corte Giust. Ue; tale proposta, attualmente in discussione e ulteriormente modificata dall'emendamento n. 9598/1 del 30 gennaio 2013, prevede una riduzione graduale dell'età pensionabile (65 anni entro il 2022) e la possibilità per giudici e procuratori il cui servizio era cessato sulla base della normativa di richiedere la reintegra in servizio e la riassegnazione al medesimo Tribunale in cui si era lavorato (con l'esclusione di posizioni di gestione amministrativa) e il risarcimento delle danno subito. Se un tale soggetto non chiede la reintegrazione, gli sarà invece versato un compenso pari a 12 mensilità. Vd. M. De Simone, *op. cit.*, p. 5, nonché A. Kádár, *Draft law on the retirement of judges and other legal professionals*, 2013, disponibile online in http://www.non-discrimination.net/content/media/HU-44-HU_flash_rep_draft_law_on_retirement_of_judges.pdf e Parlamento europeo, *op. cit.*, p. 11.

(36) In particolare vd. *Mangold* (22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, in *Racc.*, 2005, p. I-09981), *Bartsch* [C-427/06, *Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte (Bsh) Altersfürsorge GmbH*, in *Racc.*, 2008, p. I-07245], e la già citata *Kucukdeveci*.

(37) Vd. *Wolf* (12 gennaio 2010, C-229/08, *Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, in *Racc.*, 2010, p. I-00001), e *infra*, per il caso specifico della giustificazione della politica sociale.

(38) Nello specifico, vd. *Palacios e Age concern England*. Per un'approfondita ricostruzione con riferimento al «fattore età», vd. in particolare O. Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 125,

In questo senso, la sentenza in oggetto conferma la prospettiva già espressa dalla Corte, che, pur lasciando impregiudicata la competenza e autonomia di uno Stato membro nella definizione – o nella modifica – di un regime di pensionamento d'ufficio, fa rientrare le corrispondenti misure nazionali nell'ambito di applicazione della direttiva; le disposizioni che prevedono la cessazione automatica del rapporto di lavoro al raggiungimento di una determinata età del lavoratore incidono infatti sulla durata del rapporto di lavoro, e rientrano così nell'ambito relativo «all'occupazione e alle condizioni di lavoro» (39). Inoltre, un sistema che imponga la cessazione di un rapporto di lavoro sulla base del raggiungimento di una determinata età realizza in maniera sostanzialmente automatica (40) una disparità di trattamento tra i lavoratori costretti a cessare il proprio servizio e quelli più giovani che possono rimanere in attività, che rappresentano l'ambito di riferimento rispetto al quale valutare l'esistenza di un trattamento meno favorevole (41).

L'aspetto centrale dello scrutinio della Corte nella sentenza in oggetto è quindi rappresentato dalla verifica dell'esistenza di una giustificazione ai sensi dell'art. 6.1 della Direttiva n. 2000/78, con particolare riferimento al perseguimento degli obiettivi di politica sociale, cui la Corte ha assegnato una particolare rilevanza nel derogare al principio di non discriminazione (42), e alla valutazione delle disposizioni atte a realizzarli adottate in ambito nazionale (43).

La Corte ha avuto modo di sottolineare come la mancanza di precisione di una normativa nazionale quanto alle finalità perseguite non esclude che questa possa essere giustificata (44), ritenendo non determinante la circostanza invocata dalla Commis-

C. O'Cinneide, *Age discrimination and the european Court of Justice: Eu equality law comes of age*, 2010, disponibile online in http://www.era-comm.eu/oldokul/Adiskri/08_Age/2010_09_OCinneide%20EN.pdf, nonché M.G. Sargeant, *The european Court of Justice and age discrimination*, in *Journal of business law*, 2011, 2, pp. 144-159.

(39) Di cui all'art. 3, n. 1, lett c, della Direttiva n. 2000/78. Vd. in particolare *Palacios*, punti 43-44, anche se tale considerazione vale per tutti i casi collegati alle questioni dell'età pensionabile e cessazione automatica dei rapporti di lavoro.

(40) «... la disparità di trattamento fondata sull'età si basa sull'esistenza stessa di un limite di età oltre il quale le persone interessate cessano il servizio...»: *Commissione c. Ungheria*, punto 53. Vd. anche *Palacios*, punto 51, e *Prigge*, punto 44.

(41) *Ivi*, punti 50-51.

(42) La Corte porta a supporto di questa connessione la sua precedente giurisprudenza in *Age concern England, Hütter* (18 giugno 2009, C-88/08, *David Hütter contro Technische Universität Graz*, in *Racc.*, 2009, p. I-05325), e *Prigge*. In particolare, si può sottolineare come in *Age concern England* e *Petersen* (28 febbraio 2013, C-341/08, *Domnica Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, in *Racc.*, 2010, p. I-00047) la Corte abbia fatto discendere conseguenze nettamente diverse riguardo alla compatibilità con la normativa comunitaria per il caso in cui l'età pensionabile fosse da considerare basata su ragioni collegate alla salute dei pazienti, avesse l'obiettivo di «preservare l'equilibrio finanziario del sistema sanitario nazionale» (art. 2, par. 5, Direttiva n. 2000/78), o promuovesse la ripartizione delle «possibilità di impiego tra le generazioni» (art. 6, par. 1). Vedi *Petersen*, punti 63 e 77.

