

PARTE II
GIURISPRUDENZA

LA CORTE COSTITUZIONALE LE DECISIONI NEL TRIMESTRE APRILE-GIUGNO 2008

RAPPORTO DI LAVORO (a cura di Massimo Pallini)

SOMMARIO: 1. Legittima l'esclusione dei pubblici dipendenti dal diritto alla retribuzione per le festività coincidenti con la domenica di cui all'art. 5, legge n. 260/49. — 2. Illegittimità costituzionale anche dello *spoiling system* dei dirigenti pubblici introdotto dal d.l. n. 262/2006. — 3. Discrezionalità del legislatore nel determinare i criteri di inquadramento e di progressione in carriera per il Corpo dei Vigili del Fuoco.

1. — *Legittima l'esclusione dei pubblici dipendenti dal diritto alla retribuzione per le festività coincidenti con la domenica di cui all'art. 5, legge n. 260/49* — Il Tribunale di Torino, Sez. lavoro, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost., dell'art. 1, comma 224, legge 23 dicembre 2005, n. 266, nella parte in cui prevede che «Tra le disposizioni riconosciute inapplicabili dall'articolo 69, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, a seguito della stipulazione dei contratti collettivi del quadriennio 1994/1997 è ricompreso l'articolo 5, comma 3, della legge 27 maggio 1949, n. 260, come sostituito dall'articolo 1 della legge 31 marzo 1954, n. 90, in materia di retribuzione nelle festività civili nazionali ricadenti di domenica». Secondo il giudice rimettente, dopo la riforma del pubblico impiego culminata con il d.lgs. n. 165/2001, la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è assimilata a quella del rapporto di lavoro svolto alle dipendenze di datori di lavoro privati e, pertanto, la norma denunciata contrasterebbe con il principio di eguaglianza, non essendo costituzionalmente legittimo differenziare, in mancanza di ragioni che possano giustificarlo, due situazioni identiche in relazione al trattamento delle festività coincidenti con la domenica. La Corte Costituzionale ha ritenuto la questione infondata (1). La Corte ha

(1) Corte Cost., sentenza 7-16 maggio 2008, n. 146 – Pres. Bile, Red. Napolitano: *dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 224, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2006), sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Tribunale di Torino, Sezione lavoro, con l'ordinanza indicata in epigrafe.*

richiamato i propri precedenti in cui aveva già affermato che, malgrado la progressiva assimilazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni con quello alle dipendenze dei datori di lavoro privati, sussistono ancora differenze sostanziali che rendono le due situazioni non omogenee in quanto il processo di omogeneizzazione incontra il limite «della specialità del rapporto e delle esigenze del perseguimento degli interessi generali» (cfr. sentenze n. 275 del 2001; n. 82 del 2003; n. 367 del 2006). Anche con riferimento alla norma denunciata, relativa al compenso per la perdita di un giorno di riposo nel caso in cui la festività civile coincida con la domenica, non è possibile effettuare una comparazione tra la categoria dei lavoratori che prestano la loro attività nelle pubbliche amministrazioni e quella dei dipendenti dai datori di lavoro privati, non sussistendo quella omogeneità di situazioni normative che renderebbe ingiustificata la diversa regolamentazione adottata. A tale proposito, la Corte ha evidenziato che la norma oggetto di censura ha come finalità il contenimento e la razionalizzazione della spesa per il settore del pubblico impiego; finalità questa che è imposta dall'art. 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421, e ribadita dall'art. 1, comma 1, lettera *b*, del d.lgs. n. 165 del 2001. A tal fine il legislatore ha riservato alla contrattazione collettiva l'intera definizione del trattamento economico, eliminando progressivamente tutte le voci *extra ordinem*, così che il controllo sulla spesa pubblica per il personale viene, quindi, incentrato sulla contrattazione collettiva. Con riferimento alla questione in oggetto, la Corte ha altresì rilevato che gli stessi contratti collettivi, oltre a ribadire il principio della onnicomprensività della retribuzione e del divieto di ulteriori corrisposizioni, hanno previsto una dettagliata regolamentazione del godimento delle ferie, delle festività e degli eventuali riposi compensativi, con il risultato che, se si applicasse, oltre al contratto collettivo, quanto prevede l'art. 5 della legge n. 260/49, si avrebbe una almeno parziale duplicazione dello stesso beneficio. La Corte ha pertanto ribadito che le differenze ancora esistenti tra il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e il rapporto di lavoro alle dipendenze dei datori di lavoro privati rendono ingiustificata la pretesa di estendere, in nome del principio di eguaglianza, l'attribuzione di una singola disposizione senza tenere conto del quadro complessivo del trattamento economico-normativo dei dipendenti della pubblica amministrazione, quale risulta a seguito dell'applicazione delle procedure di contrattazione collettiva previste dal legislatore.

2. — *Illegittimità costituzionale anche dello spoiling system dei dirigenti pubblici introdotto dal d.l. n. 262/2006* — Il Tribunale di Roma, Sez. lavoro, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 159 e 161, del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, per violazione degli artt. 97 e 98

della Costituzione. In particolare, il comma 159 – modificando il comma 8 dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 – prevede, tra l'altro, che gli incarichi di funzioni dirigenziali conferiti a personale «non appartenente ai ruoli di cui all'articolo 23» cessano «decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al governo». Il comma 161 stabilisce, invece, che i suddetti incarichi, in sede di prima applicazione della nuova normativa, conferiti prima del 17 maggio 2006, «cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore» dello stesso d.l. n. 262 del 2006. Il Tribunale rimettente ha censurato il comma 161, assumendo che esso, nel prevedere, con norma transitoria, che gli incarichi di funzioni dirigenziali conferiti al personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 165/2001 «cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore» del predetto d.l. n. 262 del 2006, si pone in contrasto con gli artt. 97 e 98 Cost., in quanto determina in modo automatico la interruzione del rapporto di lavoro prima dello spirare del termine stabilito per la sua durata. La Corte Costituzionale ha ritenuto la questione fondata (2). La Corte ha richiamato i principi già espressi nella sentenza n. 103 del 2007, con cui ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della legge n. 145/2002, che prevedeva la cessazione automatica, *ex lege* e generalizzata, degli incarichi dirigenziali interni di livello generale al momento dello spirare del termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore della stessa legge n. 145/02. Ad avviso della Corte la nuova norma non si discosta da quelle censurate con la sentenza n. 103. Sebbene l'art. 2, comma 161, del d.l. n. 262/2006 preveda la decadenza del contratto stipulato con personale esterno dipendente da «altre» amministrazioni pubbliche, tale circostanza incide soltanto sul peculiare atteggiarsi della relazione esistente tra rapporto di servizio e rapporto di ufficio. Nel caso del conferimento dell'incarico ai dirigenti di ruolo della stessa amministrazione sia l'incarico che il relativo contratto individuale si innestano, con funzione integrativa, su un rapporto di

(2) Corte Cost., sentenza 7-20 maggio 2008, n. 161 – Pres. Bile, Red. Quaranta: *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 161, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262 (Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 novembre 2006, n. 286, nella parte in cui dispone che gli incarichi conferiti al personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), «conferiti prima del 17 maggio 2006, cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto»;*

dichiara la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 159, del predetto decreto-legge n. 262 del 2006, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 286 del 2006, sollevata, dal Tribunale ordinario di Roma, in riferimento agli artt. 97 e 98 della Costituzione, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

servizio già esistente con l'amministrazione statale. Nel caso di dirigenti di altre amministrazioni l'atto di attribuzione di una determinata funzione dirigenziale e il correlato contratto individuale, avente a oggetto la definizione del trattamento economico, hanno una loro autonomia, atteso che il personale esterno dipendente da «altre» amministrazioni statali mantiene la propria specifica fonte di regolazione del rapporto base. Secondo la Corte la natura esterna dell'incarico non costituisce un elemento in grado di diversificare in senso fiduciario il rapporto di lavoro dirigenziale, che deve rimanere caratterizzato, sul piano funzionale, da una netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie. Anche per i dirigenti esterni il rapporto di lavoro instaurato con l'amministrazione che attribuisce l'incarico deve essere – come la Corte ha già affermato con la sentenza n. 103 del 2007 – «connotato da specifiche garanzie, le quali presuppongono che esso sia regolato in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione». Ad avviso del giudice delle leggi il rispetto di questi principi è necessario al fine di garantire che «il dirigente generale possa espletare la propria attività – nel corso e nei limiti della durata predeterminata dell'incarico – in conformità ai principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.)». La seconda differenza, rispetto alla fattispecie già scrutinata dalla Corte con la sentenza n. 103 del 2007, è costituita dal fatto che l'art. 2, comma 161, d.l. n. 262/2006 consente all'organo politico il potere di conferma del dirigente entro sessanta giorni. Per la Corte anche tale differenza non è idonea, di per sé, a diversificare le fattispecie in esame e conseguentemente il relativo regime giuridico. Il potere ministeriale di conferma non attribuisce, infatti, al rapporto dirigenziale in corso alcuna garanzia di autonomia funzionale, atteso che dalla mancata conferma la legge fa derivare la decadenza automatica senza alcuna possibilità di controllo giurisdizionale. Alla luce di queste considerazioni, la Corte ha ritenuto che la norma denunciata, prevedendo la immediata cessazione del rapporto dirigenziale alla scadenza del sessantesimo giorno dall'entrata in vigore del d.l. n. 262 del 2006, in mancanza di riconferma, violi, in carenza di idonee garanzie procedurali, i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità e, in particolare, «il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa», esattamente nei medesimi termini della norma censurata con la sentenza n. 103 del 2007. La previsione di una anticipata cessazione *ex lege* del rapporto in corso – in assenza di una accertata responsabilità dirigenziale – impedisce che l'attività del dirigente possa espletarsi in conformità a un nuovo modello di azione della pubblica amministrazione, disegnato dal-

le recenti leggi riforma della pubblica amministrazione, che misura l'osservanza del canone dell'efficacia e dell'efficienza «alla luce dei risultati che il dirigente deve perseguire, nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico, avendo a disposizione un periodo di tempo adeguato, modulato in ragione della peculiarità della singola posizione dirigenziale e del contesto complessivo in cui la stessa è inserita» (sentenza n. 103 del 2007).

3. — *Discrezionalità del legislatore nel determinare i criteri di inquadramento e di progressione in carriera per il Corpo dei Vigili del Fuoco* — Il Tar Veneto e il Tar Calabria hanno sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 153, 162, e 165 del d.lgs. 13 ottobre 2005, n. 217 (Ordinamento del personale del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco a norma dell'articolo 2 della legge 30 settembre 2004, n. 252), nella parte in cui non prevedono l'inquadramento dei direttori amministrativi e dei coordinatori amministrativi privi di laurea nelle nuove qualifiche di «funzionario amministrativo – contabile direttore» e di «funzionario amministrativo contabile direttore – vice dirigente», o comunque in un ruolo direttivo speciale, nonché nella parte in cui non prevedono l'inquadramento dei collaboratori tecnici antincendi della VII qualifica funzionale privi di laurea nel nuovo ruolo direttivo con la qualifica di direttori e direttori-vice direttori, ovvero in un istituendo ruolo direttivo speciale. I due rimettenti dubitano della legittimità costituzionale delle norme impugnate con riferimento all'art. 3 Cost. [sia sotto il profilo del diverso trattamento del personale sprovvisto di laurea, operato dalle disposizioni impugnate, rispetto a quelle relative ad altre categorie di personale non contrattualizzato, sia sotto il profilo della ragionevolezza, in quanto «l'eccessiva valorizzazione della laurea, rispetto all'anzianità di servizio e alla connessa professionalità acquisita sul campo», consentirebbe a giovani laureati di sopravanzare in qualifica dipendenti di (precedente) pari qualifica con maggiore anzianità ed esperienza], all'art. 97 Cost. (sotto il profilo del principio di buon andamento, in quanto le disposizioni impugnate potrebbero creare situazioni di malcontento e, quindi, demotivare i dipendenti non laureati), all'art. 76 Cost. (in quanto le disposizioni impugnate contrasterebbero con l'art. 2, comma 1, lettera b, punto 2, della legge delega, secondo cui il riassetto dei ruoli avrebbe dovuto prevedere avanzamenti fondati su «adeguate modalità di sviluppo verticale e orizzontale basate principalmente su qualificate esperienze professionali, sui titoli di studio e sui percorsi di formazione e qualificazione professionali»). La Corte ha ritenuto la questione infondata (3). Quanto alla censura di violazione dell'art. 76

(3) Corte Cost., sentenza 21 maggio-6 giugno 2008, n. 192 – Pres. Bile, Red. Cassese:

Cost., il particolare rilievo riconosciuto dal legislatore al diploma di laurea, inquadrando i dipendenti in qualifiche diverse in base al suo possesso o alla sua mancanza, era una scelta non preclusa dalla legge delega, la quale non imponeva di attribuire lo stesso rilievo ai titoli di studio e agli altri titoli, ma solo di tener conto «principalmente» degli uni e degli altri, cosa che il legislatore delegato ha fatto. Quanto alla violazione dell'art. 97, la Corte ha richiamato un suo precedente in cui aveva già affermato che l'esigenza di non demotivare il pubblico dipendente non può essere invocata come limite alle scelte del legislatore e che il principio del buon andamento dell'amministrazione può, al contrario, richiedere interventi legislativi che impongano sacrifici al personale (cfr. sentenza n. 335 del 1992). Parimenti infondate sono state ritenute le questioni sollevate con riferimento all'art. 3 Cost. In ordine all'articolazione delle carriere e dei passaggi di qualifica, la Corte ha sempre riconosciuto un ampio margine di apprezzamento al legislatore, le cui scelte possono essere sindacate solo se arbitrarie o manifestamente irragionevoli (cfr. sentenze n. 234 del 2007, n. 4 del 1994 e n. 448 del 1993), mentre nel caso in esame non emergono profili di arbitrarietà o irragionevolezza. Né la Corte ha attribuito pregio alle censure basate sulla differenza tra il trattamento riservato al personale non laureato dalle disposizioni impugnate e da altre discipline relative a categorie di dipendenti pubblici sottratti alla contrattualizzazione del rapporto di lavoro. La Corte le ha rigettate rilevando che, in primo luogo, il paragone è fatto con le intere categorie e non con le figure professionali similari. In secondo luogo, i ruoli direttivi speciali, previsti per quelle categorie, sono stati introdotti da discipline derogatorie, che non possono essere assunte come termini di paragone. In terzo luogo, il confronto è escluso anche dal fatto che i *tertia comparationis* invocati sono rappresentati da norme che disciplinano personale appartenente, a differenza di quello del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, a Forze di polizia. In quarto luogo, per quanto riguarda la questione sollevata dal Tar Veneto, quelle invocate come termini di paragone sono norme relative a qualifiche del personale operativo, mentre le disposizioni impugnate riguardano personale amministrativo-contabile.

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate, rispettivamente, dal Tribunale amministrativo regionale del Veneto in ordine agli articoli 162, commi 2 e 3, e 165, commi 2 e 3, del decreto legislativo 13 ottobre 2005, n. 217 (Ordinamento del personale del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco a norma dell'articolo 2 della legge 30 settembre 2004, n. 252), e dal Tribunale amministrativo regionale della Calabria in ordine all'articolo 153, commi 1, 2 e 3, dello stesso decreto legislativo, in riferimento agli articoli 3, 76 e 97 della Costituzione, con le ordinanze in epigrafe.

SICUREZZA SOCIALE

(a cura di Lorenzo Fassina)

SOMMARIO: 1. Assegno sociale e computabilità nei redditi della rendita Inail. — 2. Contributi per periodi di lavoro in Svizzera e interpretazione autentica. — 3. Contributi per tecnici laureati. — 4. Invalidi civili e requisiti reddituali. — 5. Prescrizione dei ratei pensionistici pubblici.

1. — *Assegno sociale e computabilità nei redditi della rendita Inail* — La Corte Costituzionale, con sentenza n. 233/2008 (1), ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 3, comma 6, della legge 1° agosto 1995, n. 335, nella parte in cui stabilisce che per determinare il limite reddituale rilevante ai fini della concessione dell'assegno sociale si deve tener conto della rendita Inail percepita dal coniuge del beneficiario. La Corte d'Appello di Torino sosteneva che la disposizione censurata si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. poiché, a parità di risorse patrimoniali e di grado di inabilità, riserva un trattamento peggiore al titolare di rendita Inail con moglie a carico rispetto al titolare della suddetta rendita senza moglie a carico, essendo il primo obbligato a destinare al mantenimento del coniuge risorse che il secondo può, invece, riservare alla funzione, prevista dalla legge, di compensare il proprio stato di inabilità al lavoro. Ciò comporterebbe anche la violazione dell'art. 38 Cost., dato che, conseguentemente, la rendita in argomento non sarebbe più utilizzata, almeno in parte, per fornire al soggetto inabile al lavoro i mezzi necessari per vivere. A questi argomenti la Corte Costituzionale ha ribattuto che la rendita Inail trova il proprio fondamento in particolari fattispecie e nei bisogni da queste sorti per l'inabilità al lavoro derivatane (si veda, per tutte, la sentenza n. 297 del 1999); in seguito, però, come le altre prestazioni previdenziali, può avere la destinazione che il titolare vuole o deve darle, anche in adempimento di doveri familiari, a seconda della concre-

(1) Corte Cost., 27 giugno 2008, n. 233 – Pres. Bile, Red. Amirante: *dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 6, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), sollevata, in riferimento agli articoli 3 e 38 della Costituzione, dalla Corte d'Appello di Torino.*

ta situazione, che, in presenza di una condizione di non inabilità, sarebbero soddisfatti con i corrispettivi dell'attività lavorativa. Del resto, in più occasioni la Corte Costituzionale ha affermato che il legislatore – sul presupposto che «a determinati e comuni bisogni di vita possa essere data soddisfazione con le risorse del coniuge, nel contesto della solidarietà familiare» – può, nel prevedere interventi di tipo previdenziale o assistenziale, far riferimento ai redditi del coniuge dell'interessato, purché l'importo dei redditi cumulati preso in considerazione ai fini dell'esclusione sia adeguatamente superiore a quello dei redditi propri del soggetto (sentenze n. 127 del 1997 e n. 395 del 1999, nonché ordinanza n. 204 del 1998). E ciò accade nel caso di specie, visto che l'art. 3, comma 6, di cui si discute, stabilisce che «se il soggetto possiede redditi propri l'assegno è attribuito in misura ridotta fino alla concorrenza» dell'importo stabilito, se il soggetto non è coniugato, «ovvero fino al doppio del predetto importo», nel caso di soggetto coniugato.

2. — *Contributi per periodi di lavoro in Svizzera e interpretazione autentica* — È legittima l'interpretazione autentica fornita dalla legge finanziaria 2007 (art. 1, comma 777, legge 27 dicembre 2006, n. 296) con riguardo alla riparametrazione del trattamento pensionistico in relazione a periodi di lavoro svolti in Svizzera. La Corte di Cassazione aveva sostenuto l'incostituzionalità della norma impugnata in riferimento all'art. 3, comma 1, all'art. 38, comma 2, e all'art. 35, comma 4, della Costituzione qualificando la norma come innovativa e non interpretativa. Il carattere innovativo sarebbe derivato dall'incontrastato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale il lavoratore italiano, richiedente il trasferimento dei contributi, avrebbe avuto diritto alla determinazione della pensione sulla base della retribuzione effettivamente percepita in Svizzera, non rilevando la minore aliquota contributiva elvetica. L'introduzione di un nuovo criterio di calcolo, non ricavabile dalla disposizione interpretata, avrebbe violato l'art. 3, comma 1, Cost., e con esso l'affidamento riposto dai titolari di pensione nella certezza dei rapporti giuridici. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 172/2008 (2), ha dichiarato non fondata la questione affermando che la norma ha reso esplicito un precetto già contenuto nella normativa previdenziale, secondo il quale, nei casi in cui occorre calcolare la retribuzione pensionabile di chi abbia versato i contributi secondo sistemi diversi da quello italiano, si procede a una riparametrazione della retribuzione percepita all'estero che consenta di

(2) Corte Cost., 23 maggio 2008, n. 172 – Pres. Bile, Red. Mazzella: *dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 777, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), sollevata, in riferimento agli artt. 3, comma 1, 35, comma 4, e 38, comma 2, della Costituzione, dalla Corte di Cassazione.*

rendere il rapporto (tra retribuzione pensionabile e contributi versati) omogeneo a quello vigente in Italia. La norma censurata, quindi, non determina alcuna lesione dell'affidamento del cittadino nella certezza dell'ordinamento giuridico nella parte in cui dà della disposizione interpretata un significato rientrante nelle possibili letture del testo originario.

3. — *Contributi per tecnici laureati* — La Corte Costituzionale, con sentenza n. 191/2008 (3), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 103, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 (Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica), modificato dall'art. 23 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, nella parte in cui non riconosce ai ricercatori universitari, all'atto della loro immissione nella fascia dei ricercatori confermati, per intero ai fini del trattamento di quiescenza e previdenza e per i due terzi ai fini della carriera, l'attività effettivamente prestata nelle università in qualità di tecnici laureati con almeno tre anni di attività di ricerca. La declaratoria di illegittimità trova fondamento soprattutto nel fatto che, al contrario che per i ricercatori, a favore dei professori ordinari e associati la legge attribuisce valore pensionistico ai periodi svolti come tecnici laureati. Non resta quindi che parificare le situazioni poste a raffronto sul presupposto dell'identità ordinamentale sottesa alla figura dei tecnici di laboratorio.

4. — *Invalidi civili e requisiti reddituali* — La Corte Costituzionale, con ordinanza n. 115/2008 (4), pur dichiarando manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale della norma impugnata nella parte

(3) Corte Cost., 6 giugno 2008, n. 191 – Pres. Bile, Red. Cassese:

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 103, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 (Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica), modificato dall'art. 23 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge finanziaria 2000)», nella parte in cui non riconosce ai ricercatori universitari, all'atto della loro immissione nella fascia dei ricercatori confermati, per intero ai fini del trattamento di quiescenza e previdenza e per i due terzi ai fini della carriera, l'attività effettivamente prestata nelle università in qualità di tecnici laureati con almeno tre anni di attività di ricerca.

(4) Corte Cost., 24 aprile 2008, n. 115 – Pres. Bile, Red. Amirante:

dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 14-septies, commi 4 e 5, del decreto-legge 30 dicembre 1979, n. 663 (Finanziamento del Servizio sanitario nazionale nonché proroga dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni in base alla legge 1° giugno 1977, n. 285, sulla occupazione giovanile), convertito, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33, sollevata, in riferimento agli articoli 3, commi 1 e 2, e 38, comma 1, della Costituzione, dal Tribunale di La Spezia, Sezione lavoro.

in cui non prevede, ai fini della pensione di inabilità civile, l'esclusione dal computo dei redditi del nucleo familiare del richiedente (come invece accade per l'assegno di invalidità civile), tra le righe ha evidenziato di ritenere «non implausibile» una lettura della norma (art. 14-*septies*, comma 5, legge n. 33/1980) che, costituzionalmente orientata, possa prevedere una giusta parificazione tra le due prestazioni in ordine al computo del reddito. Nel senso, ovviamente, di escludere il reddito familiare-coniugale dalle condizioni reddituali per ottenere la pensione di inabilità civile. In effetti, siamo di fronte a una netta spaccatura interpretativa tra chi sostiene (come lo stesso Inps a livello amministrativo e, ovviamente, i patronati) l'interpretazione a favore degli inabili civili e chi, invece, sostiene il contrario (alcune sentenze di Cassazione e la consulenza legale Inps).

5. — *Prescrizione dei ratei pensionistici pubblici* — Con sentenza n. 234/2008 (5), la Corte Costituzionale ha rigettato la questione dell'art. 2 del regio decreto legge 19 gennaio 1939, n. 295, come sostituito dall'art. 2, comma 4, della legge 07 agosto 1985, n. 428, nella parte in cui assoggetta a prescrizione quinquennale non solo i ratei di pensione liquidi ed esigibili, ma anche i ratei di pensione non ancora liquidi ed esigibili e, quindi, non ancora ammessi a pagamento. La Corte, dopo aver ricordato che, a eccezione delle pensioni di guerra (in ragione della loro specifica natura risarcitoria e non previdenziale), il diritto a pensione dei pubblici dipendenti è imprescrittibile e, quindi, può essere fatto valere in ogni tempo, ha sottolineato che non può considerarsi un omogeneo termine di paragone la disciplina della prescrizione delle pensioni erogate dall'Inps, perché si tratta di regimi previdenziali diversi, e in particolare il regime pensionistico dei dipendenti statali prevede regole proprie in riferimento non solo alla liquidazione della pensione, ma anche alla stessa decorrenza della prescrizione della pensione, la quale, in ogni caso, non opera mai prima del giorno in cui il relativo provvedimento di liquidazione sia portato a conoscenza dell'interessato (art. 143 del d.P.R. n. 1092 del 1973). Non può, dunque, il raffronto tra regimi previdenziali di-

(5) Corte Cost., 27 giugno 2008, n. 234 – Pres. Bile, Red. Maddalena: *dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, del regio decreto-legge 19 gennaio 1939, n. 295 (Ricupero dei crediti verso impiegati e pensionati, e prescrizione biennale di stipendi, pensioni e altri emolumenti) – convertito nella legge 2 giugno 1939, n. 739 –, nel testo sostituito dall'art. 2, comma 4, della legge 7 agosto 1985, n. 428 (Semplificazione e snellimento delle procedure in materia di stipendi, pensioni e altri assegni; riorganizzazione delle direzioni provinciali del tesoro e istituzione della Direzione generale dei servizi periferici del tesoro; adeguamento degli organici del personale dell'amministrazione centrale e del Ministero del tesoro e del personale amministrativo della Corte dei Conti), sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 38 della Costituzione, dalla Corte dei Conti, Sezione terza centrale d'appello.*

versi valere, di per sé, a dimostrare la lesione del principio di eguaglianza. Infine, in materia di fissazione del termine di prescrizione dei singoli diritti – prosegue la Corte – il legislatore gode di ampia discrezionalità, con l'unico limite dell'eventuale irragionevolezza, qualora «esso venga determinato in modo da non rendere effettiva la possibilità di esercizio del diritto cui si riferisce, e di conseguenza inoperante la tutela voluta accordare al cittadino leso» (*ex plurimis*, ordinanze n. 16 del 2006 e n. 153 del 2000); limite che non risulta violato dalla norma di cui al denunciato art. 2, in quanto essa prevede un termine prescrizionale di 5 anni, che non può reputarsi incongruo rispetto ai suddetti fini.

RAPPORTO DI LAVORO

CASSAZIONE, 14 aprile 2008, n. 9812, Sez. lav. – Pres. Ravagnani, Est. D'Agostino, P.M. Salvi – Società Solidea Sas (avv.ti Ferretti, Casella e Scudier) c. Inps (avv.ti Maritato, Coretti e Correra).
Conf. Corte d'Appello Venezia.

Lavoro subordinato – Indici normativi di individuazione della natura del rapporto – Contenuto.

Qualificazione del giudice di merito – Censurabilità in sede di legittimità – Limiti.

L'elemento decisivo che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato è costituito dall'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro con il conseguente inserimento del lavoratore in modo stabile ed esclusivo nell'organizzazione aziendale: costituiscono indici sintomatici della subordinazione l'assenza del rischio di impresa, la continuità della prestazione, l'obbligo di osservare un orario, la cadenza e la forma delle retribuzioni e l'utilizzazione di strumenti messi a disposizione dal datore di lavoro nell'ambiente dallo stesso apprestato (nella specie la sentenza ha ritenuto elementi qualificanti dello subordinazione delle dipendenti con mansioni di telefoniste il fatto che esse seguivano le direttive dell'Azienda in relazione a ogni telefonata da svolgere prendendo nota dell'esito e del numero delle telefonate, che avevano un preciso orario di lavoro e che utilizzavano attrezzature e materiali della Società). (1)

La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro effettuata dal giudice di merito è censurabile in Cassazione limitatamente alla scelta dei parametri normativi di individuazione della natura del rapporto, mentre l'accertamento degli elementi che rivelino l'effettiva presenza di tale natura costituisce apprezzamento di fatto che, se immune da vizi, non è sindacabile in tale sede. (2)

(Omissis) Con ricorso depositato il 10 marzo 1998 la Società Solidea Sas di A. M. & C., in persona del socio accomandatario, società esercente atti-

vità di prestazione di servizi per il settore pubblicitario, conveniva l'Inps avanti al Tribunale di Padova per sentire accertare la natura autonoma del rapporto di lavoro intercorso con 27 lavoratori, in maggior parte donne, con mansioni di telefonista o segretaria, di cui al verbale ispettivo n. 7314/97 dell'11 novembre 1997.

L'Inps si costituiva e in via riconvenzionale chiedeva che, previo accertamento della natura subordinata del lavoro svolto dalle dipendenti indicate nel rapporto ispettivo, la società venisse condannata al pagamento di lire 524.345.553 per contributi omessi, somme aggiuntive e accessori.

Il Tribunale di Padova, con sentenza n. 19/2001, dichiarava che il lavoro intercorso con le lavoratrici aveva natura autonoma e che la società nulla doveva all'Istituto previdenziale.

La Corte d'Appello di Venezia, in parziale riforma della decisione del Tribunale, dichiarava che il lavoro svolto da n. 15 dipendenti, tra quelli indicati nel rapporto ispettivo, aveva natura subordinata e di conseguenza condannava la società al pagamento dei contributi, somme aggiuntive e accessorie quantificati dall'Inps per dette dipendenti.

Per tutte dette dipendenti la Corte territoriale riteneva raggiunta la prova dello stabile inserimento nell'organizzazione produttiva dell'azienda e della sottoposizione al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro. (*Omissis*)

Con il primo motivo di ricorso, denunciando violazione degli artt. 2094 e 2222 cod. civ. e omessa motivazione, la ricorrente censura la sentenza impugnata per aver affermato la natura subordina del rapporto di lavoro senza tener conto delle deposizioni testimoniali raccolte, dalle quali era possibile ricavare l'insussistenza degli elementi caratterizzanti la subordinazione, quali la sottoposizione al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, la mancanza di un orario di lavoro e le modalità della retribuzione. Tali obiettive deficienze, ravvisabili per tutte le dipendenti, erano del tutto evidenti in particolare per le dipendenti C. C., Z. L., P. D. e A. F.

Con il secondo motivo, denunciando violazione dell'art. 2700 cod. civ. e omessa motivazione, la ricorrente si duole che la Corte territoriale abbia affermato che la sig.ra C. S. aveva svolto attività di lavoro subordinato per la Solidea Sas, benché la predetta non avesse confermato in giudizio le dichiarazioni rese all'ispettore e quindi in mancanza di prova del lavoro subordinato, atteso che i verbali ispettivi non avevano efficacia probatoria piena con riferimento alla intrinseca veridicità delle dichiarazioni raccolte dall'ispettore. Al riguardo la motivazione della sentenza era anche contraddittoria perché la Corte per altre dipendenti aveva escluso il raggiungimento della prova del lavoro subordinato proprio perché le interessate non erano state sentite come testi.

Con il terzo motivo, denunciando omessa e contraddittoria motivazione, la ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha affermato che da parte della Solidea Sas non vi era stata alcuna contestazione degli importi dei contributi dovuti per ciascun dipendente precisati nel verbale ispettivo. Rileva invece la ricorrente che nella memoria di costituzione avverso la domanda riconvenzionale dell'Inps la società aveva espressamente contestato i conteggi e che l'istituto, a fronte di tale tempestiva contestazione, non aveva formulato in primo grado alcuna istanza istruttoria per provare la fondatezza della propria pretesa.

Il ricorso nel suo complesso non è meritevole di accoglimento.

Il primo motivo è infondato. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte l'elemento decisivo che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato dal lavoro autonomo è l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro e il conseguente inserimento del lavoratore in modo stabile ed esclusivo nell'organizzazione aziendale. Costituiscono poi indici sintomatici della subordinazione, valutabili dal giudice del merito, sia singolarmente che complessivamente, l'assenza del rischio di impresa, la continuità della prestazione, l'obbligo di osservare un orario di lavoro, la cadenza e la forma della retribuzione, l'utilizzazione di strumenti di lavoro e lo svolgimento della prestazione in ambienti messi a disposizione dal datore di lavoro (vedi, tra le tante, Cass. n. 21028/2006, n. 4171/2006, n. 20669/2004). Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, infine, la qualificazione giuridica del rapporto di lavoro effettuata dal giudice di merito è censurabile in sede di legittimità soltanto limitatamente alla scelta dei parametri normativi di individuazione della natura subordinata o autonoma del rapporto, mentre l'accertamento degli elementi che rivelino l'effettiva presenza del parametro stesso nel caso concreto e che siano idonei a ricondurre la prestazione al suo modello, costituisce un apprezzamento di fatto delle risultanze processuali che, se immune da vizi logici e giuridici e adeguatamente motivato, non è sindacabile in sede di legittimità (Cfr., tra le tante, Cass. n. 4171/2006, n. 15275/2004, n. 8006/2004).

La Corte territoriale ha fatto corretta applicazione di tali principi, per cui le censure che la ricorrente muove alla sentenza impugnata per violazione di legge si rivelano prive di fondamento.

Altrettanto infondate sono le censure di omessa e insufficiente motivazione. Il giudice del gravame ha preso in esame le numerose testimonianze raccolte e i verbali ispettivi e ha ritenuto elementi qualificanti della subordinazione delle dipendenti con mansioni di telefoniste le circostanze che seguivano le direttive impartite dall'azienda in relazione a ogni telefonata da svolgere prendendo nota dell'esito e del numero di telefonate, che avevano

un preciso orario di lavoro e che utilizzavano attrezzature e materiali di proprietà della società. Per quanto riguarda le dipendenti N., S., C. e B., che non svolgevano il lavoro di telefoniste, la Corte ha ritenuto sussistente la subordinazione per il fatto che erano tenute a osservare un orario, che dovevano giustificare le assenze, che si avvalevano di attrezzature e materiali forniti dalla società e che si dovevano attenere alle direttive del datore di lavoro. Tutte le predette circostanze sono state ritenute dalla Corte, con un apprezzamento in fatto congruamente motivato e non suscettibile di riesame in sede di legittimità, sintomatiche dello stabile inserimento delle lavoratrici nell'organizzazione aziendale e prova della natura subordinata del rapporto di lavoro.

Le conclusioni cui è giunta la Corte per tutti i ventisette dipendenti non è censurabile neppure per le telefoniste C., Z., P. e A., atteso che le circostanze evidenziate dalla ricorrente nell'impugnazione non sono tali da escludere il rapporto di lavoro subordinato. La società, infatti, si duole che il giudice di appello non abbia riportato in sentenza e non abbia tenuto conto di alcune circostanze affermate dalle dipendenti in sede testimoniale; la ricorrente però ha ommesso di trascrivere in ricorso il testo integrale delle testimonianze, come era suo preciso onere per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, per cui le doglianze si rivelano del tutto irrilevanti. Per la A., inoltre, la Corte ha dato ampia giustificazione della propria decisione (pag. 16 della sentenza).

Infondato è anche il secondo motivo. La mancata deposizione testimoniale di C. S. non è motivo sufficiente per escludere la prova della natura subordinata del rapporto di lavoro intrattenuto con la società. La giurisprudenza di questa Corte è pacifica nell'affermare che i verbali redatti dai funzionari degli enti previdenziali o dagli ispettori del lavoro possono costituire prova sufficiente delle circostanze riferite dai lavoratori al pubblico ufficiale, qualora il loro specifico contenuto probatorio o il concorso di altri elementi renda superfluo l'espletamento di ulteriori mezzi istruttori (cfr. Cass. n. 3525/2005, n. 15702/2004, n. 9827/2000). La Corte territoriale, pertanto, ha fatto buon governo delle prove fondando il proprio convincimento sul verbale ispettivo e sulle dichiarazioni rese dalla dipendente al pubblico ufficiale. D'altro canto non si può dimenticare che la società, la quale ha agito in giudizio per l'accertamento della natura autonoma del rapporto di lavoro, non ha fornito alcuna prova al riguardo.

Infondato, infine, è anche il terzo motivo di ricorso. La ricorrente censura la sentenza impugnata per aver affermato che la società non ha contestato i conteggi indicati dall'Inps nel verbale ispettivo. Al riguardo la ricorrente sostiene che nella memoria di costituzione avverso la domanda riconvenzionale dell'Inps ha affermato: «si contestano inoltre i conteggi e

le cifre oggetto della domanda riconvenzionale, in quanto del tutto privi di riscontro e di fondamento».

Al riguardo va osservato che il principio di non contestazione dei fatti costitutivi della domanda opera in ogni caso in cui i fatti medesimi non siano contestati in modo preciso e dettagliato dal convenuto. A fronte di una precisa indicazione dei fatti costitutivi della pretesa (nominativo dei singoli lavoratori, orario di lavoro, retribuzione, contributi dovuti) non può reputarsi sufficiente a escludere la pacifica ammissione una contestazione del convenuto del tutto generica, come quella contenuta nello scritto difensivo invocato dalla società. (*Omissis*)

(1-2) IL LAVORO DELLE «TELEFONISTE»
E GLI INDICI DELLA SUBORDINAZIONE

Sentenza assurta a particolare notorietà nella stampa quotidiana perché, secondo alcune informazioni rese in via immediata, avrebbe riguardato il complesso e cruciale problema della natura giuridica del rapporto di lavoro degli addetti ai *call center*, per i quali come è noto sono state emanate alcune importanti circolari del Ministero del lavoro e della previdenza sociale in materia di attività di vigilanza e indicazioni operative con riferimento alle *collaborazioni coordinate e continuative nella modalità a progetto* di cui agli artt. 61 ss. del d.lgs. n. 276/2003 (Circolare n. 4 del 29 gennaio 2008, Protocollo 25/Segr/0001596; Circolare n. 8 del 31 marzo 2008, Protocollo 25/I/0004611, questa seconda riferita specificamente all'ipotesi di trasformazione dei rapporti di collaborazione in contratti di lavoro subordinato ai sensi dalla legge n. 296/06, art. 1, comma 1203).

In effetti, la decisione trae spunto, nella prima parte, dalla consolidatissima giurisprudenza della S.C. che allinea, talora in maniera sostanzialmente acritica, una serie di elementi o indici tradizionali elencati tutti in modo «equipollente», dei quali peraltro è stato giustamente denunciato il carattere astratto e soprattutto non aggiornato rispetto all'evoluzione, talora raffinata e abilmente articolata, delle modalità di prestazione dell'attività lavorativa nella moderna impresa frammentata e/o decentrata.

Occorre dire che in maniera più perspicua qualche recente decisione aveva tentato di distinguere tra elementi e circostanze *effettivamente qualificanti* e aspetti sostanzialmente *sussidiari*: si erano ritenuti non determinanti, in tal modo, elementi quali la flessibilità dell'orario, la non continuità della presenza fisica del lavoratore in azienda, il fatto che egli svolgesse in via autonoma la propria prestazione, così come il *nomen iuris* del contratto (Così, ad esempio, Cass. 9 ottobre 2006, n. 21646, Sez. lav., in q. *Riv.*, 2007, II, pp. 144 ss., con ampio commento di M. Roccella, *ivi*, pp. 131 ss.). Quest'ultima decisione, come sottolinea il commento appena ricordato, ha concentrato la sua attenzione su tre indici e sui correlativi elementi fattuali: l'inserimento del lavoratore nella struttura aziendale; il possesso da parte di quest'ultimo di una propria autonoma struttura organizzativa e infine il fatto che la prestazione abbia assicurato all'azienda un risultato utile e/o rilevante (Così Roccella, *op. cit.*, p. 136). In effetti, la de-

cisione utilizza il termine «risultato importante»: ma anche a noi pare che il risultato, qualunque sia la concreta utilità per il datore, purché ve ne sia una, rappresenta un indice certamente significativo per i fini di cui ci stiamo occupando; in quel caso, peraltro, si trattava di un dipendente con mansioni dirigenziali la cui prestazione era comunque oggettivamente importante per l'azienda, mentre nel nostro caso, come vedremo subito, essa assume piuttosto il carattere della *essenzialità*.