(43) Vedi O. Bonardi, *op. cit.*, pp. 138 ss., per quel che concerne l'analisi critica in particolare dell'ampiezza e dell'ambiguità delle giustificazioni ammesse dall'articolo 6 della Direttiva n. 2000/78.

(44) *Commissione c. Ungheria*, punto 58. Vedi anche *Petersen*, punto 56, e *Fuchs e Köhler*, punto 39. Va anche sottolineato come in quest'ultimo caso la Corte Giust. UE abbia conside-

sione che dalle disposizioni controverse non emergesse alcuna finalità specifica e facendo invece riferimento agli argomenti fatti valere dall'Ungheria nel corso del procedimento precontenzioso e riaffermati dinnanzi alla Corte di Giustizia. L'uniformazione dell'età pensionabile e la ripartizione più equilibrata delle fasce d'età nelle professioni di giudice, procuratore e notaio – obiettivi «inespressi» dalla normativa nazionale controversa – sono state quindi ricomprese nell'ambito delle finalità legittime (45) che possono giustificare una differenza di trattamento (46).

La conferma di un ampio margine discrezionale (47) in capo agli Stati membri rispetto agli obiettivi da perseguire nell'ambito della politica sociale (48) e alle specifi-

rato valida la possibilità di fare riferimento a molteplici obiettivi (punti 44-46), pur constatando, in *Georgiev*, che il controllo giurisdizionale non può che avvenire su di un obiettivo specifico e concreto (punto 43).

(45) In particolare, l'uniformazione dell'età pensionabile è stata collegata alla garanzia della parità di trattamento per tutti i lavoratori di un settore in relazione a un elemento essenziale del rapporto di lavoro quale il pensionamento, mentre per quel che riguarda la ripartizione delle fasce d'età nel settore considerato, l'elemento più rilevante è rappresentato dal miglioramento del servizio della giustizia che ne deriverebbe: *Commissione c. Ungheria*, punti 61-62.

(46) Anche nell'interpretazione che ripropone uno stretto collegamento tra le finalità legittime ai sensi di tale disposizione e obiettivi di politica sociale già affermato in *Prigge* (par. 81). Si confronti in particolare il par. 60 della sentenza in questione, nel quale si afferma che finalità legittime «sono obiettivi di politica sociale, come quelli connessi alla politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale», con la lettera dell'art. 6.1 della Direttiva, che fa invece riferimento a misure giustificate «da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale» (corsivi dell'Autore). L'analisi del contesto generale nel quale la normativa nazionale si inserisce, ai fini di verificare la legittimità delle finalità perseguite, ha rappresentato un elemento centrale dell'interpretazione della Corte Giust. Ue nella gran parte della giurisprudenza sul tema della clausola giustificatoria relativa all'età (*Palacios*, punti 56-57; *Age concern England*, punti 44-45; *Petersen*, punto 40; *Rosenblatt*, punto 58; *Georgiev*, punto 40, e, da ultimo, *Fuchs e Köhler*, punto 39), consentendo l'esame della misura controversa (e, di conseguenza, la sua potenziale giustificazione) anche in assenza di specifici dati formali. Vedi, in questo stesso senso, M. Ranieri, *Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di Giustizia dell'Ue: alcune questioni problematiche*, in q. *Riv.*, 2012, I, p. 192, che sottolinea come tale allargamento della valutazione possa oramai considerarsi un principio giurisprudenziale consolidato.

(47) Vd. M. Ranieri, *op. cit.*, p. 195, dove viene sottolineato come quasi nessuna normativa nazionale sia stata dichiarata deficitaria in questa prima fase del giudizio, con un'unica eccezione rinvenibile nella succitata pronuncia *Prigge* (in particolare vedi punto 82).

(48) Tale prospettiva interpretativa non appare in ogni caso esente da critiche collegate alla sostanziale riduzione della tenuta e portata del principio di non discriminazione di fronte alle scelte del legislatore nazionale in tema di età rispetto ad altre ipotesi di discriminazione (in particolare quelle collegate al sesso). In tal senso appare emblematica la sentenza *Kleist* (18 novembre 2010, C-356/09 *Pensionsversicherungsanstalt c. Christine Kleist*, in *Racc.*, 2010, p. I-11939), nella quale la Corte ha censurato la possibilità che gli obiettivi di «solidarietà intergenerazionale» potessero giustificare il licenziamento di un dirigente medico di sesso femminile al compimento del sessantesimo anno d'età in presenza di una più elevata soglia di pensionamento prevista per i lavoratori di sesso maschile (punto 43). Vedi V. Papa, *Il fattore new comer di discriminazione e il suo contemperamento con le politiche sociali nazionali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, INT, n. 85/2010, pp. 5-7; D. O'Dempsey, A. Beale, *Age and employment, thematic report of the european network of legal experts in the non-discrimination field*,

che modalità operative da adottare (49) evidenzia la necessità di provvedere con particolare attenzione al controllo sui mezzi effettivamente utilizzati – e all’analisi dei loro effetti – per verificarne l’appropriatezza e necessità e, di conseguenza, per valutare se il diritto fondamentale a non subire discriminazioni sia stato rispettato. In particolare, l’approfondito scrutinio della Corte Giust. Ue nel caso in oggetto appare in linea con precedenti determinazioni, nel senso che «affermazioni generiche» sull’attitudine di un provvedimento a partecipare alla politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale non possono costituire elementi per ritenere che gli strumenti effettivamente selezionati dallo Stato membro siano adeguati alla realizzazione dell’obiettivo perseguito, e possano quindi giustificare una deroga al generale principio comunitario di non discriminazione (50).

Nel caso di specie, la Corte di Giustizia ha provveduto a una assai rigorosa e progressiva applicazione del test di proporzionalità che, come sottolineato, ha comportato in primo luogo l’analisi della legittimità degli obiettivi invocati come finalità specifiche della normativa nazionale contestata; una volta evidenziata la presenza di finalità legittime, la Corte ha condotto la sua analisi sulle misure concretamente adottate in maniera approfondita e contestualizzata.

In particolare, un riferimento al contesto generale nel quale le modifiche all’età pensionabile si inserivano era già rinvenibile negli argomenti dell’Ungheria relativi all’esistenza della discriminazione (51): la Corte di Giustizia ha ulteriormente sottolineato la necessità di «ricollocare tali disposizioni nel contesto normativo in cui esse si inseriscono» (52), prendendo in considerazione i vantaggi per la società e gli individui che la compongono ma anche il danno che le misure in oggetto possono causare ai soggetti interessati (53).

Commissione europea/Mpg Bruxelles, 2011, pp. 13-14; D. Izzi, *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in *q. Riv.*, 2012, I, p. 143.

(49) Sulla base, in particolare, dell’estrema complessità delle valutazioni che costituiscono il fondamento di queste misure, che a loro volta tendono non di rado a realizzare un compromesso tra le varie opzioni praticabili (il Considerando 25 della Direttiva n. 2000/78, richiamato dalla Corte in *Palacios*, fa esplicito riferimento a «disposizioni specifiche che possono variare secondo la situazione degli Stati membri»).

(50) *Age concern England*, punto 52, ma anche (e soprattutto) la assai più risalente *Seymour-Smith* (9 febbraio 1999, C-167/97, *Regina e secretary of State for employment, ex parte: Nicole Seymour-Smith e Laura Perez*), punto 76. Si può anche sottolineare come, per giungere a questa conclusione, la Corte Giust. Ue faccia riferimento a *Mangold*, e in particolare alla considerazione che il rispetto del principio di proporzionalità richiede che «qualsiasi deroga a un diritto individuale presciva di conciliare, per quanto possibile, il principio di parità di trattamento con l’esigenza del fine perseguito» (*Age concern England*, punto 65). Viene anche sottolineata la difficoltà di stabilire – per quel che riguarda le discriminazioni per età – il preciso confine tra disparità di trattamento giustificate o meno rispetto ad altri ambiti di discriminazione (come quello in ragione del sesso), che conferma la necessità di un’analisi approfondita degli effetti delle misure nazionali al fine di verificarne la compatibilità con la Direttiva n. 2000/78 (*Age concern England*, conclusioni dell’Avv. Gen., par. 62). Vd., *amplius*, F. Amato, *Discriminazione per età: Cenerentola troverà la sua scarpetta?*, in www.europeanrights.eu.

(51) *Commissione c Ungheria*, punto 25, e *supra*, par. 3.

(52) *Ivi*, punto 66.

(53) Vedi anche *Rosenblatt* (12 novembre 2010, C-45/09, *Gisela Rosenblatt c. Oellerking Gebäudereinigungs-ges. mbH*, in *Racc.*, 2010, p. I-09391), punto 73.

Riguardo a questo aspetto specifico, l'elemento più rilevante dell'analisi è rappresentato dalla riforma pensionistica in corso in Ungheria e dal conseguente innalzamento dell'età pensionabile; sia nella valutazione relativa alla finalità di uniformazione dell'età pensionabile che in quella relativa all'obiettivo del riequilibrio della ripartizione anagrafica la Corte ha sottolineato l'incoerenza e contraddittorietà delle disposizioni controverse rispetto alle altre previsioni nazionali (54). Per quel che riguarda il secondo obiettivo invocato dall'Ungheria, tale valutazione è risultata sufficiente alla Corte Giust. Ue per determinare la non appropriatezza dell'abbassamento dell'età pensionabile rispetto alla finalità perseguita, visto che «nel lungo periodo» il ritmo del rinnovo dei funzionari subirà necessariamente un rallentamento in conseguenza delle modifiche apportate alla normativa generale (55).

L'analisi delle differenze tra le modifiche introdotte per i funzionari del settore giudiziario e le previsioni della legge Tny ha altresì rappresentato uno degli elementi che ha permesso alla Corte di Giustizia di concludere nel senso che la modifica delle norme relative al pensionamento obbligatorio attuata nell'ordinamento ungherese non fosse necessaria rispetto all'obiettivo di uniformare l'età pensionabile. In questo caso la discordanza tra la misura in oggetto e l'aumento dell'età di pensionamento per il regime pensionistico generale di tre anni è risultata centrale nel determinare come gli interessi dei funzionari coinvolti e degli altri dipendenti del servizio pubblico non fossero stati presi in considerazione in maniera uniforme (56), in particolare in virtù dell'obbligatorietà del pensionamento e delle rilevanti conseguenze della messa a riposo sul regime pensionistico dei funzionari coinvolti dalla riforma (57).