Infatti, trattandosi non esattamente di un *call center* ma, come si evince dallo «svolgimento del processo», di un certo numero di lavoratori, la maggior parte donne «con mansioni di telefonista o segretaria» addette a una impresa che esercita «attività di prestazione di servizi per il settore pubblicitario», appare pacifica la circostanza concernente l'inserimento nell'ambito aziendale, mentre sono sicuramente controverse e contestate nel ricorso per cassazione della datrice di lavoro la «sottoposizione al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, la mancanza di un orario predeterminato e le modalità della retribuzione».

Sono tutte circostanze, queste, che, a nostro avviso, ineriscono ai fattori «sussidiari» e non costitutivi in materia di indici della subordinazione, atteso che la decisione in epigrafe ha comunque accertato che – in contrasto con quanto denunciato dal datore di lavoro – le dipendenti avevano un preciso orario e, soprattutto, «che utilizzavano attrezzature e materiali di proprietà della società e seguivano le direttive impartite dall'azienda in relazione a ogni telefonata [...] prendendo nota dell'esito e del numero delle telefonate» (così testualmente la decisione in commento).

Ci sembra questo un aspetto che può essere ricondotto – *mutatis mutandis* – a uno degli indici di «criticità» opportunamente elencati nella Circolare n. 8 del 2008, sopra citata, laddove, ai fini della qualificazione, o meno, della prestazione come autonomia per lo svolgimento di attività *out bound*, menziona anche il fatto che la prestazione di lavoro, presso il *call center*, sia resa nell'ambito di una fascia oraria con possibilità per il collaboratore di gestire la quantità e collocazione temporale della stessa e che siano applicati sistemi informatici che non consentono l'autodeterminazione dei ritmi lavorativi.

La sentenza peraltro appare sostanzialmente avara di motivazioni limitandosi, come abbiamo visto, a elencare i ripetuti «indici» ai quali la giurisprudenza della S.C. si riferisce costantemente, senza marcare in maniera evidente la *qualità oggettiva* della scelta effettuata, che sembra tracciare una linea di discriminazione tra autonomia e subordinazione alla luce di una circostanza *peculiare di mero fatto*, quale l'obbligo delle telefoniste di annotare le telefonate e il loro esito. In sostanza è questa una notazione che consente di ricondurre questo specifico orientamento della Corte di legittimità alla teoria della cd. *doppia alienità*, intesa come estraneità del lavoratore rispetto ai mezzi di produzione e al risultato della prestazione, alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale laddove essa afferma che «la subordinazione non è semplicemente un modo di essere della prestazione dedotta in contratto, ma è una qualificazione della prestazione derivante dal tipo di regolamenti di interessi prescelto dalle parti con la stipulazione di un contratto di lavoro comportante l'incorporazione della prestazione stessa in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse giuridicamente tutelato» (Corte Cost. 12 febbraio 1996, n. 30, in *Dir. lav.*, 1996, II, p. 52, con nota).

Si tratta, come è noto, di una decisione di rigetto riguardante il socio lavoratore di una cooperativa di lavoro che affronta il problema della legittimità dell'art. 2, comma 1, legge 29 maggio 1982, n. 297, laddove esso esclude dalla tutela del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto, in caso di insolvenza della società, i predetti soci lavoratori, elaborando peraltro le considerazioni che abbiamo sopra riportato sulla natura particolare del socio lavoratore rispetto alla figura del prestatore riconducibile all'art. 2094 cod. civ.

C'è da augurarsi che nelle prossime decisioni la S.C. voglia fornire ulteriori approfondimenti e più ampie motivazioni che consentano una più adeguata qualificazione giuridica delle nuove forme, sempre più mutevoli e articolate – soprattutto nella vasta fenomenologia dei *rapporti di fatto* –, che vengono assumendo le prestazioni lavorative a contenuto patrimoniale.

Ben poco v'è da aggiungere per quanto concerne la seconda massima, che costituisce giurisprudenza assolutamente consolidata (Vedi, ad esempio, Cass. 24 febbraio 2006, n. 4171, Sez. lav., in *Foro it.*, 1, 2007, I, 93); naturalmente il problema non è quello della sindacabilità e/o degli eventuali *errores in procedendo*, ma, come abbiamo già osservato, della pertinente e corretta individuazione degli effettivi indici sintomatici della subordinazione, come comprova anche la decisione da ultimo richiamata, che accerta la natura subordinata del rapporto di lavoro di un messo notificatore alle dipendenze di un'impresa di riscossione tributi, essenzialmente sulla scorta del fatto che il lavoratore riceveva «quotidianamente specifiche direttive in ordine alle notifiche, nonché agli altri compiti da svolgere».

Francesco Fabbri
Avvocato in Roma

CASSAZIONE, 7 febbraio 2008, n. 2874, Sez. lav. – Pres. Mattone, Est. Nobile, P.M. Sepe – Bencom Srl (avv.ti Scognamiglio e Tabacchi) c. Gruppo Coin Spa (avv. Pulsoni), A. G. e altri (avv.ti Virgilio e Cossu), Spazio Srl (avv.ti Prastaro, De Rosa e Gyulai) e Benetton Retail Italia Srl. Conf. Corte d'Appello Trieste, 15 novembre 2005.

Trasferimento d'azienda – Cessionario rientrante nell'area della tutela obbligatoria – Contratto in frode alla legge – Motivo illecito – Sussiste.

L'affitto o la cessione di un ramo d'azienda può essere dichiarato nullo quando sia stato disposto con l'obiettivo di eludere le tutele garantite ai lavoratori dall'art. 18 Stat. lav. Con la conseguenza che il contratto stipulato viene considerato come concluso in frode alla legge.

La frode alla legge funziona come clausola generale di tipizzazione delle condotte negoziali tenute in violazione di norme imperative, di guisa che, a seguito del combinato disposto della norma imperativa generale di cui all'articolo 1344 cod. civ. e della norma imperativa speciale, vengono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti e le violazioni mediate o indirette.

La verifica della ricorrenza della frode alla legge, che si realizza ove si manifesti una divergenza fra la causa tipica dell'atto negoziale e la determinazione causale del suo autore indirizzato alla elusione di una norma imperativa, è rimessa al giudice di merito, la cui valutazione è incensurabile in Cassazione ove correttamente motivata. (1)

(Omissis) Con sentenza n. 167 del 21 novembre 2003 il giudice del lavoro del Tribunale di Gorizia, in parziale accoglimento dei ricorsi (riuniti) proposti da A. K. A. G., E. O., C. S., O. S. e S. S., e in specie delle domande di cui al punto c) dei ricorsi introduttivi, accertata la nullità del contratto di affitto d'azienda stipulato dalla Gescom Srl e dalla Spazio Srl in data 30 gennaio 2001 e l'illegittimità del licenziamento intimato dalla Gescom alle ricorrenti con lettera in data 1° febbraio 2001, condannava la Gescom alla reintegra delle ricorrenti nei posti di lavoro nonché al risarcimento dei danni in favore delle stesse, mediante versamento di un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegra e al versamento dei relativi contributi assistenziali e previdenziali, oltre rivalutazione monetaria e interessi. Il giudice, inoltre, respingeva le residue domande proposte dalle ricorrenti e accoglieva la domanda riconvenzionale proposta dalla Spazio Srl e, accertata la nullità dei licenziamenti operati dalla stessa Spazio Srl in data 27 marzo 2001, condan-

nava le ricorrenti alla restituzione in favore della medesima società di tutte le somme percepite in conseguenza dei licenziamenti detti, come rispettivamente indicato, con gli interessi dalla data del pagamento al saldo. Infine condannava la Gescom (ora Bencom) al pagamento in favore delle ricorrenti delle spese di lite e compensava le spese stesse tra le ricorrenti, il Gruppo Coin Spa, la Spazio Srl e la Benetton Retail Italia Srl.

(*Omissis*)

La Corte d'Appello di Trieste, riuniti i procedimenti con sentenza pubblicata il 15 novembre 2005, confermava *in toto* la sentenza appellata (*Omissis*). In sintesi la Corte territoriale innanzi tutto rilevava che le originarie richieste attoree contenute nei ricorsi introduttivi nei punti A), 8), D) ed E), erano state respinte dal primo giudice e tale parte della pronuncia (riguardante in particolare le posizioni del Gruppo Coin e della Benetton Retail Italia) non era stata fatta oggetto di gravame dagli interessati, per cui era coperta dal giudicato.

La Corte di merito, inoltre, respinte le doglianze riguardanti l'asserita ultrapetizione e la nullità dei ricorsi introduttivi, osservava che l'art. 18, legge n. 300/1970, ben poteva «rappresentare un utile referente normativo ai sensi dell'art. 1344 cod. civ. qui invocato dalle attrici» e rilevava che parimenti infondata era la doglianza sul requisito numerico mossa dalla Bencom, risultando lo stesso requisito sussistente nella fattispecie. Dopo aver analizzato, quindi, nel merito la vicenda, e in specie il coinvolgimento delle singole società (facenti capo al Gruppo Benetton o appartenenti alla rete distributiva Benetton), la Corte d'Appello accertava la sussistenza di un contratto in frode alla legge nell'affitto di ramo di azienda alla Spazio e ravvisava un atto di licenziamento nella comunicazione di tale passaggio effettuata dalla Gescom alle lavoratrici. (*Omissis*)

Motivi della decisione

(*Omissis*)

Passando all'esame del ricorso principale della Bencom e di quello incidentale della Spazio, rileva la Corte che entrambe le società, in sostanza, hanno proposto gli stessi tre motivi con pressoché medesime argomentazioni, mentre la Spazio ha aggiunto un quarto motivo.

Può, pertanto, procedersi a un esame parallelo e simultaneo dei detti primi tre motivi, con riferimento a entrambi i ricorsi, proseguendo, poi, nell'esame del quarto motivo del ricorso incidentale della Spazio.

Con il primo motivo dei ricorsi Bencom e Spazio entrambe le società ricorrenti, denunciando violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. in relazione al n. 4 dell'art. 360, comma 1, cod. proc. civ. e vizio di motivazione, in sostanza deducono che già in sede di gravame avevano lamentato che le attrici non a-

vevano prospettato quella ipotesi di nullità posta dal primo giudice a fondamento della decisione appellata, avendo chiesto genericamente l'accertamento «della nullità e/o inefficacia e/o illegittimità [...] del contratto di cessione di ramo di azienda (o di ogni altro contratto relativo alla cessione del punto vendita di Gorizia per cui è causa) tra la Società Gescom Srl e la Società Spazio Srl [...], senza denunciare la sussistenza di un contratto in frode alla legge».

In particolare entrambe le società lamentano che la Corte d'Appello, non considerando il reale contenuto delle relative doglianze, avrebbe attribuito le argomentazioni delle lavoratrici «al rapporto Gescom/Spazio, piuttosto che a quello Gescom/Bri, come effettivamente era», così violando l'art. 112 cod. proc. civ., peraltro con motivazione illogica.

Il motivo è infondato.

In particolare nei ricorsi introduttivi (pp. 12 e 13, *sub* C) si affermava che «Il rapporto di lavoro è transitato (formalmente) in capo alla Spazio Srl che ha, pressoché immediatamente, licenziato la ricorrente e tutti gli altri dipendenti del punto vendita di Gorizia [...]. È dunque evidente che l'intervento della Società Spazio Srl è servito unicamente a procedere al licenziamento della ricorrente (e degli altri dipendenti) e che questa interposizione nei rapporti tra la Gescom Srl la Benetton Retail Italia e la ricorrente è avvenuto in frode alla legge, per rendere più agevole (e comunque meno costosa) l'espulsione dei lavoratori (si consideri che sia la Gescom Srl che la Benetton Retail Srl, erano soggette all'operatività dell'art. 18 della legge n. 300/1970). Nei confronti della ricorrente (e degli altri dipendenti del punto vendita di Gorizia) i rapporti della Società Spazio Srl con la Società Gescom Srl e la Società Benetton Retail Italia Srl relativamente al punto vendita di Gorizia [...] si debbono ritenere inefficaci...».

Sulla base di tale esplicito contenuto della domanda introduttiva (le cui argomentazioni riguardavano, principalmente, proprio, il rapporto Gescom/Spazio), senza incorrete in alcuna ultrapetizione o violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., legittimamente la Corte d'Appello ha rilevato che risultava «evidente e *per tabulas* il richiamo a un ben definito istituto quale quello del contratto in frode alla legge (art. 1344 cod. civ.) ove il contratto denunciato è quello di affitto del ramo di azienda e il referente normativo violato, la legge che si mirava a frodare in pratica, era il disposto degli artt. 18 e 35, legge n. 300/1970, in terna di tutela reale del posto di lavoro».

(*Omissis*)

Con il secondo motivo, poi, dei rispettivi ricorsi, la Bencom e la Spazio, denunciando violazione degli artt. 18, legge n. 300/1970, 2112, 1418 e 1344 cod. civ. nonché vizio di motivazione, in sostanza negando all'art. 18 della legge n. 300/1970 il carattere di norma imperativa ai fini della confi-

guralità di un negozio in frode alla legge, deducono la inconferenza dei richiami giurisprudenziali (Cass. n. 2406/2004, n. 9815/1991 e n. 3136/1999) contenuti nell'impugnata sentenza e rilevano che il lavoratore trasferito *ex art.* 2112 cod. civ. non ha alcun diritto a veder salvaguardato, anche presso il nuovo datore di lavoro, il presupposto dimensionale che gli consente di conservare la tutela reale, la quale non può permanere là dove il datore di lavoro abbia meno di 15 dipendenti.

Aggiungono, poi, la Bencom e la Spazio che, non essendo in alcun modo proibito il trasferimento o, come nella specie, l'affitto di un ramo della azienda a un datore di lavoro con tale limitato requisito dimensionale, né essendo più rivendicabile la tutela reale, neppure sarebbe concepibile un negozio in frode alla legge.

(*Omissis*)

Anche tali censure non possono essere accolte in quanto in parte non colgono nel segno la decisione impugnata, in parte risultano infondate e in parte sono inammissibili.

Innanzitutto la sentenza non ha affatto affermato né che in base alla disciplina di cui all'art. 2112 cod. civ. al lavoratore spetti un diritto alla conservazione della tutela reale presso il nuovo datore di lavoro, né che sussista un divieto di un trasferimento (o affitto) di ramo di azienda da un datore di lavoro con più di 15 dipendenti a un datore con meno di 15 dipendenti.

Tanto meno, poi, la Corte d'Appello ha posto in dubbio la liceità, *ex se* (in quanto non in contrasto con norme imperative – art. 1343 cod. civ.), dell'affitto di ramo d'azienda *de quo*, avendo, invece, accertato che lo stesso ha costituito nel concreto il mezzo per eludere l'applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 (art. 1344 cod. civ.).

In sostanza, la Corte di merito è partita dal presupposto che il meccanismo della frode alla legge consiste proprio nell'utilizzare un negozio in sé lecito per realizzare mediatamente un fine vietato da una norma imperativa.

Tale presupposto è conforme al disposto di cui all'art. 1344 citato (*Omissis*).

In altre parole la frode alla legge funziona come clausola generale di tipizzazione delle condotte negoziali tenute in violazione di norme imperative, di guisa che, a seguito del combinato disposto della norma imperativa generale di cui all'art. 1344 cod. civ. e della norma imperativa speciale, vengono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti e le violazioni mediate e indirette.

In tale quadro, quindi, innanzitutto non può in alcun modo disconoscersi (in astratto) la configurabilità di una frode alla legge posta in essere al fine di eludere la disciplina di cui all'art. 18 della legge n. 300 del 1970, ricorrendo i presupposti oggettivi e soggettivi di cui all'art. 1344 cod. civ.

(*Omissis*)

Peraltro neppure potrebbe in contrario invocarsi la pronuncia di questa Corte n. 10108 del 2 maggio 2006, la quale ha escluso la configurabilità di una frode alla legge nel «contratto di cessione dell'azienda a soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali e in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro», sulla base del rilievo che «dal sistema di garanzie apprestate dalla legge n. 223 del 1991 non è possibile enucleare un precetto che vieti, ove siano in atto situazioni che possano condurre agli esiti regolati dalla legge, di cedere l'azienda, ovvero di cederla solo a condizione che non sussistano elementi tali da rendere inevitabili quegli esiti, e che un divieto del genere neppure» è desumibile dalle altre disposizioni che regolano la cessione di azienda.

In tale ipotesi, assai diversa, la Corte ha, infatti, in sostanza, semplicemente affermato che l'ordinamento non condiziona la validità della cessione di azienda alla «prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva e neppure all'onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario».

Tale principio non contrasta e neppure interferisce in alcun modo con la configurabilità di una frode alla legge (diversa) per la elusione della norma imperativa di cui all'art. 18 Stat. lav. (ipotesi che, del resto, non incide sul diritto dell'imprenditore garantito dall'art. 41 Cost.).

(*Omissis*)

Con il terzo motivo le società ricorrenti, denunciando violazione degli artt. 1344 cod. civ., 115-116, e 345 cod. proc. civ. e 2118 cod. civ., nonché vizio di motivazione, in sostanza contestano le argomentazioni svolte dalla Corte di merito per affermare la sussistenza nella fattispecie di un contratto in frode alla legge.

Sul punto, premesso che al riguardo occorre che il giudice verifichi di volta in volta se il negozio (o l'insieme dei negozi funzionalmente collegati) sia stato predisposto e attuato al fine di eludere l'applicazione di una norma imperativa, questa Corte ha avuto occasione di precisare che tale accertamento rientra nei poteri discrezionali del giudice del merito ed è insindacabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivato (vedi Cass. 22 aprile 1974, n. 1123).

(*Omissis*)

Nella specie, l'accertamento fondamentale di merito sulla sussistenza del contratto in frode alla legge è stato sviluppato con motivazione senz'altro congrua e priva di vizi logici, attraverso una attenta valutazione prima analitica e poi sintetica delle risultanze istruttorie emerse, all'esito della quale la Corte d'Appello ha, in sintesi, ritenuto che:

«risulta provato come nel gennaio 2001 il Gruppo Coin avviò la procedura per la cessione del ramo di azienda di che trattasi alla Gescom, la quale sarebbe subentrata nei rapporti di lavoro; la Gescom però, nel contempo, comunicava che avrebbe assunto una serie di punti vendita e che peraltro il personale addetto al punto di vendita di Gorizia sarebbe transitato a Benetton Retail Italia con contratto di affitto di azienda dal febbraio 2001. Di fatto accadde però che a Benetton Retail Italia ebbe a subentrare la Società Spazio nel contratto di affitto divisato da Gescom; la Gescom peraltro, a mezzo del sig. D., continuò a seguire attivamente le problematiche, anche occupazionali del punto vendita di Gorizia, la cui attività rimase sospesa e riprese solo a settembre 2001, dopo una ristrutturazione dei locali il cui onere non risulta essere stato affrontato dalla Società Spazio che pure ne era la titolare». Dopo la ristrutturazione dei locali Gescom e Spazio risolsero il contratto di affitto senza nessuna pretesa da parte di Spazio (*Omissis*) e Benetton Retail Italia vi subentrò aprendo il punto vendita e riassumendo due delle addette. Pacifico e provato è infine che mentre Spazio aveva meno di quindici addetti, Benetton Retail Italia ne aveva di più di tale numero e che Spazio nulla ha corrisposto per canone di affitto alla Gescom. Di qui il rilievo che Gescom e Benetton Retail intendevano da subito ristrutturare il punto di vendita e risolvere la più parte dei rapporti di lavoro e fecero quindi intervenire la Società Spazio nel loro disegno, la quale società aveva assai meno vincoli di esse, vantando meno di sedici addetti; «detta società difatti mai gestì alcunché, né pagò un canone, né si fece carico dei lavori di ristrutturazione, ma solo risolse i vari rapporti di lavoro per poi lasciare il campo, senza particolari oneri per le parti, a Benetton Retail Italia».