Oltre a tali contraddizioni «sistematiche», la Corte Giust. Ue ha anche sottolineato l'estrema differenza nella durata dei periodi transitori previsti per l'entrata in vigo-

(54) Cfr. *Hütter*, punto 46.

(55) *Commissione c. Ungheria*, punti 78-79. Sulla base della lineare e progressiva applicazione delle varie fasi del test di proporzionalità nel caso in questione, la Corte Giust. Ue non ha provveduto, una volta determinata la non appropriatezza della misura, a valutare se andasse oltre il necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito.

(56) *Ivi*, punto 74.

(57) La pensione di vecchiaia risulta inferiore almeno del 30% alla retribuzione e la cessazione dell'attività non tiene conto dei periodi contributivi, non garantendo il diritto a una pensione a tasso pieno, né l'Ungheria ha fornito elementi per dimostrare che nessuna disposizione meno restrittiva avrebbe permesso di pervenire alla finalità (*Commissione c. Ungheria*, punti 70-71). L'effettiva età di pensionamento e disponibilità di un trattamento pensionistico e la possibilità di scelta rispetto al pensionamento stesso hanno rappresentato elementi estremamente rilevanti nel test di proporzionalità condotto dalla Corte Giust. Ue per determinare l'esistenza o meno di una discriminazione nei confronti dei lavoratori anziani. Vedi *Mangold*, punto 65, *Age concern England*, punto 27, *Rosenbladt*, punti 47 e 74-75, *Georgiev*, punti 63-65 (nel quale il giudice nazionale è stato chiamato a valutare se l'eventuale inconsistenza nell'applicazione dello schema nazionale potesse comprometterne la giustificazione) e *Hörnfeldt* (punti 40 e 45). Nell'ultimo caso, in particolare, la Corte Giust. Ue ha sottolineato come l'età di pensionamento e l'importo della pensione considerati apparissero superiori a quelli già analizzati nella precedente sentenza *Rosenbladt*, che in ogni caso aveva escluso l'assenza di un eccessivo pregiudizio nei confronti dei lavoratori. Da ultimo, in *Fuchs e Köhler*, la Corte ha sottolineato la possibilità per i lavoratori coinvolti di godere di un trattamento pensionistico pieno, di poter rimanere in servizio per un certo periodo oltre l'età pensionabile (se la permanenza sia richiesta e necessaria) e di poter svolgere un'altra attività professionale senza limiti di età (punti 66-67).

re della normativa generale e quella relativa a giudici e procuratori, avendo solo la seconda «abbassato bruscamente e considerevolmente» (58) l'età pensionabile, non tutelando in maniera idonea il legittimo affidamento dei soggetti coinvolti; in questo caso il raffronto è stato tra gli stretti limiti temporali (59) imposti ai funzionari che avessero raggiunto la nuova età pensionabile entro il 2012 e il lungo periodo transitorio di 4 anni previsto dalla legge Tny (60).

La Corte, attraverso la sentenza *Commissione c. Ungheria*, ha confermato la sua particolare attenzione rispetto alle ipotesi di discriminazioni basate sull'età e ha altresì evidenziato l'importanza per lo Stato membro – nello specifico, in sede di riforma dei quadri normativi relativi all'età pensionabile – di valutare approfonditamente il complesso delle disposizioni nazionali negli ambiti considerati al fine di verificarne la coerenza sistematica e scongiurare potenziali effetti negativi che si concentrino su determinate categorie di lavoratori. Al di là di quelle che appaiono macroscopiche violazioni degli obblighi derivanti dal diritto Ue – come quelle evidenziate nel caso in oggetto – e nonostante la conferma del margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri nel perseguimento di obiettivi di politica sociale, la Corte di Lussemburgo ha dimostrato la propensione a un'analisi estremamente approfondita delle normative concretamente adottate, volta in particolare a censurare quadri normativi insufficienti rispetto agli obiettivi che lo Stato membro riferisce di perseguire e contraddittori rispetto ad altre previsioni dell'ordinamento nazionale considerato. Tale approccio interpretativo rappresenta un ulteriore momento dell'alternanza di posizioni della Corte di Giustizia relative all'utilizzo e rigidità del test di proporzionalità nella valutazione delle giustificazioni delle differenze di trattamento basate sull'età (61) e, sia pure condizionato dalle circostanze specifiche del caso concreto, appare in grado di limitare il

(58) *Commissione c. Ungheria*, punto 68.

(59) Un periodo «che non supererà in alcun caso un anno e che, nella maggior parte dei casi, sarà inferiore». *Ivi*, punto 69.