Tale accertamento resiste senz'altro alle censure delle ricorrenti Bencom e Spazio.

(*Omissis*)

Il ricorso principale della Bencom (n. 4993/06) e quello incidentale della Spazio (n. 5567/06) vanno così respinti.

(*Omissis*).

(1) TRASFERIMENTO D'AZIENDA, ELUSIONE DELL'OPERARE
DELL'ART. 18 STAT. LAV. E FRODE ALLA LEGGE

In modo ineccepibile la sentenza della Suprema Corte è ritornata sul problema della frode alla legge in tema di trasferimento di azienda, in una ipotesi invero particolare, nella quale, secondo l'accertamento del giudice di secondo grado (che ha resistito alle censure proposte), in una complessa e articolata serie di trasferimenti di un ramo di azienda commerciale si sarebbe inserito un datore di lavoro che, per le sue caratteristiche strutturali, non era sottoposto all'operare dell'art. 18 Stat. lav. A differenza delle altre imprese

protagoniste dei trasferimenti, tale datore di lavoro si disinteressò della sorte dell'impresa, seguita dall'iniziale cedente e dal cessionario definitivo. Pertanto, come ha detto il giudice di secondo grado, questi ultimi «intendevano da subito ristrutturare il punto di vendita e risolvere la più parte dei rapporti di lavoro e fecero quindi intervenire» un terzo datore di lavoro «nel loro disegno», poiché questi «aveva assai meno vincoli di esse, vantando meno di sedici addetti». Egli «difatti mai gestì alcunché né pagò un canone, né si fece carico dei lavori di ristrutturazione ma solo risolse i vari rapporti di lavoro per poi lasciare il campo» ad altri soggetti, il cui intervento era stato programmato dall'inizio (così la sentenza in esame ha sintetizzato la motivazione di quella di appello). L'iniziativa del datore di lavoro chiamato a intimare i recessi trasse motivo, secondo la ricostruzione del giudice di appello, solo dalla volontà di fare disporre i licenziamenti a un soggetto al quale non si applicava l'art. 18 Stat. lav., ma l'art. 8 della legge n. 604 del 1966.

A fronte di questa sintesi dei fatti, il principio di diritto condiviso dal giudice di appello e da quello di legittimità è persuasivo e, per qualche verso, scontato, perché, «se la Corte di merito è partita dal presupposto che il meccanismo della frode alla legge consiste proprio nell'utilizzare un negozio in sé lecito per realizzare mediatamente un fine vietato da una norma imperativa», questa può consistere nell'art. 18 Stat. lav., qualora, con riguardo a una ipotesi di trasferimento di ramo di azienda, sia «accertato che lo stesso ha costituito, nel concreto, il mezzo per eludere l'applicazione» dello stesso art. 18 Stat. lav., con la programmazione di un negozio traslativo fra due soggetti e con l'intervento di un terzo, che non interferisce con la conduzione dell'impresa, ma si intromette nella sorte del ramo di azienda, al solo fine di intimare recessi illegittimi e di fare in modo che a questi non sia riferito il più rigoroso sistema sanzionatorio dell'art. 18 Stat. lav., ma quello più tenue dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966.

Anzi, in modo persuasivo, la Suprema Corte ha precisato che la pronuncia del giudice di secondo grado «non ha affatto affermato né che in base alla disciplina di cui all'art. 2112 cod. civ. al lavoratore spetti un diritto alla conservazione della tutela reale presso il nuovo datore di lavoro, né che sussista un divieto di trasferimento (o affitto) di ramo di azienda da un datore di lavoro con più di quindici dipendenti a un datore con meno di quindici dipendenti», con affermazione puntuale e scontata. In nessun modo l'organico di una impresa circoscrive la sua autonomia negoziale e impedisce la stipulazione di validi contratti di trasferimento di rami di azienda, che possono passare da soggetti con molti lavoratori ad altri che ne annoverano meno. Il punto è se la specifica fattispecie sia coerente con l'art. 1344 cod. civ., fermo che «la frode alla legge funziona come clausola generale di tipizzazione delle condotte negoziali tenute in violazione di norme imperative, di guisa che, a seguito del combinato disposto della norma imperativa generale di cui all'art. 1344 cod. civ. e della norma imperativa speciale, vengono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti e le violazioni mediate e indirette» (così si esprime la sentenza in esame).

Se l'art. 18 Stat. lav. è norma inderogabile, la sua strumentale elusione con più negozi combinati e rivolti a tale fine è in contrasto con l'art. 1344 cod. civ. (Sul fatto che la frode alla legge presuppone un collegamento negoziale vedi Cass. 21 luglio 2004, n. 13580, in *Giur. it.*, 2005, p. 925, con nota di Cassano. Cfr. anche Cass. 24 novembre 2003, n. 17867, in *Guida dir.*, 2004, fasc. 3, p. 59), qualora si cerchi di impedire l'operare di una disposizione imperativa (Sul fatto che il negozio in frode alla legge deve essere volto a eludere l'applicazione di una norma imperativa e non a recare un pre-

giudizio di fatto ai terzi vedi Cass. 29 maggio 2003, n. 8600, in *Guida dir.*, 2003, fasc. 45, p. 76), per mezzo di un collegamento negoziale (Vedi C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 587; S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 298). Quindi «la frode alla legge può [...] definirsi come l'utilizzazione di un contratto, in sé lecito, per realizzare un risultato vietato mediante la combinazione con altri atti giuridici» (Vedi C. M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 588. Sul fatto che per ovviare alla frode alla legge è necessaria un'interpretazione estensiva della disposizione elusa vedi Rotondi, *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1991, pp. 59 ss.). Per la tesi oggettiva (Vedi Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto civile*, I, tomo II, Milano, 1986, pp. 726 ss. Sull'evoluzione della teoria oggettiva e sulla contrapposizione fra norme formali e materiali vedi Morello, *Frode alla legge*, Milano, 1969, pp. 19 ss.), il negozio sarebbe illecito solo se raggiungesse le stesse finalità proibite dalla norma imperativa. Invece, secondo l'impostazione soggettiva (Vedi Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, pp. 37 ss.; Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Cicu e Messineo, poi di Mengoni, ora di Schlesinger, Milano, 1988, pp. 250 ss.), «il negozio deve perseguire una finalità, un risultato, solo analogo rispetto a quello vietato [...]; deve sussistere, anche se desunto da elementi obiettivi, l'intento [...] di eludere la legge» (Vedi Morello, voce *Frode alla legge*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. VIII, pp. 501 ss.).

Se sono state sollevate varie obiezioni sia alla teoria oggettiva, sia a quella soggettiva (Vedi Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Cicu, Messineo, poi di Mengoni, ora di Schlesinger, Milano, 1987, vol. I, pp. 339 ss.), si è rilevato che, «con riferimento alla norma, si dovrà accertare se, date le finalità economiche che il procedimento elusivo si propone di realizzare, vi è un rischio di svuotamento [...] data la surrogabilità [...] e/o l'analogia dei risultati conseguiti rispetto a quelli proibiti». In ogni singolo caso, bisogna chiedersi se l'ordinamento accetti il legittimo raggiungimento di finalità analoghe a quelle proibite. Inoltre, si dovrà stabilire se sussista un «apprezzabile [...] interesse delle parti, oppure se l'unico interesse [...] non può che essere l'aggiornamento della norma» (Vedi Morello, *op. ult. cit.*, pp. 504 ss.).

A prescindere dal fatto che si aderisca a questa impostazione, la sentenza mette in luce il precetto eluso, identificando lo scopo illecito della combinazione negoziale e, cioè, del collegamento fra il contratto di trasferimento di azienda e i successivi recessi, intimati da un soggetto che non si è mai interessato dell'impresa (seguita nelle sue dinamiche dal cedente e dal cessionario) e ha disposto i licenziamenti solo perché i destinatari non potessero godere della tutela dell'art. 18 Stat. lav., a fronte della programmata illegittimità dei recessi stessi, in violazione dell'art. 2112 cod. civ. È in frode alla legge l'accordo sulla cessione dell'azienda che porti al suo rapido smembramento, soprattutto con la pianificazione di una trasgressione all'art. 2112 cod. civ. in ordine alla continuità dei rapporti e con l'elaborazione di un meccanismo complesso, destinato ad attenuare le sanzioni per l'illegittimità dei licenziamenti.

Nello stipulare un contratto di trasferimento di azienda, le parti non hanno alcun dovere di proteggere l'interesse dei dipendenti (Sulla distinzione fra il negozio in frode alla legge e quello lesivo degli interessi dei terzi, vedi Morello, *op. ult. cit.*, pp. 507 ss.), né di perseguirlo (Sulla distinzione fra contratto in frode alla legge e contratto in frode ai terzi vedi Cass. 25 luglio 2003, n. 11561, in *Guida dir.*, 2003, fasc. 35, p. 70). Però, la cessione può essere in contrasto con l'art. 1344 cod. civ. e lo è se un collega-

mento negoziale fra il trasferimento e i successivi licenziamenti porta all'elusione di norme imperative o se vi sono più negozi traslativi dello stesso ramo, funzionali a fare intimare i recessi a chi non ha parte nella gestione dell'impresa, ma agisce solo perché gli si applica l'art. 8 della legge n. 604 del 1966.

L'operatività dell'art. 1344 cod. civ. postula, per un verso, l'esame del complessivo schema negoziale voluto dai protagonisti e, per altro verso, la valutazione delle sue implicazioni rispetto al singolo precetto aggirato (Sul fatto che per valutare l'operare dell'art. 1344 cod. civ. occorre un esame in concreto vedi Cass. 26 giugno 2001, n. 8742, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 329, secondo cui «il contratto atipico di *sale and lease back* è valido in via di principio in quanto realizza interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 cod. civ. Tale contratto è nullo per violazione del divieto di patto commissorio soltanto qualora scopo effettivo dell'operazione sia quello di dotare il venditore di una provvista finanziaria assistita da una garanzia reale»). Tali esigenze sono state soddisfatte in modo perspicuo dalla sentenza in esame, che ha condiviso il ragionamento di appello, salvo precisare che al giudice di merito compete stabilire l'esistenza della frode.

Semmai, la pronuncia richiama un recente precedente giurisprudenziale (Vedi Cass. 2 maggio 2006, n. 10108, in q. *Riv.*, 2006, II, p. 663), a dire il vero molto meno persuasivo, e, riassumendo le tesi esposte in tale pronuncia, ne ridimensiona la portata, sostenendo che essa avrebbe «semplicemente affermato che l'ordinamento non condiziona la validità della cessione di azienda alla "prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva" e neppure "all'onere del cedente di verificare la capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario"» (Così si esprime la sentenza in commento, riportando alcuni brani della precedente pronuncia Cass. 2 maggio 2006, n. 10108, cit.). Si può discutere sull'esattezza di tale interpretazione della decisione della stessa Suprema Corte del 2006, che, a dire il vero, aveva passaggi alquanto opinabili e preoccupanti. Peraltro, per l'ultima sentenza, le tesi esposte nel 2006 non contrastano con quelle ora proposte e non interferiscono «in alcun modo con la configurabilità di una frode alla legge (diversa) per la elusione della norma imperativa» dell'art. 18 Stat. lav.

Vi è da chiedersi se anche nel caso esaminato nel 2006 non si sarebbe potuti giungere ai medesimi esiti della sentenza in esame, in specie se fossero state differenti la vicenda processuale, le censure proposte in sede di legittimità e le allegazioni nei giudizi di merito. Peraltro, a volere rivolgere lo sguardo al futuro e non al passato, la decisione del 2008 merita forte apprezzamento, poiché, in ipotesi non infrequenti nella circolazione di rami di azienda, in specie nei settori commerciali, la sentenza pone principi coerenti e lineari, che dovrebbero guidare i comportamenti dei contraenti. Se i lavoratori non hanno alcun diritto di rimanere in imprese cui si applichi l'art. 18 Stat. lav., e se le aziende o i rami possono essere ceduti a imprenditori sottoposti all'art. 8 della legge n. 604 del 1966, non di meno sono nulli ai sensi dell'art. 1344 cod. civ. gli atti inseriti in combinazioni anche complesse volte a provocare il trasferimento a terzi, al fine di rendere possibile l'intimazione di recessi in violazione dell'art. 2112 cod. civ. e con la predeterminazione programmata di condizioni di applicabilità dell'art. 8 della legge n. 604, con l'elusione dell'art. 18 Stat. lav.

Enrico Gragnoli
*Professore ordinario di Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi di Parma*

CASSAZIONE, 6 febbraio 2008, n. 2782, Sez. lav. – Pres. Senese, Est. Celentano, P.M. Patrone – Soc. Costr. G. (avv. Pepe) c. B. (avv. Bernetti). Conf. Corte d'Appello Roma, 30 settembre 2005.

Licenziamento collettivo – Licenziamento per fine lavoro nelle costruzioni edili – Attività esentate dalle procedure sindacali previste dall'art. 24, legge n. 223/1991 – Fase lavorativa – Nozione – Graduale esaurimento della fase lavorativa – Rilevanza – Applicazione della procedura sindacale prevista per i licenziamenti collettivi.

La esclusione dell'obbligo di osservare le procedure dettate per i licenziamenti collettivi prevista dall'art. 24, comma 4, della legge 23 luglio 1991, n. 223, fra l'altro, per la fine lavoro nelle costruzioni edili, motivata dalla impossibilità assoluta di una ulteriore utilizzazione dei lavoratori destinatari dei provvedimenti di recesso, opera anche nel caso di esaurimento di una singola fase di lavoro, che abbia richiesto specifiche professionalità, non utilizzabili successivamente; non opera, invece, quando la fase lavorativa non sia ultimata, ma sia in corso di graduale esaurimento, atteso che in tal caso si rende necessaria una scelta fra lavoratori da licenziare e lavoratori da adibire alla ultimazione dei lavori; scelta che deve seguire le regole di cui agli artt. 4 e 5 della legge n. 223 del 1991 (Nel caso di specie la Suprema Corte, nel rigettare il ricorso del datore di lavoro avverso la decisione della Corte d'Appello, che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento, ha ritenuto che effettivamente non potesse dirsi esaurita alcuna fase lavorativa, posto che all'epoca dei licenziamenti era stato realizzato mediamente poco più del sessanta per cento delle strutture in cemento armato, mentre la forza lavoro era stata ridotta del quaranta per cento, il che evidenziava essere stata operata una scelta, fra i carpentieri addetti al cemento armato, ai fini del licenziamento di alcuni di essi). (1)

(Omissis)

Con il secondo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 24, comma 4, della legge n. 223/91 e vizio di motivazione, la difesa della società, ricordato che tutti i lavoratori licenziati erano specializzati nella costruzione di strutture in cemento armato e ferro, critica la sentenza nella parte in cui non ha ravvisato l'ipotesi di cui al citato comma 4 (che esonera le imprese edili dalle procedure dettate per i licenziamenti collettivi in caso di fine lavoro) nella fattispecie in esame.

Deduce che aveva dimostrato che il 12 gennaio 1999 era stato completato il 65% delle opere di carpenteria ed era stato licenziato solo il 40%

del personale assunto per l'espletamento di tali lavori; mentre non era stato assunto nuovo personale.

Riporta stralci delle deposizioni dei testi C. e P. e sostiene che l'espressione «fine lavoro» deve essere interpretata in via estensiva, in modo da comprendervi anche il graduale esaurimento di singole fasi di lavoro, sicché il licenziamento di una pluralità di lavori è sempre consentito nelle ipotesi di fine lavoro o di graduale esaurimento di una determinata fase lavorativa in relazione alle maestranze impiegate in quella particolare fase. Deduce che tale è l'orientamento di questa Corte, nonché l'interpretazione delle stesse parti sociali, come si ricava dal protocollo sulle politiche del lavoro nell'industria delle costruzioni, siglato contestualmente al rinnovo del Ccnl edili del 15 luglio 1995 e allegato a tutti i successivi accordi e integrazioni; protocollo che, come si è veduto, è stato prodotto per la prima volta in questa sede.

Con il terzo motivo la difesa della società denuncia erronea valutazione dei mezzi di prova acquisiti al processo. Deduce che, una volta accertata la possibilità di ridurre gradualmente la forza lavoro in relazione al graduale esaurimento della fase lavorativa, i giudici non potevano sindacare le scelte dell'imprenditore, espressione della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 della Costituzione.

Con il quarto motivo la difesa della ricorrente lamenta che i giudici di appello non hanno rilevato che la società aveva ottemperato all'onere probatorio relativo alla impossibilità di ricollocare i lavoratori in altri cantieri.

Il ricorso non è fondato.

(*Omissis*)

Il secondo motivo, che sostiene l'esonero delle imprese di costruzione dalle procedure di cui alla legge n. 223/1991, quando operano un licenziamento plurimo individuale, non solo per la fine del lavoro o delle singole fasi di lavoro, ma anche per il graduale esaurirsi del lavoro o della fase lavorativa, non è fondato.

La *ratio* della legge 23 luglio 1991, n. 223, nella parte in cui introduce una articolata procedura in caso di licenziamenti collettivi, è quella di consentire la verifica di obiettivi criteri di scelta che abbiano condotto alla individuazione dei lavoratori da licenziare, così escludendo ogni sospetto di arbitrarietà da parte datoriale.

La disposizione di cui al comma 4 dell'art. 24 («Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano nei casi di scadenza dei rapporti di lavoro a termine, di fine lavoro nelle costruzioni edili e nei casi di attività stagionali o saltuarie») si spiega con il fatto che nelle eccezioni previste dal comma è esclusa ogni possibilità di scelta da parte del datore di lavoro e quindi ogni possibilità di favorire o penalizzare l'uno o l'altro lavoratore.

L'ipotesi del graduale esaurimento di una singola fase lavorativa, fase che richiede specifiche professionalità, delle quali, senza un licenziamento, si avrebbe inutilizzabile sovrabbondanza, non può rientrare nella previsione di cui al citato comma 4, proprio perché, non trattandosi del licenziamento di tutti i lavoratori utilizzati in tale fase ma solo di una percentuale, è necessario accertarsi che i licenziamenti avvengano secondo predeterminati criteri di scelta resi noti dall'imprenditore a soggetti istituzionali e alle associazioni di categoria, con la contestuale indicazione delle modalità applicative di tali criteri (art. 4, comma 9, legge n. 223/1991).

La giurisprudenza della Corte è da tempo orientata in tale senso: la fine lavoro nelle costruzioni edili che, a norma dell'art. 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, esclude l'applicabilità delle procedure per i licenziamenti per riduzione di personale, non si concreta in una sola cessazione dell'attività dell'impresa o nel compimento dell'opera, ma anche soprattutto nell'esaurimento di una fase dei lavori in relazione all'esecuzione dei quali, anche per le loro peculiari professionalità, erano stati assunti, il che comporta il venir meno della utilità dell'apporto degli stessi all'attività dell'impresa edile (Cass. 26 settembre 1998, n. 9657).

Nel momento in cui la difesa della ricorrente deduce che all'epoca dei licenziamenti era stato realizzato il 50,82% delle strutture in cemento armato della caserma e il 78,37% di quelle relative agli alloggi, mentre la forza lavoro relativa era stata ridotta solo del 40%, ammette che è stata operata una scelta fra i carpentieri, addetti alle opere in cemento armato, da licenziare.

Il motivo va pertanto rigettato (*Omissis*)

(1) FINE LAVORO NELLE COSTRUZIONI EDILI E LICENZIAMENTI COLLETTIVI

1. — *Il caso di specie* — La Corte d'Appello di Roma, riformando la decisione del Tribunale di Rieti, dichiarava inefficaci i licenziamenti comunicati dalla società di costruzioni ad altri undici appellanti con lettere del 12 gennaio 1999; condannava la società, nel frattempo posta in liquidazione e in concordato preventivo, a reintegrare i lavoratori e a corrispondere, a titolo di risarcimento del danno, l'equivalente delle retribuzioni dalla data del licenziamento a quella della reintegrazione.

I giudici di secondo grado osservavano che i licenziamenti erano stati ricondotti dalla società all'esaurimento di una fase dei lavori ottenuti in appalto nel Comune di Rieti (costruzione degli edifici destinati al Comando del Gruppo dell'Arma dei Carabinieri: caserma e alloggi).

Rilevavano che alla data del licenziamento le opere in cemento armato, per le quali gli appellanti erano stati assunti, erano ancora in fase di realizzazione, essendone state ultimate poco più del 57%.

Di conseguenza non operava la deroga alla disciplina dei licenziamenti collettivi, prevista dall'art. 24, comma 4, della legge n. 223 del 1991 in caso di fine lavoro nelle

costruzioni edili. Non essendo state osservate le procedure per la individuazione del personale da licenziare, i licenziamenti erano, dunque, inefficaci.

2. — *Il graduale esaurimento di una fase lavorativa* — La sentenza della Corte di Cassazione ripropone il problema dell'ambito di applicazione delle deroghe alle procedure previste per il licenziamento collettivo dall'art. 24, comma 4, della legge n. 223/91. Come è noto, la norma dispone che le regole in materia di riduzione di personale «non si applicano nei casi di scadenza dei rapporti di lavoro a termine, di fine lavoro nelle costruzioni edili e nei casi di attività stagionali o saltuarie» (con formula analoga, l'art. 4, comma 14, della legge n. 223/91 esclude le predette ipotesi dalla disciplina sulle eccedenze di personale) [La bibliografia sulla materia dei licenziamenti collettivi è vastissima. Per esigenze redazionali ci limitiamo a segnalare alcuni tra i numerosi contributi più recenti cui si rinvia anche per le ampie indicazioni bibliografiche: Aa.Vv., *I licenziamenti per motivi economico-produttivi e la responsabilità dell'impresa*, Ediesse, Roma, 2007; Gragnoli, *La riduzione del personale. Fra licenziamenti individuali e collettivi*, Cedam, 2006; De Luca Tamajo, Bianchi d'Urso (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della cassazione*, Milano, 2006; M. T. Carinci *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2005; Natullo, *Il licenziamento collettivo*, F. Angeli, Milano, 2004; Piccinini, Zampini, *I licenziamenti collettivi dopo la novella del 2004*, Ediesse, Roma, 2004].

Interpretando la suddetta disposizione, la Corte di Cassazione afferma che l'ipotesi del *graduale esaurimento* di una singola fase lavorativa, che richiede specifiche professionalità, non può rientrare nella previsione di cui al citato comma 4 dell'art. 24, proprio perché, non trattandosi del licenziamento di tutti i lavoratori utilizzati in tale fase ma solo di una percentuale, è necessario accertarsi che i licenziamenti avvengano secondo predeterminati criteri di scelta resi noti dall'imprenditore a soggetti istituzionali e alle associazioni di categoria, con la contestuale indicazione delle modalità applicative di tali criteri.

In linea con altri precedenti (Cass. 26 settembre 1998, n. 9657, in *Or. giur. lav.*, 1998, p. 1014, e in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 407, con nota di Pizzoferrato, *Il licenziamento per fine lavoro nelle imprese edili*), la Corte specifica inoltre che la fine lavoro nelle costruzioni edili non si concreta nella sola cessazione dell'attività dell'impresa o nel compimento dell'opera, ma anche e soprattutto nell'*esaurimento* di una fase dei lavori, in relazione ai quali i lavoratori erano stati assunti anche in ragione delle loro professionalità, il che comporta il venir meno della utilità dell'apporto degli stessi all'attività dell'impresa edile [Ma *contra* si veda Cass. 22 giugno 2000, n. 8506, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2001, p. 377, con nota di Marinelli, *Licenziamento per fine lavoro nell'edilizia*, che nella motivazione accoglie una interpretazione estensiva della locuzione *fine lavoro* in modo da comprendervi anche il *graduale esaurimento* di singole fasi di lavoro, purché il lavoratore licenziato non sia promiscuamente adibito ad altre attività del cantiere. Tale interpretazione è conforme a quanto disposto dal chiarimento all'art. 6 dell'Accordo interconfederale 5 maggio 1965 sui licenziamenti per riduzione del personale, dove è detto testualmente che «il concetto di fine lavoro nella predetta industria (edilizia) comprende anche i casi del *graduale esaurirsi* di singole fasi di lavoro che comportano l'utilizzazione successiva di lavoratori di differente qualifica»].

3. — *La causa del licenziamento* — Come è stato rilevato in giurisprudenza (Cass. n. 9657/98, cit.), «l'attività edile, a differenza delle altre attività manifatturiere che hanno una consistenza numericamente stabile di dipendenti, è caratterizzata [...] dal succedersi di lavori, che richiedono lavoratori di diversa specializzazione, all'esaurimento di ciascuno dei quali viene meno la necessità del loro apporto». L'impresa edile, quindi, accanto a un nucleo stabile di dipendenti assume i lavoratori necessari per l'espletamento di singole fasi dei lavori, al termine delle quali li licenzia. La causa del licenziamento è, dunque, non la riduzione di personale o una situazione di crisi dell'impresa dovuta alla fine dell'attività, ma la fine degli specifici lavori cui il lavoratore era adibito. Si tratta di una causa unitaria per tutti i licenziamenti motivati da un effettivo giustificato motivo oggettivo che, proprio per il completamento del lavoro o di una sua fase, non comporta una scelta tra i lavoratori da licenziare. Ne consegue che il licenziamento per fine lavoro nell'edilizia non costituisce né una ipotesi di recesso libero, né una ipotesi di risoluzione automatica del rapporto di lavoro, ma è la conseguenza inevitabile della cessazione o ultimazione di una lavorazione specifica.

All'opposto, sono considerati licenziamenti collettivi con conseguente applicazione dell'art. 24 le ipotesi nelle quali l'impresa edile debba procedere a una riduzione di attività in ragione di una generica contrazione dell'attività. In tale ipotesi, i recessi sarebbero direttamente collegati alla riduzione delle commesse, cioè a una contrazione dell'attività ovvero a una situazione di crisi dell'impresa, con la conseguenza che a essi sarebbe pienamente applicabile la normativa in tema di mobilità (Pret. Milano, 7 agosto 1996, in *D&L*, 1996, p. 942; Pret. Roma, 2 giugno 1997, in *D&L*, 1998, p. 377).

4. — *La singola fase o la singola commessa* — Consegue da quanto premesso che se il giudice di merito accerta, come nel caso in esame, che la fase di lavoro (opere di carpenteria per il cemento armato) non è cessata in tutto ma solo in parte, tant'è che solo il 40% della forza è stata ridotta tra i carpentieri, vuol dire che è stata operata una scelta tra i lavoratori da licenziare al di fuori delle procedure e dei criteri richiesti dagli artt. 4 e 5, legge n. 223, cit. Ciò consente di ritenere il licenziamento assoggettato alle procedure e alle regole della legge n. 223, cit., ricorrendone i presupposti quantitativi e temporali qualora risulti che i lavoratori licenziati si sono ridotti soltanto quantitativamente oppure che non vengono addetti ad alcuna fase lavorativa, ma vengono utilizzati secondo le più svariate esigenze del cantiere [Pret. Frascati (Ord.) 24 marzo 1995, in *D&L*, 1994, p. 855], o che fanno stabilmente parte dell'organico dell'impresa e vengono licenziati per contrazione dell'attività (Pret. Milano, 6 aprile 1995, in *D&L*, 1995, p. 894).

In altre parole, il licenziamento è un effetto di una causa ben determinata, vale a dire la cessazione dello specifico lavoro o della specifica commessa cui erano addetti i lavoratori licenziati, che costituisce la conseguenza diretta di un qualcosa che sta a monte e che non coincide logicamente con una riduzione di personale.

La Corte di Cassazione (Cass. 5 ottobre 1998, n. 9883, in *Or. giur. lav.*, 1998, p. 1017; Cass. 3 luglio 1998, n. 6540) esclude ogni interpretazione estensiva della norma ritenendo, alla stregua dei canoni di ermeneutica indicati dall'art. 12 delle preleggi, che l'espressione «costruzioni edili» debba essere interpretata in senso stretto perché «costruzione edilizia è sinonimo di attività edilizia e questa è l'attività propria ed esclusiva della impresa edile: *in claris non fit interpretatio*».

Ne resta elusa l'attività impiantistica e tecnologica (Pret. Roma, 13 giugno 1995, in *Giur. lav. Lazio*, 1995, p. 659, con nota di Pizzutelli).

Le stesse sentenze affermano che anche sul piano della interpretazione logica, l'eccezione di cui all'art. 24, comma 4, ha ragion d'essere per «la normale variabilità, anche in ragione delle diverse fasi stagionali, della consistenza e continuità della attività edile» che non sia connessa a una situazione di crisi per riduzione di personale (Pret. Milano, 7 agosto 1996, in *DeL*, 1996, p. 941).

La norma non parla di singola fase lavorativa, ma di fine lavoro nelle costruzioni edili. All'opposto è l'art. 9 della legge 6 agosto 1975, n. 427, che fa riferimento alla «fine fase lavorativa» quale presupposto che consente l'erogazione del trattamento speciale di disoccupazione per i lavoratori licenziati da imprese edili e affini. La giurisprudenza, per risolvere il problema della esatta definizione della parola «fase», ricorre al vocabolario della lingua italiana. Qui si dice che «la parola "fase" indica le diverse porzioni della superficie di un pianeta illuminate dal sole; in geologia, per fasi si intendono i vari momenti dell'attività di un vulcano: esplosiva, di deiezione, di quiescenza. In meccanica, le fasi sono la suddivisione del ciclo di lavoro di un motore a scoppio: aspirazione, compressione, combustione, espulsione. In elettrologia, ciascuna variazione periodica di corrente alternata; in chimica, un insieme eterogeneo di sostanze, ciascuna parte omogenea che non si combina con le altre». Fase è dunque una porzione di un ciclo compiuto, ossia «ciascuno dei momenti caratteristici e differenziati di uno svolgimento continuo» (Così in motivazione Cass. 19 aprile 2007, n. 9398, con riferimento alla attribuzione del trattamento speciale di disoccupazione per i lavoratori licenziati dalle imprese edili e affini ai sensi dell'art. 9, legge 6 agosto 1975, n. 427).

Solo incidentalmente, vale la pena ricordare che la nozione di *fase* viene utilizzata anche dal legislatore del 2003 (Art. 61, d.lgs. n. 276/2003) per circoscrivere, insieme al progetto e al programma, l'area delle collaborazioni coordinate e continuative lecite. Va aggiunto che la nozione di progetto, programma o fase, resta ancora incerta a causa della mancanza di una definizione espressa contenuta nella norma dell'art. 61 del d.lgs. n. 276, cit., e della scarsa persuasività delle circolari ministeriali (Si vedano le Circolari n. 1/2004, n. 17/2006, n. 4/2008), che tendono ad accomunare il *programma* alla *fase*, che consisterebbero «in un tipo di attività cui non è riconducibile un *risultato* finale» e sarebbero caratterizzati «per la produzione di un *risultato* solo parziale destinato a essere integrato, in vista di un *risultato* finale, da altre lavorazioni e *risultati* parziali» (Così la Circolare n. 1/2004).

5. — *La cessazione dell'appalto* — Dal carattere eccezionale della normativa dettata dalla legge n. 223/91 per la fine lavoro nelle costruzioni edili, e dal carattere tassativo delle esclusioni (Scarpelli, *Cessazione degli appalti*, cit., p. 56; *contra* Rondo, *Scadenza d'appalto nel settore delle pulizie, licenziamento e legge n. 223 del 1991*, in *Mass. Giur. lav.*, 1998, p. 702, e Gagnoli, *op. cit.*, p. 194, ma si veda anche la Circolare del Ministero del lavoro 29 novembre 1991 n. 155/91, e 28 maggio 2001, prot. 5/26514/70/APT) consegue che devono essere qualificati come licenziamenti collettivi, sottoposti pertanto alla previsione di cui all'art. 24, legge n. 223/91, quelli intimati da una impresa a seguito della cessazione di un appalto — specialmente dei servizi di pulizia — qualora ne ricorrano i requisiti numerici, dimensionali e temporali (Cass. 24 febbraio 2006, n. 4166, in q. *Riv.*, 2006, p. 440, con nota di Valente, *Successione negli appalti nel settore*

delle pulizie e cumulo di tutele per i lavoratori licenziati; Cass. 22 aprile 2002, n. 5828; Cass. 4 marzo 2000, n. 2463; Cass. 21 maggio 1998, n. 5104, in *Mass. Giur. lav.*, 1998, p. 702, con nota critica di Rondo, *Scadenza d'appalto nel settore delle pulizie, licenziamento e legge n. 223 del 1991*, e in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 207, con nota di Lazzari, *Appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, e, *ivi*, Vallebona, *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *Foro it.*, 1998, I, 2108, in *Lav. giur.*, 1998, p. 761, con nota di Pozzoli; *Guida dir.*, 1998, fasc. 32, p. 62, con nota di Vella; Trib. Catania 10 giugno 1999, in *D&L*, 1999, p. 819; Pret. Milano, 29 maggio 1997, in *Lav. giur.*, 1998, p. 34, con nota di Bozzoli; Pret. Milano, 22 agosto 1996, in *D&L*, 1996, p. 945; Trib. Milano, 6 dicembre 1995, in *D&L*, 1996, p. 641; Trib. Milano 16 dicembre 1995, in *Or. giur. lav.*, 1995, p. 1024; in dottrina per tutti si veda Scarpelli, *Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in *Dir. prat. lav.*, n. 31/2001, p. 2064, e qui l'ampia bibliografia cui si rinvia).

L'ipotesi del tutto eccezionale della norma, che esclude l'applicazione dell'art. 24 solo in quattro ipotesi, tra cui quella di fine lavoro nelle costruzioni edili, sembra confermata dal fatto che il legislatore con un recente provvedimento, che desta alcune perplessità su cui non è possibile ragionare in questa sede, ha espressamente escluso le procedure previste dalla legge n. 223/91, cit., anche per le cessazioni degli appalti nei servizi (la deroga era inizialmente limitata al settore delle pulizie; cfr. d.l. 29 dicembre 2007, n. 250) a condizione che sia garantita l'invarianza del trattamento economico e la piena occupazione. In sostanza la legge (Cfr. art. 7, comma 4-bis, della legge 28 febbraio 2008, n. 31) prevede che i licenziamenti derivanti da una cessazione d'appalto non devono passare attraverso la procedura della legge n. 223 a condizione che il datore di lavoro subentrante a) riassuma tutti i lavoratori e b) offra pari condizioni economico-normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

In caso contrario la deroga non opera e la procedura è obbligatoria.

6. — *L'obbligo di repêchage* — L'esonero dalla procedura prevista dall'art. 24, comma 4, fa sì che l'ultimazione delle costruzioni edili per la realizzazione delle quali i lavoratori sono stati assunti integra gli estremi di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento individuale, anche se plurimo, ai sensi dell'art. 3, legge n. 604 del 1966 (Cass. 3 ottobre 2000, n. 13134; Cass. 1° febbraio 2000, n. 1117, in *Giust. civ.*, 2001, p. 809, con nota di Marra; Cass. 1° febbraio 2000, n. 5091; Cass. 22 giugno 2000, n. 8506, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 377, con nota di Marinelli, *Licenziamento per fine lavoro nell'edilizia*; Cass. 3 ottobre 2000, n. 13134; Cass. 23 gennaio 2003, n. 1008).

Si capisce che in tale ipotesi il datore di lavoro deve dimostrare l'impossibilità di utilizzazione dei lavoratori medesimi in altre mansioni compatibili, con considerazione di tutti i cantieri nei quali è dislocata l'attività di impresa (Trib. Brindisi, Ostuni, 19 maggio 1999) e non soltanto nel cantiere dove operava il lavoratore licenziato (Cass. 3 ottobre 2000, n. 13134; Cass. 1° febbraio 2000, n. 1117, in *Mass. Giur. lav.*, 2000, p. 383; Cass. 23 gennaio 2003, n. 1008), fermo restando che il lavoratore licenziato può e deve fornire elementi utili a individuare la esistenza di realtà idonee a una sua possibile diversa collocazione indicando concreti posti rima-

sti liberi o potenzialmente ricavabili nella organizzazione produttiva (Così, in motivazione, Cass. n. 13134/2000, cit.).

Da tale principio deriva che il mancato assolvimento di tale onere probatorio, in ordine al quale anche il lavoratore è tenuto a dare il suo contributo, comporta la declaratoria di illegittimità del licenziamento e la necessaria applicabilità delle procedure di riduzione del personale previste dalla legge n. 223 del 1991, fondate su ben altri presupposti causali, quantitativi e temporali (Cass. 4 marzo 2000, n. 2463). Resta fermo che, ove la ragione del licenziamento individuale «sta nella mera necessità di ridurre il personale, l'obbligo non ha ragion d'essere (così come in realtà non ha ragion d'essere in caso di licenziamento plurimo oggettivo consistente nella stessa necessità); al contrario andrebbe detto per altre ipotesi, nelle quali non si vede la ragione per cui la impossibilità di utilizzo della prestazione dovrebbe ricevere diversa valutazione solo perché si ricada nell'ambito di applicazione della legge n. 223 del 1991» (Calcaterra, *Il licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 649, cui si rinvia anche per una ricostruzione critica del dibattito giurisprudenziale.

7. — *Licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali plurimi* — La preferenza datoriale per l'uno o l'altro tipo di licenziamento dipenderà dalle probabilità di superare il controllo sindacale (*ex ante*) o il controllo giudiziale (*ex post*) sulle causali del recesso, considerato che, a seconda dei casi, «dalla garanzia meramente procedimentale del rispetto delle prescrizioni poste dall'art. 4, cit., si passa alle più ampie e penetranti garanzie che assistono il licenziamento individuale; le quali sono al contempo procedurali (nel caso di licenziamento disciplinare che deve essere rispettoso delle prescrizioni formali poste dall'art. 7 Stat. lav.) e di merito (perché la legittimità del licenziamento è condizionata al riscontro in concreto della giusta causa o del giustificato motivo)» (Così in motivazione Cass. 1° febbraio 2003, n. 1526).

La questione lambisce l'intenso dibattito dottrinale sviluppatosi intorno alla cd. teoria acausale del licenziamento collettivo, cui possiamo soltanto accennare in questa sede, secondo la quale i licenziamenti collettivi sarebbero in sostanza esclusi dalle garanzie della giustificazione necessaria.

Nonostante il superamento della autonomia concettuale tra le due *species* di licenziamento a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 223/91, resta la divergenza di opinioni relativamente al regime giuridico e al ruolo del controllo del giudice.

Infatti, alla tesi sostenuta prevalentemente dalla giurisprudenza, secondo la quale l'istituto del licenziamento collettivo ha rilevanza esclusivamente procedurale, di modo che il sindacato giudiziale può svolgersi soltanto sull'osservanza degli obblighi procedurali (Tra le tante, si veda Cass. 23 marzo 2004, n. 5794, in *Not. giur. lav.*, 2004, p. 676) al punto che la mancanza di ragioni giustificatrici non tocca in alcun modo la validità o l'efficacia del recesso purché sia scrupolosamente osservata la procedura, si contrappone la tesi della dottrina che, criticando la burocratizzazione dei licenziamenti collettivi reputati corretti ove siano rispettati soltanto gli adempimenti formali (Al riguardo della cd. teoria acausale, parla di una «torsione interpretativa» in senso neolibertistico della disciplina Alleva, *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economico-produttivi*, in *Aa.Vv., I licenziamenti per motivi...*, cit., p. 10), ritiene che al giudice «è riservato un controllo, oltre che rispetto alle re-

gole formali e procedurali...», anche «sulla sussistenza dei presupposti causali consistenti nella riduzione o trasformazione di attività di lavoro», e quindi «sull'effettività e veridicità di tale trasformazione» (Carabelli, *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 273; Del Punta, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, in Aa.Vv., *I licenziamenti collettivi*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 23; ricostruisce il dibattito, Spinelli, *profilo causale dei licenziamenti collettivi e ruolo della procedura sindacale*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 356).