(60) La protezione del lavoratore anziano – anche in termini economici – nella fase di transizione dall'attività lavorativa all'accesso alla fruizione dei diritti pensionistici ha rappresentato l'oggetto dell'attenzione della Corte in casi quali *Palacios, Rosenbladt, Georgiev*, nei quali la Corte Giust. Ue aveva in ogni caso considerato come la previsione di clausole di cessazione automatica dei rapporti di lavoro potesse essere giustificata nel contesto di politiche occupazionali dirette in particolare al riequilibrio dell'età nel settore considerato. Viene tuttavia evidenziato come il divieto di discriminazione per età offra in ultima analisi una protezione alquanto ridotta contro la messa a riposo del lavoratore che abbia acquisito il diritto a ottenere una pensione di vecchiaia, anche nel caso in cui il relativo trattamento non appaia del tutto sufficiente a far fronte alle necessità economiche dei soggetti considerati (come nel caso *Rosenbladt*). Vd. D. Schiek, *Age discrimination before the ECJ – conceptual and theoretical issues*, in *Cml review*, vol. 48, 3, 2011, p. 790.

(61) In particolare si può sottolineare come la Corte Giust. Ue abbia adottato un approccio alquanto divergente in *Fuchs e Köhler* nella quale, pur dichiarando che la generica indicazione dell'attitudine di una misura a contribuire al raggiungimento di obiettivi di politica dell'occupazione e del mercato del lavoro non è sufficiente per dimostrare che l'obiettivo perseguito giustifichi una deroga al principio di non discriminazione (punto 77), il giudizio di appropriatezza e necessità della misura nazionale è stato collegato alla sua «non irragionevolezza» rispetto alla finalità perseguita e si è dichiarato che spetta al giudice nazionale stabilire il valore degli elementi di prova dedotti ai fini di tale giustificazione (punto 83). Sul punto, vd. anche D. Izzi, *op. cit.*, p. 146.

potenziale indebolimento della tutela antidiscriminatoria derivante dall'ampio margine di discrezionalità concesso alle autorità nazionali con riferimento alle finalità di politica sociale dei trattamenti differenziati in questione.

Stefano Guadagno
*Dottore di Ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano*

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

APPALTO

Ausiliari dell'appaltatore (diritti verso il committente) – Art. 1676 cod. civ. – Ambito di applicazione – Subappalto di lavori pubblici – Inclusione – Fondamento (Cassazione, 22 giugno 2012, n. 10439, Sez. lav.). 226

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Reintegra – Rito *ex art.* 1, comma 48, legge n. 92/2012 – Illegittimità del licenziamento – Domanda subordinata – Applicabilità (Tribunale Roma, 24 dicembre 2012, ord.). 274

LAVORO PUBBLICO

Stabilizzazione senza pubblico concorso – Art. 97 Cost. – Illegittimità – Responsabilità amministrativa e contabile – Sussiste (Corte dei Conti, 22 ottobre 2012, n. 293, Sezione giurisdizionale per la Regione Calabria). 241

LAVORO SUBORDINATO

Qualificazione del rapporto – Ripartizione dell'onere della prova – Conseguenze – Applicazione integrale del contratto collettivo – Determinazione del minimale retributivo (Tribunale Napoli, 31 ottobre 2012 – Est. Coppola). 289

LAVORO TEMPORANEO TRAMITE AGENZIA

Instaurazione del contratto tra lavoratore e utilizzatore interponente – Illegittimità del contratto di fornitura – Conversione del rapporto a termine in lavoro a tempo indeterminato – Indennità *ex art. 32*, comma 5, legge n. 183/2010, come autenticamente interpretato dall'art. 1, comma 13, legge n. 92/2012 (Cassazione, 17 gennaio 2013, n. 1148, Sez. lav.). 195

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

Criteri di scelta – Riferimento all'unità produttiva o a uno specifico settore dell'azienda – Ammissibilità – Condizioni – Indicazioni delle ragioni ostative al trasferimento dei dipendenti ad altra unità – Necessità (Cassazione, 11 dicembre 2012, n. 22655, Sez. lav.). 213

Criteri di scelta – Riferimento all'unità produttiva o a uno specifico settore dell'azienda – Ammissibilità – Condizioni – Indicazioni delle ragioni ostative al trasferimento dei dipendenti ad altra unità – Necessità – Finalità (Tribunale Roma, 17 gennaio 2011, Sez. lav.). 213

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Licenziamento disciplinare – Art. 18 Stat. lav. – Licenziamento reiterato – Efficacia condizionata – Motivi diversi e sopravvenuti – Licenziamento collettivo – Inammissibilità (Cassazione, 4 gennaio 2013, n. 106, Sez. lav., ord.). 208

Art. 4, comma 1, legge n. 68/99 – Computabilità degli apprendisti nell'organico aziendale – Quota di riserva – Violazione dei criteri di computo (Corte d'Appello Brescia, 26 ottobre 2012, Sez. lav.). 255

PARITÀ DI TRATTAMENTO

Età pensionabile – Art. 258 TfUe – Direttiva n. 2000/78/Ce – Regime nazionale che impone la cessazione dell'attività professionale dei giudici, dei procuratori e dei notai che abbiano compiuto 62 anni di età – Disparità di trattamento (Corte di Giustizia Ue, 6 novembre 2012, causa C-286/12, Sez. Prima). 301

RISOLUZIONE CONSENSUALE

Presupposizione – Difetto sopravvenuto – Reintegra – Condizioni (Tribunale Roma, 24 dicembre 2012, ord.). 274

SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

Causali – Eccessiva genericità – Costituzione del rapporto tra lavoratore e utilizzatore interponente a tempo indeterminato – Indennità *ex* art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Non si applica (Corte d'Appello Roma, 5 marzo 2013, n. 2142). 195

Irregolarità della somministrazione per generica indicazione della causale – Risoluzione per mutuo consenso – Costituzione del rapporto tra lavoratore e utilizzatore interponente a tempo indeterminato – Indennità prevista dall'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Non si applica (Tribunale Roma, 21 febbraio 2013). 196

Ragioni legittimanti – Art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003 – Necessità del carattere temporaneo – Assenza – Conseguenze – Costituzione di un contratto a tempo indeterminato (Tribunale Roma, 15 gennaio 2013 – Est. Sordi). 262

UNIONE EUROPEA

Meccanismo europeo di stabilità – Decisione n. 2011/199/Ue – Modifica dell'articolo 136 del TfUe – Validità – Art. 48, par. 6, del Trattato Ue – Procedura di revisione semplificata – Trattato Mes – Politica economica e monetaria – Sovranità Parlamenti nazionali – Competenza degli Stati membri (Corte di Giustizia Ue, 27 novembre 2012, C-370/2012). 179

CRONOLOGICO
DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

2011

GENNAIO

Tribunale Roma, 17 gennaio 2011, Sez. lav. – Est. Armone – A., A., A. e al. (avv.ti Fabbri, R. Muggia, S. Muggia, A. Stani, G. Stani, Orlando) c. Ssc Srl (avv. Pezzano). 213

2012

GIUGNO

Cassazione, 22 giugno 2012, n. 10439, Sez. lav. – Pres. Lamorgese, Est. Tria, P.M. Servello (conf.) – Co.G. & Ap. Spa (avv. Di Martino) c. A.R. (avv. Spagnuolo) e Panico Costruzioni Srl. 226

OTTOBRE

Corte dei Conti, 22 ottobre 2012, n. 293, Sezione giurisdizionale per la Regione Calabria – Pres. Coccoli, Est. Lorelli – Procura regionale c. P. e altri. 241

Corte d'Appello Brescia, 26 ottobre 2012, Sez. lav. – Pres. Nuovo, Est. Matano – Fon Presmetal Gap Spa (avv. La Gioia) c. F.P. (avv. Ragusa). 255

Tribunale Napoli, 31 ottobre 2012 – Est. Coppola – B.A. (avv. Esposito) c. L.B. (avv. Corda). 289

NOVEMBRE

Corte di Giustizia Ue, 6 novembre 2012, causa C-286/12, Sez. Prima – Commissione europea c. Ungheria – Avv. Gen. J Kokott. 301

Corte di Giustizia Ue, 27 novembre 2012, C-370/2012 – Thomas Pringle c. Governo irlandese, Irlanda, Avvocatura dello Stato – Avv. Gen. Juliane Kokott. 179

DICEMBRE

Cassazione, 11 dicembre 2012, n. 22655, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Ianniello, P.M. Romano (conf.) – Società B.A. (avv. Pepe) c. O.G. (avv. Panici). 213

Tribunale Roma, 24 dicembre 2012, ord. – Est. Centofanti – R. B. (avv.ti Andreoni, Freddino) c. Intesa San Paolo Spa (avv.ti Ferzi, Chiello, Pozzoli). 274

2013

GENNAIO

Cassazione, 4 gennaio 2013, n. 106, Sez. lav., ord. – Pres. Vidiri, Est. Amoroso, P.M. Corasanti (conf.) – Editrice Telestamp Sud Srl c. B.A. (avv. Truppi). 208

Tribunale Roma, 15 gennaio 2013 – Est. Sordi – A.A. (avv. Muggia) c. C. Soc. coop. p.a. (avv.ti Favalli, Lesce, Zucchinari). 262

Cassazione, 17 gennaio 2013, n. 1148, Sez. lav. – Pres. De Renzis, Est. Curzio – Poste Italiane Spa (avv. Trifirò) c. C.F. (avv. De Donno). 195

FEBBRAIO

Tribunale Roma, 21 febbraio 2013 – Est. Armone – Poste Italiane Spa (avv. Lipani) c. F.G. (avv. Rizzo). 196

MARZO

Corte d'Appello Roma, 5 marzo 2013, n. 2142 – Pres. ed Est. Cannella – M.S. (avv. Serio) c. Poste Italiane Spa (avv. Maresca). 195

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE
E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

– art. 2	216
– art. 3	165
– art. 11	294
– art. 24	165
– art. 28	251
– art. 36	171, 289
– art. 37	296
– art. 38	169, 280
– art. 39	170, 295
– art. 41	215
– art. 51	244
– art. 81	177, 238, 279
– art. 97	241
– art. 111	166
– art. 117	242, 294

UNIONE EUROPEA

Trattato Ue

– art. 2	179
– art. 3	179
– art. 4	179
– art. 13	179
– art. 48	179

Trattato sul funzionamento dell'Ue

– art. 2	181
– art. 3	181
– art. 5	184
– art. 119	179
– art. 120	185
– art. 121	185