Indubbiamente l'attuale posizione della giurisprudenza sui licenziamenti collettivi rischia di depotenziare il ruolo del giudice, che appare delegittimato, posto che è precluso il controllo sulle cause del licenziamento ove il sindacato abbia verificato *ex ante* in sede procedimentale la sussistenza e l'effettività delle motivazioni addotte dal datore di lavoro e la effettiva insussistenza di alternative al licenziamento, cd. *extrema ratio* (Parla del licenziamento collettivo come un licenziamento *ad nutum*, la cui peculiarità consiste in una rigorosa procedimentalizzazione funzionale al controllo sindacale, M. T. Carinci, *op. cit.*, p. 37). Conseguenza da quanto premesso che «nei licenziamenti per riduzione di personale, la possibilità di un diverso impiego dei lavoratori apparterebbe alla materia degli strumenti alternativi alla riduzione, e dunque alla libera determinazione imprenditoriale sottratta al controllo giudiziario (e affidata invece alla dialettica intersindacale)» (Così Scarpelli, *La nozione e il controllo del giudice*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, *I licenziamenti collettivi*, 1997, p. 41).

Insomma nella decisione di riduzione di personale «vi è una manifestazione insindacabile di libertà che preclude il sindacato del giudice» (Così Pera, *Controllo del giudice sui licenziamenti collettivi*, in *Foro it.*, 1975, I, 873; per una ricostruzione critica, si veda Mascarello, *I dilemmi della giurisprudenza*, in Aa.Vv., *I licenziamenti per motivi economici*, cit., pp. 91 ss.).

Viceversa, nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il controllo giudiziale è più pregnante anche se limitato alla verifica della correlazione causale delle decisioni datoriali e dell'atto di recesso.

Sulla base delle premesse considerazioni, nei casi dubbi, conviene «rispettare le procedure del licenziamento collettivo, sopportandone il relativo costo, e intimare poi i licenziamenti con una doppia motivazione (cioè come esito della procedura collettiva e come giustificato motivo oggettivo), onde potersi poi difendere in giudizio a fronte di entrambe le ipotetiche qualificazioni» (Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, Padova, 2005, p. 502).

Lucia Valente
*Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi «La Sapienza»*

CASSAZIONE, 17 dicembre 2007, n. 26561, Sez. lav. – Pres. Ciciretti, Est. Celentano, P.M. Abbritti – Bnl Spa (avv.ti Franza e Marini) c. M. P. (avv. Gaetano).

Diff. Corte d'Appello Messina, 25 novembre 2003.

Licenziamento individuale – Reintegrazione nel posto di lavoro – Inottemperanza – Risarcimento del danno – Risarcimento dei danni ulteriori – Onere della prova.

Licenziamento individuale – Reintegrazione nel posto di lavoro – Inottemperanza – Applicabilità art. 2103 cod. civ. – Non sussiste.

Il comma 4 dell'art. 18 Stat. lav., individuando nella retribuzione la misura del risarcimento del danno subito dal lavoratore per effetto del licenziamento illegittimo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, ha inteso coprire tutti i pregiudizi economici che si configurano come conseguenze della inattività lavorativa da licenziamento illegittimo tanto per il periodo precedente quanto per quello successivo alla sentenza di reintegra; sicché nel caso di inottemperanza del datore all'ordine di reintegra non è consentita la detrazione dell'aliunde perceptum, trattandosi di una condanna in futuro, né è accoglibile la domanda del lavoratore diretta a ottenere il risarcimento di eventuali danni patrimoniali superiori alla misura della retribuzione, sebbene questo possa chiedere, con onere della prova a suo carico, il risarcimento di ulteriori danni non patrimoniali subiti per effetto dell'inattività incolpevole. (1)

L'inattività del lavoratore causata dall'inottemperanza del datore all'ordine alla sentenza di reintegrazione è regolata solo dall'art. 18, comma 4, Stat. lav. e non anche dall'art. 2103 cod. civ., che, al contrario, presuppone l'attualità in fatto e in diritto del rapporto lavorativo e una dequalificazione intervenuta nel corso dello stesso. (2)

(Omissis) Con ricorso del luglio 1996 M. P. chiedeva al pretore di Messina la condanna della Banca Nazionale del Lavoro al risarcimento del danno per il ritardo con il quale era stato reintegrato nel suo posto di lavoro a seguito della sentenza di primo grado, confermata in appello. La Banca si costituiva e opponeva il giudicato di cui alla sentenza di appello n. 573/94: il lavoratore non aveva fatto valere alcun diritto a un danno ulteriore rispetto alle retribuzioni erogate. Il Tribunale, succeduto al pretore a seguito della istituzione del giudice unico di primo grado, con sentenza del 6 maggio 2002 rigettava la domanda.

L'appello del signor M., cui resisteva la Banca, veniva parzialmente accolto dalla Corte d'Appello di Messina con sentenza del 25 novembre 2003/13

gennaio 2004. I giudici di secondo grado osservavano che la lesione alla libertà e alla dignità professionale, lamentata dal lavoratore, si era concretizzata dopo la sentenza di appello che aveva confermato la illegittimità del licenziamento e l'ordine di reintegrazione. Affermavano che, se nelle more del primo e del secondo grado la Banca aveva il diritto di attendere l'esito del giudizio per decidere la reintegrazione del licenziato, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di appello la condotta dell'istituto di credito non era più giustificata. Ravvisavano nel ritardo con il quale era stata disposta la reintegrazione la causa di un danno esistenziale, risarcibile ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. Richiamato il periodo di tempo decorso, l'attività professionale svolta, la ricaduta e i disagi provocati nell'ambiente di lavoro e familiari, liquidavano il danno in euro 25.000,00.

(*Omissis*)

1. La difesa della Banca ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 324 cod. proc. civ.; artt. 1223 ss., 2043, 2697 ss., 2909 cod. civ.; legge 20 maggio 1970, n. 300, art. 18; nonché vizio di motivazione su punti decisivi. Espone che il lavoratore era stato licenziato il 1° agosto 1991; che il licenziamento era stato annullato con sentenza del pretore 14 aprile/22 giugno 1992, contenente l'ordine di reintegrazione e la condanna alle retribuzioni maturate e maturande fino alla reintegrazione; che la decisione era stata confermata in appello con sentenza dell'8 luglio/14 settembre 1994, non impugnata e perciò passata in giudicato il 14 settembre 1995; che dopo il passaggio in giudicato erano intercorsi reiterati contatti con il legale dell'attore per un esodo «agevolato», ma le richieste del lavoratore (non meno di lire 300.000.000) erano state ritenute eccessive; che quindi il signor M. era stato reintegrato in servizio il 3 ottobre 1996, con le precedenti mansioni di operatore unico, ed era stato affiancato per tre settimane da un collega che gli aveva illustrato gli snellimenti e le automazioni delle procedure intervenuti; che il periodo di assenza dal servizio era stato considerato utile ai fini degli avanzamenti di carriera.

Tanto premesso sostiene che nessun risarcimento, ulteriore a quello percepito legge n. 300 del 1970, ex art. 18, comma 4, è dovuto al lavoratore. Richiama la sentenza n. 10203/02 di questa Corte e rileva che l'art. 18 citato non distingue, nel disciplinare gli effetti della sentenza di reintegrazione, fra periodo precedente e periodo successivo alla pronuncia e allo stesso passaggio in giudicato della sentenza, peraltro provvisoriamente esecutiva fin dall'emanazione. Deduce che l'art. 2043 cod. civ. è stato applicato a sproposito, trattandosi non di responsabilità extracontrattuale, ma se mai di responsabilità contrattuale, per inattuazione del rapporto di lavoro ricostituito dalla sentenza. Aggiunge che, anche a voler ammettere la risarcibilità di un ulteriore danno alla professionalità o all'immagine, tale danno abbisogna del-

la necessaria prova, non potendo reputarsi come un effetto intrinseco di ogni interruzione lavorativa. Deduce poi che non può neppure postularsi, senza prove, un danno esistenziale. Lamenta infine che il giudice di appello, pur avendo affermato che si deve tener conto «della personalità del soggetto leso, del tipo di attività svolta, delle alterazioni familiari, sociali, lavorative provocate dal fatto illecito, del periodo di tempo in cui si è protratta l'attività illecita», poi del tutto tautologicamente ha ritenuto equo un risarcimento di 25.000 euro «avuto riguardo al periodo decorso, all'attività professionale svolta, alla ricaduta e ai disagi provocati nell'ambiente di lavoro e familiari».

2. Il ricorso è fondato nei termini di seguito precisati.

Con le modificazioni apportate con la legge n. 108/1990, art. 1, la legge n. 300 del 1970, art. 18, comma 4, dispone: «Il giudice, con la sentenza di cui al comma 1, condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata l'inefficacia o l'invalidità stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione; in ogni caso la misura del licenziamento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto».

È opinione corrente, tanto in dottrina che in giurisprudenza, che il legislatore abbia inteso regolare, con il nuovo testo dell'art. 18, la misura del danno subito dal lavoratore per effetto della sua incolpevole inattività lavorativa, tanto per il periodo precedente la sentenza che per quello successivo; sicché, come persuasivamente rilevato da autorevole dottrina, da un lato, non vi è la possibilità di detrarre per il periodo successivo l'*aliunde perceptum*, trattandosi di condanna in futuro; dall'altro, il lavoratore non può pretendere eventuali danni patrimoniali superiori alla misura della retribuzione.

Quanto alla inattività del lavoratore per il periodo successivo alla sentenza che abbia ordinato la reintegrazione, questa Corte ha escluso che la fattispecie possa essere regolata dall'art. 2103 cod. civ.

Con sentenza n. 10203 del 16 aprile/12 luglio 2002 si è osservato che la fattispecie regolata dall'art. 2103 cod. civ., presuppone l'attualità in fatto e in diritto del rapporto lavorativo e una dequalificazione intervenuta nel corso dello stesso; sicché presenta una propria specificità e marcati caratteri differenziali rispetto alla ipotesi della inottemperanza all'ordine giudiziale di reintegra, che è invece regolata dal disposto della legge n. 300 del 1970, art. 18.

Con il risarcimento commisurato alla retribuzione il legislatore ha inteso coprire tutti i pregiudizi economici che si configurano come immancabili e ineliminabili conseguenze della inattività lavorativa da licenziamento illegittimo.

Resta peraltro la possibilità di ottenere il ristoro di danni distinti e ulteriori rispetto ai ricordati pregiudizi economici contemplati dal citato art. 18, comma 4. La prova di questi ulteriori danni incombe peraltro al lavoratore ai sensi dell'art. 2697 cod. civ.; correttamente i giudici di appello hanno rilevato che la inottemperanza alla sentenza che abbia disposto la reintegrazione è suscettibile di cagionare al lavoratore un danno esistenziale, ma poi, limitato il periodo oggetto di possibile risarcimento al tempo successivo al passaggio in giudicato della sentenza di appello (pag. 2 della sentenza), ne hanno presunto la esistenza senza considerare se il lavoratore si fosse offerto o meno di fornire la relativa prova e, nel primo caso, ammetterla, salvo a pervenire, una volta ritenuta raggiunta la prova del danno, a una valutazione equitativa legata agli elementi concreti della fattispecie.

Dall'esame del ricorso introduttivo, consentito alla Corte per accertare se siano o meno necessari ulteriori accertamenti di fatto in relazione a istanze istruttorie tempestivamente proposte, risulta che il ricorrente si era limitato a chiedere che il comportamento dell'istituto fosse riconosciuto come grave offesa alla dignità e alla libertà del lavoratore, e che la banca fosse quindi condannata al pagamento di lire 200.000.000.

Ne consegue che la sentenza impugnata va cassata e che la domanda di M. P. va rigettata, non essendo possibili ulteriori accertamenti di fatto, alla stregua del seguente principio di diritto: «La legge n. 300 del 1970, art. 18, comma 4, come modificato dalla legge n. 108 del 1990, art. 1, regola il risarcimento del danno subito dal lavoratore licenziato dal giorno del licenziamento sino a quello della reintegrazione, e quindi anche per il tempo successivo alla sentenza che abbia accertato l'inefficacia o l'invalidità del recesso; la inottemperanza all'ordine di reintegrazione contenuto nella sentenza comporta l'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere la retribuzione e, trattandosi per tale periodo di una condanna in futuro, l'ammontare del risarcimento fissato per legge copre tutti i pregiudizi economici normalmente conseguenti alla inattività lavorativa.

Resta comunque la possibilità per il lavoratore di chiedere il risarcimento di danni ulteriori, della prova dei quali è onerato, con le modalità di cui all'art. 414 cod. proc. civ.; una volta fornita tale prova, la liquidazione degli stessi può anche essere effettuata con valutazione equitativa nella ipotesi prevista dall'art. 1226 cod. civ.».

(*Omissis*) La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta la domanda. Compensa le spese dell'intero processo. (*Omissis*).

(1-2) INOTTEMPERANZA ALL'ORDINE DI REINTEGRA E DANNI RISARCIBILI

1. — *I fatti di causa* — La sentenza in commento permette di svolgere alcune riflessioni sul tema del risarcimento dei danni derivanti dalla ritardata esecuzione dell'ordine di reintegrazione, con particolare riferimento alla configurabilità di danni ulteriori, specie da dequalificazione professionale. Il caso trae spunto dalla vicenda di un lavoratore che, dopo aver ottenuto, con sentenza passata in giudicato, l'accertamento in ordine alla illegittimità del licenziamento irrogatogli dall'istituto di credito da cui dipendeva, ricorreva nuovamente in giudizio al fine di ottenere il risarcimento del danno ulteriore rispetto a quello liquidato *ex art. 18*, comma 4, legge n. 300/1970, asseritamente derivante dal ritardo con il quale era stato reintegrato nel posto di lavoro. Contro la sentenza di appello, che accoglieva parzialmente la domanda del lavoratore, proponeva ricorso per cassazione l'istituto citato, secondo cui il prestatore non aveva diritto ad alcun risarcimento ulteriore perché il danno lamentato non era stato debitamente provato. La Corte di Cassazione, dopo aver riconosciuto la astratta risarcibilità di danni ulteriori rispetto ai pregiudizi economici coperti dal comma 4 dell'art. 18, Stat. lav., ha comunque cassato la sentenza impugnata rilevando che il pregiudizio lamentato non era stato adeguatamente provato.

2. — *La risarcibilità del danno ulteriore* — Preliminarmente va rilevato come la sentenza in esame si ponga solo parzialmente in linea con le conclusioni formulate da quell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale secondo cui al risarcimento del danno *ex art. 18*, comma 4, Stat. lav. va riconosciuto un carattere polifunzionale dal momento che questo, fermo restando il diritto del lavoratore a ricevere una indennità minima pari a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto, è finalizzato a far conseguire allo stesso il pieno ristoro di tutti i danni patiti e *patiendi* a causa del licenziamento illegittimo (M. Dell'Olio, *Il risarcimento ex art. 18 St. lav. nella giurisprudenza più recente*, in *Mass. Giur. lav.*, 1985, p. 291; R. Scognamiglio, *La disciplina del risarcimento del danno nel disposto dell'art. 18 della L. n. 300/70*, nota a Cass., Ss.Uu., 29 aprile 1985, n. 2762, in *Mass. Giur. lav.*, 1985, p. 341). Più in particolare, con riferimento al periodo *post* sentenza di reintegra, entro cui il datore è tenuto ad adempiere l'obbligo infungibile di predisporre le misure necessarie al concreto ed effettivo reinserimento del lavoratore nell'organizzazione produttiva, si è da più parti sostenuto, proprio al fine di dare tutela effettiva al lavoratore, da un lato, che non è consentito al datore chiedere il ridimensionamento del risarcimento dovuto al lavoratore *ex art. 18*, comma 4, Stat. lav., eccedendo l'*aliunde perceptum* e/o *percipiendum*, poiché in tal modo si verrebbe a depotenziare gravemente l'effetto «intimidatorio» collegato alla permanenza dell'obbligo di risarcire il danno fino alla effettiva reintegra; dall'altro, si è ugualmente affermato che il lavoratore deve essere ammesso a provare i danni ulteriori, rispetto a quelli predeterminati *ex art. 18*, comma 4, Stat. lav., subito a causa del mancato o — come nel caso in esame — ritardato reinserimento in azienda [M. G. Garofalo, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, in P. Curzio, R. Savino (a cura di), *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cacucci, Bari, 1991, p. 61; G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, p. 175; P. Sandulli, *Commento all'art. 18*, in U. Prosperetti (a cura di), *Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 568 ss.; C. Mandrioli, *L'esecuzione specifica dell'ordine*

di reintegrazione nel posto di lavoro, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 9; per la giurisprudenza, Cass. 14 febbraio 1996, n. 1131, in *Lav. giur.*, 1996, p. 688; Cass. 2 ottobre 1986, n. 5838, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, f. 10; Trib. Milano 26 febbraio 1994, in *Lav. giur.*, 1996, p. 688; Trib. Milano 23 gennaio 1980, in *Or. giur. lav.*, p. 463].

L'orientamento descritto non ha trovato, però, pieno accoglimento nella sentenza in commento poiché la Suprema Corte se, da un lato, statuendo che «il nuovo testo dell'art. 18 Stat. lav.» è diretto a regolare «la misura del danno subito dal lavoratore dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione», nega la possibilità, per il datore, di eccepire l'*aliunde perceptum* per il periodo successivo alla sentenza, dall'altro, stabilendo che «il risarcimento fissato per legge copre tutti i pregiudizi economici normalmente conseguenti alla inattività lavorativa», riconosce la risarcibilità di danni «distinti e ulteriori», ma solo di natura *non patrimoniale*, impedendo al lavoratore di chiedere il ristoro di «eventuali danni patrimoniali superiori alla misura della retribuzione».

3. — *L'inapplicabilità dell'art. 2103 cod. civ.* — Un ulteriore spunto di riflessione critica, strettamente collegato al precedente, si ravvisa nella posizione della Corte in merito all'inapplicabilità dell'art. 2103 cod. civ. alla fattispecie dell'inattività forzata del lavoratore causata dall'inadempimento del datore all'ordine di reintegrazione, che porta a escludere il danno alla professionalità dall'alveo degli «ulteriori danni» risarcibili. Si legge nella sentenza che si commenta che la disposizione codicistica (nella versione novellata dallo Statuto dei lavoratori) non sarebbe applicabile al caso *de quo* in quanto, *in primis*, presupporrebbe «l'attualità in fatto e in diritto del rapporto lavorativo» e, *in secundis*, presenterebbe «una propria specificità e marcati caratteri differenziali rispetto alla inottemperanza all'ordine giudiziale di reintegra, che è invece regolata dal disposto dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970».

Queste affermazioni non convincono.

In primo luogo, va osservato come la Suprema Corte abbia sottovalutato un dato pacifico e oramai acquisito: entro il regime della cd. stabilità reale l'accertamento giudiziale dell'illegittimità del licenziamento ha l'effetto di ricostituire *de iure* il rapporto di lavoro ripristinandone completamente l'originario contenuto obbligatorio, interrotto solo *di fatto* (quindi non giuridicamente) dal licenziamento invalido [M. Napoli, *La tutela reale contro i licenziamenti*, in F. Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene Editore, 1991, I, p. 158; Idem, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980, pp. 42 ss.; M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979; Corte Cost. 14 gennaio 1986, n. 7, in *Foro it.*, 1986, I, 1785; Cass. 14 ottobre 2000, n. 13727, in *Or. giur. lav.*, 2001, I, p. 343; Cass. 3 aprile 1986, n. 2296, in *Inform. prev.*, 1988, p. 1306; Cass., Ss.Uu., 29 aprile 1985, n. 2762, cit.; Cass. 16 febbraio 1982, n. 974, in *Foro it.*, 1982, I, 2549; Cass. 23 luglio 1985, n. 4336, in *Foro it.*, 1986, I, 2864; Trib. Milano, 11 giugno 2001, in *Lav. giur.*, 2002, p. 386].

In secondo luogo, va evidenziato che l'art. 2103 cod. civ. si colloca in posizione sì specifica, ma non alternativa, né assorbibile, rispetto alla fattispecie dell'inottemperanza all'ordine di reintegrazione. Dopo la pronuncia giudiziale, infatti, il lavoratore ha il diritto non solo a essere materialmente riammesso sul posto di lavoro, ma anche a essere adibito alle stesse mansioni svolte in precedenza o, comunque, a mansioni equivalenti (*Ex multis*, Cass. 9 agosto 2002, n. 12123, in *Mass. Giur. lav.*, 2002, p.

863, con nota di Figurati; Cass. 1° dicembre 1994, n. 10284, in *Mass. Giur. lav.*, 1995, p. 215, con nota di Nicolai; Cass. 13 gennaio 1993, n. 314, in *Mass. Giur. lav.*, 1993, p. 236; per una nozione ampia di equivalenza vedi Cass., Ss.Uu., 20 settembre 2006, n. 25033, in q. *Riv.*, 2007, 3, p. 413, con nota di Vendramin). Da ciò discende che la mancata esecuzione dell'ordine giudiziale di reintegrazione genera l'obbligo per il datore non solo di versare al lavoratore le retribuzioni ex art. 18, comma 4, Stat. lav. (Vedi *supra*), ma anche di risarcirgli, ex art. 2103 cod. civ., l'eventuale danno scaturente dallo stato di forzosa inoperosità (Vedi *infra*). Dottrina e giurisprudenza maggioritaria concordano, infatti, nel ritenere che alla base della disciplina dell'art. 2103 cod. civ. vi sia il principio per cui il lavoro rappresenta, oltre che un mezzo di sostentamento, anche uno strumento di estrinsecazione della personalità del lavoratore, con la conseguenza che se quest'ultimo non viene adibito alle mansioni corrispondenti alla propria qualifica, o, come nel caso di specie, viene lasciato in stato di totale inattività, è suscettibile di subire danni sia alla professionalità che alla personalità. Con preciso riferimento al danno per inottemperanza all'ordine di reintegrazione vi è poi chi ha specificato come «il perdurante inadempimento datoriale può essere causa di ulteriori danni per il lavoratore», quali il danno alla professionalità e per perdita di *chances*, il danno alla personalità e il danno per lesione dell'integrità psico-fisica [Cosi' M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova, 2006, pp. 95-96; vedi anche Cass. 13 luglio 2002, n. 10203, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 380, con nota di Lovo; Trib. Firenze 15 aprile 1998, in *Lav. giur.*, 1998, p. 580; più in generale vedi anche M. Brollo, *Le modificazioni oggettive: il mutamento di mansioni*, in C. Cester (a cura di), *Il Rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Commentario diretto da F. Carinci, vol. II, Utet, 2007, p. 1544; M. Lanotte, *Il danno alla persona del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 223; In giurisprudenza, *ex multis*, Corte Cost. 6 aprile 2004, n. 113, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 476, con nota di Corti; Cass. 16 maggio 2006, n. 11430, in q. *Riv.*, 2006, 4, p. 651, con nota di Del Biondo; Cass. 2 agosto 2006, n. 17564, in *Not. giur. lav.*, 2006, 5, p. 632; Cass. 5 ottobre 2004, n. 19899, in *Lav. giur.*, 2005, p. 751, con nota di Corso; Cass. 12 novembre 2002, n. 15868, in *Foro it.*, 2003, I, 480; Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, in q. *Riv.*, 2002, I, p. 233, con nota di Milli; Cass. 13 febbraio 1998, n. 1530, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 450, con nota di Gragnoli; Cass. 12 dicembre 1995, n. 12705, in q. *Riv.*, 1996, I, p. 33; Corte d'App. Genova, 10 gennaio 2006, in *Redazione Giuffrè*, 2006; Pret. Roma 17 aprile 1992, in q. *Riv.*, 1992, p. 1057, con nota di D'Amato].

La Corte di Cassazione nella sentenza in esame, invece, pur trovatasi di fronte al caso di un lavoratore che veniva effettivamente reintegrato dopo quattro anni dalla pronuncia dell'ordine di reintegrazione (giugno 1992-giugno 1996) e affiancato per tre mesi da un collega chiamato a illustrargli gli snellimenti e le automazioni delle procedure intervenute «nel frattempo», ha negato *a priori* la possibilità di dare rilevanza a un eventuale impoverimento tanto della capacità professionale acquisita quanto della capacità di adattamento rispetto alle novità organizzative e procedurali sopravvenute, riconducendolo ai «pregiudizi economici normalmente derivanti dalla inattività lavorativa», già ricompresi, quindi, nel risarcimento ex art. 18, comma 4, Stat. lav., affermando, viceversa, la piena risarcibilità di danni ulteriori solo di carattere non patrimoniale, quale, ad esempio, il danno esistenziale.

Una simile decisione, tuttavia, sembra non tenere in debito conto i numerosi precedenti giurisprudenziali che, riconoscendo natura plurioffensiva alla condotta del datore che demansiona o – come nel caso in esame – lascia del tutto inattivo un proprio dipendente, hanno individuato una pluralità di conseguenze astrattamente configurabili, comprendenti *anche*, ma non solo, il danno esistenziale.

Sul punto sono, peraltro, intervenute di recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che, affrontando proprio un caso di asserita dequalificazione, hanno sancito, sistematizzando e razionalizzando i precedenti giurisprudenziali in materia, che il comportamento del datore, illecito sul piano contrattuale, è astrattamente idoneo a generare diverse tipologie di danno risarcibile (Vedi Cass., Ss.Uu., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 687, con nota di Scognamiglio, in *Dir. prat. lav.* 2006, 19, p. 1057, con nota di Mannacio, in *Mass. Giur. lav.*, 2006, p. 489, con nota di Pisani). *In primis*, dalla violazione dell'art. 2103 cod. civ., viene in rilievo il cd. danno professionale, di natura *patrimoniale* idoneo a esplicarsi, da un lato, nel pregiudizio alla capacità professionale acquisita dal lavoratore e/o alla possibilità, per lo stesso, di acquisire maggiori abilità professionali e, dall'altro, nella perdita di ulteriori *chances* occupazionali o di guadagno (Vedi anche Trib. Milano 19 luglio 2006, in *Or. giur. lav.*, 2006, 3, p. 530; Corte d'App. Bari 23 giugno 2007, n. 1053, in www.giurisprudenzabarese.it, 2007; Trib. Roma 28 febbraio 1990, in *Giur. it.*, 1990, II, p. 327). *In secundis*, dalla violazione degli obblighi di tutela di cui all'art. 2087 cod. civ. possono scaturire altre due voci di danno entrambe di natura non patrimoniale. Da un lato, il cd. danno biologico consistente nella lesione dell'integrità psico-fisica del lavoratore (Cass. 18 aprile 1996, n. 3686, in q. *Riv.*, 1996, II, p. 33; Cass. 12 dicembre 1995, n. 12705, in q. *Riv.*, 1996, II, p. 33; Cass. 24 gennaio 1990, n. 411, in *Lav. prev. oggi.*, 1990, p. 2387, con nota di Meucci; Cass. 20 dicembre 1986, n. 7801, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, p. 578; Pret. Roma 17 aprile 1992, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, p. 543, con nota di Poso), e, dall'altro, il cd. danno esistenziale fondato non su una natura meramente emotiva e interiore, ma sull'alterazione delle abitudini e degli assetti relazionali del lavoratore, il quale ha diritto di esplicitare sul luogo di lavoro la propria identità, la propria immagine e la propria vita di relazione, e che, in caso contrario, può subire uno sconvolgimento delle proprie abitudini quotidiane con un conseguente peggioramento della qualità della vita (Tra le più recenti vedi, *ex plurimis*, Cass., Ss.Uu., 24 marzo 2006, n. 6572, cit.; Cass. 16 maggio 2006, n. 11430, cit.; Cass. 12 giugno 2006, n. 13546, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 9, p. 1439, con nota di Ziviz; Cass. 27 agosto 2003, n. 12533, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, f. 7-8; Cass. 22 febbraio 2003, n. 2763, in *Giur. lav.*, 2003, 15, p. 39, con nota di Stanchi; Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, in *Mass. Giur. lav.*, 2002, p. 430, con nota di Bruzzzone; Cass. 12 novembre 2002, n. 15868, in *Dir. lav.*, 2003, 13, con nota di Caiafa; Cass. 3 luglio 2001, n. 9009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 834, con nota di Mariani; Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, in *Lav. giur.*, 2002, p. 1079; Cass. 6 novembre 2000, n. 14443, in *Dir. e giur.*, 2000, p. 44; Cass. 8 settembre 1999, n. 9539, in *D&L*, 2000, p. 250; Cass. 18 novembre 1999, n. 11727, in *Lav. giur.*, 2000, p. 244).

Si ritiene, quindi, che la Suprema Corte avrebbe dovuto considerare tutte le tipologie di danni risarcibili potenzialmente scaturenti dalla condotta del datore che costringe all'inoperosità un proprio dipendente e non escludere *a priori* la risarcibilità, prima, del danno patrimoniale e, poi, del danno da dequalificazione professionale, che,

proprio per la sua connotazione patrimoniale e sotto un profilo più strettamente civilistico, era astrattamente risarcibile non solo sotto il profilo del danno emergente consistente nel mancato versamento della retribuzione, ma anche sotto il profilo del lucro cessante connesso a una pluralità di fattori pregiudizievoli oramai codificati (Vedi *supra*), quali la mortificazione della professionalità già acquisita, la frustrazione di aspettative di crescita occupazionale e/o la perdita di future *chances* occupazionali.

4. — Segue: *Il regime probatorio* — L'ultima, ma fondamentale, problematica da affrontare al fine di analizzare compiutamente la materia trattata nella sentenza è relativa all'individuazione del soggetto cui spetti l'onere di allegare e provare gli eventuali danni ulteriori derivanti dalla mancata reintegrazione. Sul punto la Suprema Corte ha condiviso l'orientamento secondo cui, con riferimento *anche* al danno alla professionalità, «ogni pregiudizio derivante da inattività lavorativa abbisogna della necessaria prova, non potendo il danno [...] reputarsi come un effetto intrinseco e, pertanto, necessariamente riscontrabile in ogni genere di interruzione lavorativa anche perché il suddetto danno si atteggia, di volta in volta, con modalità e termini differenziati in ragione di ogni singola posizione lavorativa» (Cass. 13 luglio 2002, n. 10203, cit.). *Ad adiuvandum* può richiamarsi anche la già citata pronuncia delle Sezioni Unite che, sulla base dei principi di cui agli artt. 1218 e 1223 cod. civ., ha sancito come dall'inadempimento datoriale non possa essere fatta discendere automaticamente l'esistenza del danno, con la conseguenza che spetta al lavoratore dimostrare non solo la tipologia di lesione subita, ma anche la sussistenza del nesso causale che lega il pregiudizio all'inadempimento datoriale (Cass., Ss.Uu., 24 marzo 2006, n. 6572, cit.; per una rassegna dei contrapposti orientamenti giurisprudenziali antecedenti alla sentenza si rinvia a M. Brollo, *Le modificazioni oggettive: il mutamento di mansioni*, cit., p. 1545).

Con specifico riferimento al danno alla professionalità le Sezioni Unite hanno stabilito, ad esempio, che il lavoratore deve dimostrare i vantaggi collegati alla esperienza professionale venuti meno a seguito del mancato loro esercizio per un certo lasso di tempo ovvero deve indicare specificatamente al giudice le aspettative (di carriera o di guadagno) che si sarebbero realizzate in caso di regolare svolgimento del rapporto, ma che sono state frustrate dalla forzata inattività (Sul punto A. Vallebona, *Il danno da dequalificazione tra presunzione e risarcimento equitativo*, in *Mass. Giur. lav.*, 2001, 11, p. 1016; A. Morone, *Alcune considerazioni sulla giurisprudenza in tema di prova e qualificazione del cosiddetto danno da dequalificazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 753; vedi anche Cass. 29 aprile 2004, n. 8271, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, f. 4; Cass. 27 agosto 2003, n. 12533, cit.; Trib. Pinerolo 6 febbraio 2003, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 424). Se, da un lato, le regole probatorie si fanno più semplici per il danno biologico, data la sua determinabilità secondo il sistema tabellare (Art. 13, d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, e art. 5, comma 3, legge 5 marzo 2001, n. 57), dall'altro, queste tornano a divenire più complesse con riferimento al danno esistenziale, dal momento che, anche in questo caso, il danneggiato è chiamato a provare (Mediante prova testimoniale, documentale o presuntiva; sul punto Cass. 6 luglio 2002, n. 9834, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 1174) le circostanze attestanti l'alterazione delle abitudini di vita che non sarebbero occorse se non si fosse verificato l'evento dannoso (Per una lettura critica della giurisprudenza in materia di risarcimento del danno vedi F. Carinci, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 91-96).

Come accennato, la Corte di Cassazione nella sentenza *de qua*, pur avendo riconosciuto in astratto (seppur limitatamente al cd. danno esistenziale, vedi *supra*) la possibilità per il lavoratore di domandare il risarcimento di danni ulteriori rispetto a quello, meramente patrimoniale, collegato alla ritardata reintegra, ha condivisibilmente addossato allo stesso l'onere di provare il pregiudizio lamentato, con la conseguenza che, essendosi quest'ultimo limitato a chiedere che il comportamento del datore fosse riconosciuto come grave offesa alla sua dignità e libertà professionale, il danno lamentato non è stato ritenuto sufficientemente provato.

Marta Vendramin

*Dottoranda di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate
presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

CASSAZIONE, 14 dicembre 2007, n. 26282, Sez. III civ. – Pres. Preden, Est. Spirito, P.M. Russo – Martano (avv. Sansonetti) c. Comune di Melendugno (avv. Quinto).

Conf. Corte d'Appello Lecce, 25 novembre 2003.

Lavoro pubblico – Ritardata assunzione presso la p.a. – Danni risarcibili – Natura contrattuale – Lucro cessante – Insussistenza.

Chi pretende il risarcimento del danno da tardiva assunzione conseguente a provvedimento illegittimo della p.a. non può allegare, a tale titolo (in particolare, sotto forma di lucro cessante), la mancata percezione delle retribuzioni che si sarebbero potute percepire e che sarebbero state versate per la contribuzione assicurativa in ipotesi di tempestiva assunzione, in quanto queste presuppongono l'avvenuto perfezionamento del rapporto di lavoro e rilevano sotto il profilo della responsabilità contrattuale. Al contrario, l'attore deve allegare e dimostrare i pregiudizi di tipo patrimoniale e/o non patrimoniale che siano eventualmente derivati dalla condotta illecita che si assume essere stata causa del danno lamentato. (1)

(Omissis) Il Tribunale di Lecce condannò il Comune di Melendugno al risarcimento dei danni subiti dal M. a causa della lesione del suo diritto all'assunzione come dipendente dell'ente – che l'attore assumeva essere avvenuta con illegittimo ritardo – comportante perdita di emolumenti, mancanza di assicurazione e sofferenze fisiche.

La domanda fu, invece, respinta, a seguito dell'appello del Comune, dalla Corte di Lecce, la quale – pur riconoscendo che il M. godeva del diritto soggettivo all'assunzione, che nella specie l'amministrazione aveva posto in essere una disparità di trattamento (sanzionata con l'annullamento degli atti a opera del giudice amministrativo) e che, infine, era indubbia la riconducibilità all'ente dell'atto illegittimo – ha ritenuto che il M. non avesse provato il reale pregiudizio sofferto per effetto della ritardata assunzione, essendosi limitato ad allegare di avere svolto *medio tempore* saltuarie prestazioni lavorative, a invocare l'onere dell'ente di provare l'*aliunde perceptum*, a chiedere la *restitutio in integrum* sulla base del trattamento contributivo corrisposto dall'amministrazione al dipendente assunto in sua vece.

Propone ricorso per cassazione il M. a mezzo di due motivi. Risponde con controricorso il Comune di Melendugno. Le parti hanno depositato memorie per l'udienza.

(Omissis)

Con il primo motivo (violazione e falsa applicazione artt. 1223, 2043 e 2967 cod. civ.) il ricorrente sostiene che, nella specie, si sarebbe dovuto rag-

giungere la prova per via presuntiva o secondo l'*id quod plerumque accidit*, in quanto il danneggiante è tenuto al risarcimento del danno che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento.

Con il secondo motivo il M. pone in evidenza la contraddizione nella quale sarebbe incorsa la motivazione della sentenza impugnata, la quale, pur ritenendo mancante la prova del danno, ha poi escluso di poter liquidare il danno in via equitativa (il che presupporrebbe essere stato acquisito l'*an* del pregiudizio). Censura, comunque, la sentenza laddove esclude la possibilità di ricorso alla liquidazione equitativa.

I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati, sono infondati.

Occorre premettere che il primo grado del giudizio è stato diretto ad «accertare e quantificare il danno economicamente apprezzabile conseguente alle mancate retribuzioni nonché danno da omessa contribuzione, al netto di quanto percepito nel periodo 1980-1994, per le prestazioni salutarie effettuate» (cfr. il ricorso nella parte espositiva del fatto). Fu così che il primo giudice, espletata la Ctū, in accoglimento della domanda del M., condannò l'amministrazione a pagargli una somma di danaro che costituiva, appunto, il totale delle retribuzioni non percepite nel periodo di ritardata assunzione, nonché a regolarizzare la sua posizione assicurativa per il periodo stesso.

La sentenza fu impugnata dal Comune (il quale, in sintesi, escludeva che fosse stata offerta la prova del danno ingiusto) e, incidentalmente, dallo stesso M., il quale mirava a conseguire l'ulteriore somma (non riconosciutagli dal Tribunale) ottenuta a titolo di premio incentivante da colui che era stato illegittimamente assunto al suo posto.

La Corte d'Appello, come s'è visto, ha respinto la domanda, sul rilievo che il M. non avesse allegato, né dimostrato, di avere subito un danno a causa della ritardata assunzione, ma che si fosse limitato a chiedere la *restitutio in integrum*, sulla base del trattamento retributivo corrisposto dall'amministrazione al dipendente assunto in sua vece.

Giova pure ricordare che, nella causa in trattazione, le Ss.Uu. di questa Corte, con la sentenza del 16 marzo 1999, n. 142, hanno provveduto a regolare la giurisdizione a favore del giudice ordinario, enunciando il principio secondo cui, nei limiti della richiesta numerica proveniente dall'amministrazione che intende procedere all'assunzione, il lavoratore iscritto nella lista speciale, e utilmente inserito nella graduatoria alla quale l'Ufficio di collocamento deve uniformarsi, vanta un vero e proprio diritto soggettivo all'avviamento in esecuzione della richiesta medesima; il lavoratore avviato per il tramite del collocamento pubblico, sebbene non divenga *ipso facto* titolare di un rapporto di lavoro con il soggetto richiedente e neppure della potestà di richiedere l'esecuzione specifica dell'ob-

bligo di quest'ultimo di concludere il relativo contratto, è titolare, tuttavia, di un diritto soggettivo all'assunzione, la cui violazione da parte del soggetto richiedente (il quale, dovendo procedere alla sostituzione di uno dei giovani già assunti poi dimessosi, proceda alla richiesta di avviamento di un altro lavoratore, con provvedimento poi annullato dal giudice amministrativo) lo abilita – nei confronti del soggetto pubblico – alla domanda risarcitoria, la cui cognizione rientra nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario.

Per fornire risposta al ricorso in esame, ferma restando la configurabilità di un diritto soggettivo all'assunzione (almeno secondo i presupposti di fatto e di diritto che regolano la vicenda trattata), resta, allora, da chiarire quale sia il danno risarcibile alla cui domanda è abilitato il soggetto interessato.