– art. 122	181
– art. 123	179
– art. 125	179
– art. 126	185
– art. 127	179
– art. 136	179
– art. 143	184
– art. 258	301
– art. 263	181
– art. 267	183
– art. 273	187
Direttiva n. 91/533/Cee	294
Direttiva n. 1999/70/Ce	207, 269
Direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio, del 27 novembre 2000	
– art. 2	301
– art. 3	309
– art. 6	301
– art. 6.1	309
Considerando 25	311
Direttiva n. 2003/109/Ce	174
Direttiva n. 2008/104/Ce	269
Decisione n. 2011/199/Ue	179
Convenzione europea dei diritti umani	
– art. 14	175
Carta dei diritti fondamentali dell’Ue	
– art. 2	271
– art. 5	271
– art. 21	303
Carta europea dei diritti dell’uomo	
– art. 47	187
– art. 51	187
Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato ...	272
Statuto della Corte di Giustizia dell’Unione europea	
– art. 23- <i>bis</i>	304

Regolamento di procedura della Corte di Giustizia Ue

– art. 104- <i>bis</i>	181
------------------------------	-----

CONVENZIONI E ACCORDI INTERNAZIONALI

Trattato Mes	179
– art. 3	182
– art. 4	182
– art. 8	183
– art. 12	183
– art. 13	182
– art. 14	182
– art. 15	182
– art. 16	182
– art. 17	182
– art. 18	182

CODICE CIVILE

– art. 36	280
– art. 1175	216
– art. 1218	260
– art. 1256	278
– art. 1292	230
– art. 1336	275
– art. 1339	295
– art. 1372	279
– art. 1375	216
– art. 1381	281
– art. 1419	200, 295
– art. 1424	203
– art. 1450	281
– art. 1453	278
– art. 1463	278
– art. 1464	278
– art. 1467	278
– art. 1655	228
– art. 1676	226
– art. 1944	234
– art. 2094	230, 290

– art. 2099	295
– art. 2109	299
– art. 2112	237
– art. 2117	280
– art. 2268	234
– art. 2304	234
– art. 2697	291

CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 31	161
– art. 32	161
– art. 34	161
– art. 35	161
– art. 36	161
– art. 39	157
– art. 51	164
– art. 103	159
– art. 125	284
– art. 323	285
– art. 414	156, 205, 285
– art. 420	162
– art. 421	162
– art. 426	161
– art. 427	161
– art. 614- <i>bis</i>	155
– art. 669- <i>sexies</i>	162
– art. 700	153, 285
– art. 702- <i>quater</i>	161

LEGGI E DECRETI

legge del 1865, n. 2248	
– art. 351	235
legge 11 marzo 1953, n. 87	
– art. 27	176
d.P.R. del 1957, n. 3	
– art. 22	251
legge del 1960, n. 1369	204, 228
– art. 3	228

legge del 1962, n. 66	
– art. 8	175
legge del 1966, n. 604	
– art. 8	154, 284
legge del 1968, n. 482	
– art. 11	257
legge 20 maggio 1970, n. 300	
– art. 18	154, 208, 255, 268, 282
– art. 23	183
– art. 28	156
d.l. 30 gennaio 1971, n. 5	173
legge 30 marzo 1971, n. 118	
– art. 12	173
– art. 13	175
legge della Provincia autonoma di Bolzano	
31 agosto 1974, n. 7	
– art. 3	176
legge 11 febbraio 1980, n. 18	
– art. 1	173
legge del 1987, n. 56	
– art. 21	256
legge della Provincia autonoma di Bolzano	
13 marzo 1987, n. 5	
– art. 2	176
legge 29 dicembre 1988, n. 554	246
d.l. 9 ottobre 1989, n. 338	
– art. 1	171, 300
legge 7 dicembre 1989, n. 389	171, 300
legge del 1990, n. 55	
– art. 18	236
legge del 1990, n. 241	
– art. 6	251
– art. 21- <i>octies</i>	220
legge del 1990, n. 289	
– art. 1	175
legge 23 luglio 1991, n. 223	287
– art. 1	260
– art. 4	213
– art. 5	158, 211, 214
– art. 24	260

legge del 1991, n. 231	
– art. 4	220
legge 23 ottobre 1992, n. 421	169
– art. 1	170
– art. 3	170
d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502	
– art. 3	249
– art. 15- <i>nonies</i>	169
d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503	169
legge del 1994, n. 109	
– art. 10	236
legge 28 dicembre 1995, n. 549	
– art. 2	171
legge del 1996, n. 662	
– art. 2	280
legge 24 giugno 1997, n. 196	228
– art. 3	195
– art. 10	200
legge 27 dicembre 1997, n. 449	246
d.lgs. del 1998, n. 286	
– art. 9	174
– art. 29	174
– art. 41	174
legge del 1999, n. 68	
– art. 3	256
– art. 4	255
– art. 10	255
d.P.R. del 1999, n. 554	
– art. 141	226
d.lgs. del 2000, n. 61	283
d.m. del 2000, n. 158	280
d.P.R. del 2000, n. 300	
– art. 3	259
d.P.R. del 2000, n. 333	255
legge 23 dicembre 2000, n. 388	
– art. 80	173
legge del 2001, n. 148	
– art. 8	270
d.lgs. del 2001, n. 151	
– art. 54	157

d.lgs. del 2001, n. 165	
– art. 31	237
– art. 45	300
d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368	195, 265
– art. 1	205
– art. 5	267
– art. 10	266
d.lgs. del 2001, n. 403	
– art. 3	
d.lgs. 6 novembre 2001, n. 423	
– art. 3	171
legge del 2003, n. 30	237, 266
d.lgs. del 2003, n. 267	228
d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276	227, 289
– art. 1	237
– art. 20	196, 262
– art. 22	199, 267
– art. 27	196, 264
– art. 29	228
– art. 32	264
– art. 49	259
– art. 53	256
– art. 63	299
– art. 69	293
– art. 69- <i>bis</i>	293
legge del 2004, n. 311	
– art. 1	248
legge regionale Calabria 19 marzo 2004, n. 11 ...	249
– art. 15	250
legge della Provincia autonoma di Bolzano	
30 novembre 2004, n. 9	
– art. 2	176
legge del 2005, n. 15	220
d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163	
– art. 3	238
– art. 118	239
– art. 256	235
d.lgs. del 2006, n. 198	
– art. 46	260
d.l. del 2006, n. 223	
– art. 35	238

legge del 2006, n. 296	
– art. 1	247, 299
legge regionale Calabria 11 gennaio 2006, n. 1	
– art. 24	247
d.m. 30 gennaio 2007	
– art. 1	260
d.lgs. del 2007, n. 3	
– art. 1	177
– art. 2	174
d.l. 31 dicembre 2007, n. 248	
– art. 7	170
ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri del 2007, n. 3635	248
legge regionale Calabria del 2007, n. 9	249
deliberazione della Giunta regionale Calabria 1° giugno 2007, n. 333	248
deliberazione della Giunta regionale 29 giugno 2007, n. 383	249
legge 28 febbraio 2008, n. 31	
– art. 1	171
d.lgs. del 2008, n. 81	
– art. 4	260
d.l. 25 giugno 2008, n. 112	
– art. 21	266
d.lgs. del 2008, n. 152	
– art. 2	235
d.lgs. del 2009, n. 150	242
legge del 2009, n. 191	
– art. 2	247
legge regionale Calabria del 2009, n. 1	241
legge 4 novembre 2010, n. 183	155
– art. 22	170
– art. 30	267
– art. 32	195, 273
d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207	
– art. 4	239
– art. 5	239
– art. 358	235
legge regionale Calabria del 2010, n. 8	241
d.lgs. del 2011, n. 150	
– art. 4	161

d.lgs. del 2011, n. 167	
– art. 2	259
– art. 7	257
d.l. 6 dicembre 2011, n. 201	275
legge 22 dicembre 2011, n. 214	274
– art. 14	285
– art. 24	276
d.l. del 2011, n. 216	
– art. 6	287
legge della Regione Calabria	
20 dicembre 2011, n. 44	
– art. 2	177
– art. 11	177
legge della Provincia autonoma di Bolzano	
28 ottobre 2011, n. 12	
– art. 1	176
– art. 6	175
– art. 10	176
– art. 12	176
– art. 13	176
– art. 14	176
– art. 16	176
legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1	238
d.m. del 2012, n. 6732	280
d.m. 1° giugno 2012	286
d.lgs. 2 marzo 2012, n. 24	269
d.l. del 2012, n. 83	
– art. 13- <i>ter</i>	238
legge 28 giugno 2012, n. 92	211, 214, 229, 293
– art. 1	153, 195, 220, 267, 274
– art. 4	232, 257, 276
– art. 9	271
d.l. del 2012, n. 95	287
legge del 2012, n. 134	283
legge 24 dicembre 2012, n. 228	286
legge 31 dicembre 2012, n. 233	300
legge del 2012, n. 243	
– art. 3	238

INTESE STATO-REGIONI

Intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano del 23 marzo 2005	247
--	-----

ACCORDI SINDACALI

Accordo tra Federagenti e Filt-Cgil, Fit-Cisl e Uiltrasporti, 23 aprile 2012	261
Accordo quadro tra Intesa San Paola Spa e Oo.Ss. del 29 luglio 2011	275
Accordo quadro tra Intesa San Paola Spa e Oo.Ss. del luglio 2012	275
Ccnl nettezza urbana, aziende private, 21 marzo 2012	261
Ccnl telecomunicazioni, 1° febbraio 2013	261

CIRCOLARI MINISTERIALI

circolare ministero del Lavoro del 6 aprile 1992, n. 48	260
circolare ministero del Lavoro del 27 gennaio 2000, n. 4	259
circolare ministero del Lavoro del 2012, n. 18	268
circolare ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 22 aprile 2013	238

LEGGI DELLA REPUBBLICA D'UNGHERIA

Costituzione	
– art. 25	305
– art. 26	303
– art. 29	303
legge del 1997, n. LXXXI	303

legge del 2011, n. CLXII	
– art. 90	303
– art. 230	303
legge del 2011, n. CLXIV	
– art. 34	303
legge del 2011, n. CCI	
– art. 45	303
emendamento n. 9598/1 del 30 gennaio 2013	308

pubblicità
Unipol

pubblicità
Unipol

Finito di stampare
nel mese di giugno 2013
dalla Tipografia O.GRA.RO.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