Alla stregua del criterio del cd. *petitum* sostanziale la stessa sentenza regolatrice della giurisdizione, sopra menzionata, ha rilevato che oggetto di questa controversia non è una situazione giuridica nascente da un rapporto di impiego già in atto, fondandosi, all'opposto, le pretese del ricorrente sull'assenza di tempestiva costituzione di un rapporto siffatto. Il M., pur avendo, nell'atto introduttivo del giudizio, fatto un generico riferimento al risarcimento del danno derivatogli dalla lesione del suo diritto all'assunzione, con conseguente perdita di emolumenti, mancanza di assicurazioni e sofferenze psichiche (riferimento che, come s'è detto, ha indotto la Corte regolatrice ad attribuire la giurisdizione al giudice ordinario), ha poi indirizzato la prova (in particolare la Ctu) all'accertamento della perdita economica derivatagli a causa del ritardo nell'assunzione, determinata nell'esatto ammontare di tutte le retribuzioni che in quel periodo gli sarebbero spettate e dei contributi ai quali avrebbe avuto diritto nel periodo medesimo, sostituendo in tutto la sua posizione a quella del dipendente che al suo posto era stato assunto, tanto da chiedere (inutilmente in primo grado) anche i premi incentivanti che quello aveva percepito. In estrema sintesi, egli ha indirizzato la causa (e così pure l'ha coltivata in appello) come si trattasse di una controversia di lavoro tendente all'integrale ripristino di una situazione retributiva lesa, benché non si fosse instaurato *ipso facto* un rapporto di lavoro con l'amministrazione (cfr., *supra*, la sentenza regolatrice della giurisdizione).

È per questo che, correttamente, la sentenza impugnata ha rilevato la mancata allegazione del danno ingiusto che, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., abilita il soggetto, leso nel suo diritto all'assunzione, alla domanda risarcitoria. Danno che non consiste nella perdita di quelle retribuzioni, alle quali il M. non aveva diritto, per non essere stato assunto, ma che, in una fattispecie del genere, sarebbe riscontrabile in tutti quei pregiudizi di ti-

po patrimoniale e non patrimoniale che avrebbero potuto costituire, in ipotesi, la ricaduta della violazione del diritto alla tempestiva assunzione. Si pensi, solo in via di esempio, alle spese eventualmente effettuate in vista dell'assunzione stessa, oppure al patema derivante dalla frustrante e ingiusta situazione di transitoria disoccupazione, oppure, ancora, agli esborsi effettuati per intraprendere altre attività lavorative transitorie, poi abbandonate all'atto dell'assunzione da parte della p.a.

Tutti questi concetti il ricorrente dimostra di non averli affatto compresi, soprattutto laddove fa riferimento al danno patrimoniale da lucro cessante, senza rendersi conto che, secondo lo stesso significato lessicale, di siffatto danno può parlarsi laddove il lucro vi sia stato e sia cessato in conseguenza del fatto illecito; mentre in questo caso la mancanza di un rapporto di lavoro esclude che sia esistito un originario guadagno, derivante dal rapporto di lavoro con la p.a., cessato per fatto illecito della stessa (come nel diverso caso, correttamente evidenziato nella sentenza impugnata, in cui si sia verificata l'illegittima interruzione di un rapporto di lavoro già perfezionato e in corso).

Così come è inutile parlare di presunzioni o di *chances*, alle quali si fa ricorso, come tecnica liquidatoria del risarcimento, allorché il danno sia individuato e accertato, ma che invece non sono utilizzabili (come non è utilizzabile, in genere, il ricorso alla liquidazione equitativa) in un caso come questo, in cui il danno aquiliano non è stato neppure allegato.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto, con l'enunciazione del principio secondo cui: chi pretende il risarcimento del danno, *ex art. 2043 cod. civ.*, da tardiva assunzione conseguente a provvedimento illegittimo della p.a. non può allegare, a tale titolo (in particolare, sotto forma di lucro cessante), la mancata percezione delle retribuzioni che si sarebbero potute percepire e che sarebbero state versate per la contribuzione assicurativa in ipotesi di tempestiva assunzione, in quanto queste presuppongono l'avvenuto perfezionamento del rapporto di lavoro e rilevano sotto il profilo della responsabilità contrattuale. Al contrario, l'attore deve allegare e dimostrare i pregiudizi di tipo patrimoniale e/o non patrimoniale che siano eventualmente derivati dalla condotta illecita che si assume essere stata causa del danno lamentato.

Sussistono i giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

(*Omissis*)

La Corte rigetta il ricorso e compensa interamente tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

(*Omissis*)

(1) IL DANNO DA RITARDATA ASSUNZIONE:
PROVA E CRITERI DI LIQUIDAZIONE

1. — Alcuni spunti di riflessione emergono dalla pronuncia della Suprema Corte in esame, sia in rito, sia in diritto.

Oggetto del contendere tra le parti è il diritto al risarcimento del danno derivante da ritardata assunzione alle dipendenze di una pubblica amministrazione (d'ora in poi p.a.). Il caso giudiziario riguarda l'azione proposta da un lavoratore, nel dicembre 1994, per ottenere la condanna dell'ente – proprio datore di lavoro – al risarcimento dei danni subiti a causa dell'illegittimo ritardo con il quale si era proceduto alla relativa assunzione.

Difatti, per colpa di un errore dell'amministrazione era stato immesso in servizio, sin dal 14 aprile 1980, un altro soggetto anziché quello iscritto nella lista di collocamento dalla quale il Comune, in conformità della richiesta numerica inoltrata all'ufficio di collocamento, era tenuto ad attingere.

Solo dopo ben quattordici anni, anche in virtù dell'annullamento del provvedimento illegittimo di assunzione adottato dal Comune, disposto dal Tar e confermato dal Consiglio di Stato, la p.a. si era accorta dell'errore e aveva sanato la questione, assumendo il docente pretermesso.

Una volta ottenuta l'assunzione in ruolo a far data dal 1° luglio 1994, il lavoratore proponeva azione di risarcimento con il rito ordinario, dinanzi alla Sezione civile del Tribunale di Lecce, chiedendo la condanna del Comune al ristoro dei danni subiti a causa della lesione del diritto all'assunzione, avvenuta con illegittimo ritardo, così da determinare una perdita di emolumenti, mancanza di assicurazioni e sofferenze psichiche.

Vittorioso in primo grado, con condanna dell'amministrazione al pagamento, in suo favore, di una somma pari al totale delle retribuzioni non percepite nel periodo di ritardata assunzione, oltre alla regolarizzazione della posizione assicurativa per il medesimo periodo, il dipendente risultava soccombente in sede di gravame.

La Corte d'Appello di Lecce, nonostante l'espresso riconoscimento sia del diritto all'assunzione, sia dell'illegittimità del comportamento perpetrato dalla p.a., concretizzatosi in una disparità di trattamento, respingeva la domanda del lavoratore, ritenendo non fornita la prova del reale pregiudizio sofferto per effetto della ritardata assunzione.

Avverso tale decisione il lavoratore proponeva ricorso per cassazione.

2. — Dall'analisi dell'orientamento giurisprudenziale in materia emerge una preliminare osservazione: la maggior parte delle sentenze emesse in casi simili, come si avrà modo di verificare nel prosieguo, riguardano le assunzioni presso le pp.aa. e, in particolar modo, quelle effettuate tramite procedure selettive; da qui, il maggior numero di pronunce di organi giurisdizionali amministrativi, rispetto a quelle di giurisdizione ordinaria, anche in virtù dell'esame di vicende verificatesi in costanza della disciplina antecedente alla cd. privatizzazione del pubblico impiego.

I principali profili di analisi rilevanti in tali controversie e oggetto, quindi, di disamina da parte della autorità giudiziaria investita sono essenzialmente tre: posizione soggettiva del lavoratore; qualificazione della responsabilità della p.a. (Sul punto, cfr. Tar

Sicilia-Palermo, 23 aprile 2007, n. 1178, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2007, 2201, con nota di Paire, *Il danno derivante da ritardata assunzione presso la p...*; configurabilità del danno e criterio di commisurazione dello stesso.

Nella sentenza in epigrafe, invece, il campo di indagine risulta più limitato. Non sono in discussione, infatti, i presupposti sostanziali per l'accoglimento della domanda, riconosciuti in entrambi i gradi precedenti del giudizio: sia il diritto soggettivo all'assunzione del dipendente, sia la responsabilità della pubblica amministrazione per la ritardata assunzione del lavoratore.

Per quanto concerne la natura della situazione soggettiva lesa, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, le Ss.Uu. della Corte di Cassazione stabilivano che «il lavoratore iscritto nella lista speciale [...] e utilmente inserito nella graduatoria predisposta dall'ufficio di collocamento è titolare di diritto soggettivo all'avviamento, nei limiti della richiesta numerica proveniente dall'amministrazione che intende procedere all'assunzione» (Cass. 16 marzo 1999, n. 142, in *Foro it.*, 1999, I, 2257) e richiamavano lo *ius receptum* in base al quale il lavoratore avviato per il tramite del collocamento pubblico, «sebbene non divenga *ipso facto* titolare di un rapporto di lavoro con il soggetto richiedente e neppure della potestà di richiedere l'esecuzione specifica dell'obbligo di quest'ultimo di concludere il relativo contratto, è titolare, tuttavia, di un diritto soggettivo all'assunzione, la cui violazione [...] lo abilita – nei confronti del soggetto pubblico – alla domanda risarcitoria».

In merito al secondo profilo non controverso, il provvedimento di assunzione dell'altro lavoratore era stato annullato dal giudice amministrativo riconoscendosi, quindi, l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione.

Acclarati i presupposti sostanziali del diritto al risarcimento del danno, si è posto il problema di chiarire quale fosse il danno risarcibile nel caso di specie. La questione sottoposta al vaglio della Suprema Corte ha investito esclusivamente il regime probatorio del pregiudizio subito dal lavoratore per effetto della ritardata assunzione e il connesso criterio di liquidazione. Il lavoratore riteneva, infatti, che la Corte d'Appello, nel caso di specie, avrebbe dovuto ritenere provato, per via presuntiva o secondo il principio dell'*id quod plerumque accidit*, il danno subito, oltre a poter ricorrere al criterio della liquidazione in via equitativa dello stesso.

La Corte d'Appello aveva respinto la domanda proposta dal lavoratore, poiché aveva ritenuto non provato l'asserito pregiudizio dallo stesso subito. Secondo il Collegio, infatti, il lavoratore si era limitato semplicemente a domandare la *restitutio in integrum*, sulla base del trattamento retributivo corrisposto al dipendente assunto al suo posto.

In altri termini, il lavoratore aveva istruito la causa alla stregua di una controversia di lavoro mirante al ripristino di una situazione retributiva lesa, dal momento che aveva inteso accertare – attraverso la CtU richiesta ed espletata – la perdita economica derivatagli dal ritardo nell'assunzione, da quantificarsi nell'ammontare di tutte le retribuzioni che gli sarebbero spettate nel periodo di mancata assunzione.

Tale linea difensiva, tuttavia, non è stata ritenuta valida dai giudici di appello, la cui decisione è stata confermata in sede di legittimità: secondo la Suprema Corte, chi agisce ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., al fine di ottenere il risarcimento dei danni causati da tardiva assunzione derivante da un illegittimo provvedimento della p.a., deve dimostrare i pregiudizi di qualsiasi natura derivanti dalla condotta definita come illecita

e non può addurre come lucro cessante la mancata percezione delle retribuzioni in ipotesi di tempestiva assunzione. Queste ultime rilevano, infatti, solo sotto il profilo della responsabilità contrattuale e presuppongono l'avvenuto perfezionamento del rapporto di lavoro. Nel caso in esame, invece, per il periodo di ritardata assunzione, non si è instaurato *ipso facto* alcun rapporto di lavoro e, di conseguenza, non vi è titolo per agire in *restitutio in integrum*.

Su tale ultimo punto, la sentenza in esame si pone in linea con una consolidata giurisprudenza che considera ammessa la *restitutio in integrum*, intesa come piena reintegrazione del dipendente con diritto a percepire anche la retribuzione, solo in caso di illegittima interruzione di un rapporto già in corso e non anche nel caso di illegittimo diniego di costituzione del rapporto stesso, poiché la retribuzione è elemento di un rapporto a prestazioni corrispettive già costituito e consolidato (In tal senso Tar Calabria-Reggio Calabria 2 gennaio 2007, n. 1, in *Pub. imp.*, 2007, 2, p. 100, ribadendo un consolidato orientamento giurisprudenziale: cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Ad. Plen., 12 dicembre 1991, n. 10, in *Cons. Stato*, 1991, I, p. 1805; Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 1999, n. 378, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 497; Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 2000, n. 4841, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 2008; Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 2003, n. 4308, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2003, 2248).

In caso di illegittima mancata costituzione del rapporto di lavoro, o di ritardo o diniego di assunzione, la giurisprudenza ha riconosciuto il diritto solo alla reintegrazione giuridica – mediante retrodatazione della nomina – ma non anche il diritto al pagamento delle retribuzioni arretrate, poiché la prestazione lavorativa non è stata effettuata (Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 1° febbraio 1993, n. 133, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 217, secondo il quale: «la corresponsione del trattamento economico al pubblico dipendente ha per presupposto l'effettiva prestazione del servizio, ovvero l'interruzione del servizio già in corso per causa di un atto dell'amministrazione successivamente riconosciuto illegittimo; in altri termini, l'obbligo dell'amministrazione di corrispondere la retribuzione può essere affermato solo quando con l'adozione della nomina e l'assunzione del servizio si è già perfezionato il sinallagma prestazione-retribuzione»; cfr. anche, più di recente, Tar Puglia-Lecce 14 aprile 2008, n. 1103, in *www.unicolavoro.ilsole24ore.com*; Tar Lazio-Latina 12 aprile 2008, n. 378, in *www.lexitalia.it*). Dalla natura sinallagmatica del rapporto discende, perciò, la regola che la retribuzione presuppone la prestazione lavorativa, e che la corresponsione della prima in mancanza della seconda è l'eccezione, la quale richiede una espressa previsione di legge o di contratto, nel caso di specie non rinvenibile [In tal senso, cfr. Cass., Ss.Uu., 5 marzo 1991, n. 2334, in *Foro it.*, 1991, I, 1100; Cass. 4 ottobre 1996, n. 8695, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Lavoro (rapporto)*, 540].

Quindi, considerata la mancata instaurazione del rapporto, il recupero economico non può che avvenire sotto forma di risarcimento del danno prodotto dalla tardiva assunzione, e la responsabilità dell'amministrazione deve essere configurata in termini di responsabilità extracontrattuale o aquiliana, derivante dalla violazione dei doveri della clausola generale del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 cod. civ. (Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2006, n. 7386, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5174, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2002, 12, 3227, con nota di M. L. Maddalena, *Il danno derivante da ritardata assunzione: natura della situazione soggettiva lesa e spunti critici sulla sua riconducibilità al*

danno da perdita di chance; Cass., Ss.Uu., 21 dicembre 2000, n. 1324, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, 526).

Nel caso in specie, pertanto, secondo la Suprema Corte andava provato il danno ingiusto subito dal lavoratore pretermesso: «l'attore deve allegare e dimostrare i pregiudizi di tipo patrimoniale e/o non patrimoniale che siano eventualmente derivati dalla condotta illecita che si assume essere stata causa del danno lamentato».

Tale danno, tuttavia, non è stato nemmeno allegato dal ricorrente, il quale ha errato nella qualificazione del pregiudizio subito, ricostruito in termini di lucro cessante: da qui il mancato accoglimento della domanda.

3. — A ben vedere, nel caso di specie si è in presenza di una controversia di stampo civilistico, avente a oggetto il risarcimento del danno da lesione di un diritto soggettivo: danno generato dalla ritardata assunzione in servizio, dovuta a un comportamento della p.a. dichiarato illegittimo.

L'attore, tuttavia, ad avviso della Suprema Corte ha errato nell'aver indirizzato la prova del danno all'accertamento della perdita economica derivata dal ritardo della p.a., determinata nell'esatto ammontare di tutte le retribuzioni non percepite, nonché nell'aver preteso il risarcimento del danno patrimoniale da lucro cessante: voci che, secondo i giudici di legittimità, sarebbero derivate dall'avvenuto perfezionamento del contratto di lavoro, non rilevabile nel caso di specie, e che risultano connesse, quindi, a una responsabilità contrattuale, anch'essa non configurabile.

In altri termini, il lavoratore non ha provato l'*an* del pregiudizio, vale a dire il danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

Si è chiusa, così, la strada per la quantificazione dello stesso, anche mediante presunzioni o sotto forma di perdita di *chance*, poiché il danno non è stato affatto allegato. La domanda del lavoratore, quindi, pur ricorrendone i presupposti sostanziali, non poteva trovare accoglimento.

Le conclusioni cui sono pervenuti i giudici di legittimità appaiono estremamente rigorose: è vero che la Suprema Corte, come già rilevato, si è posta in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale per quanto concerne i requisiti sostanziali del risarcimento del danno da ritardata assunzione (diritto soggettivo del lavoratore, responsabilità della p.a.), ma si è decisamente discostata riguardo alla qualificazione del danno e al regime probatorio dello stesso pervenendo a una meta diversa.

Tra i precedenti non mancano, infatti, pronunce nelle quali il regime probatorio è decisamente più favorevole per il lavoratore che abbia subito un ritardo nell'assunzione: in alcuni casi si è ritenuto che l'istante non fosse tenuto a dar prova del danno subito, essendo lo stesso *in re ipsa* [Cons. Stato, 25 luglio 2006, n. 4639, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2006, 2193; Idem 25 luglio 2006, n. 4645, in *Guida dir.*, 2006, 42, p. 84; Cass., Sez. lav., 17 dicembre 2003, n. 19355, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, 1277]; in altre ipotesi, senza dichiarare ciò apertamente, si è proceduto direttamente alla liquidazione del danno, commisurandolo alle retribuzioni che sarebbero maturate nel periodo in rilievo (Tar Sicilia-Palermo, 12 giugno 2006, n. 1434, in *Giur. amm.*, 2006, II, p. 1210). D'altronde, la prima e più diretta conseguenza dannosa della mancata assunzione del lavoratore altro non è che la conseguenziale mancata percezione delle retribuzioni; il danno, in altri termini, consiste proprio nella retribuzione non corrisposta (In tal senso Tar Campania, Napoli, Sez. V, 26 febbraio

2002, n. 1113, in *www.giust.it*); voce alla quale potranno, poi, aggiungersi altri pregiudizi di tipo patrimoniale e non, qualora sussistenti e dimostrati.

Ciò che non spetta, per giurisprudenza pacifica, è l'integrale ricostituzione economica del periodo di servizio non prestato (Cons. Stato 5 aprile 2006, n. 1774, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2006, 1226): da qui, la prassi giurisprudenziale di operare un abbattimento in via equitativa del *quantum* da riconoscere al soggetto danneggiato, dal momento che lo stesso non ha di fatto impiegato le proprie energie lavorative, rivolte, invece, alla cura di altri interessi (Familiari, culturali, di svago ecc.: in tal senso, Tar Sicilia-Palermo, 14 settembre 2004, n. 1980, in *Jurisdata*).

Nella maggior parte dei casi esaminati, si è provveduto a una riduzione del 50% delle retribuzioni non percepite dall'interessato, detratte, altresì, le somme fruite per eventuali attività altrimenti svolte nel medesimo periodo (Tar Sicilia-Palermo, 12 giugno 2006, n. 1434, cit.; Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5174, cit.; Tar Puglia-Lecce, 27 luglio 2001, n. 4353, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 3463, il risarcimento del danno è invece commisurato alle retribuzioni che l'interessato avrebbe fruito ove fosse stato assunto, ivi comprese le quote di Tfr che sarebbero maturate, e al valore delle contribuzioni previdenziali, previa decurtazione esclusivamente dell'*aliunde perceptum*. Il risarcimento integrale è stato disposto anche in Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 517, in *www.lexitalia.it*).

Ai medesimi risultati sono giunte, peraltro, anche alcune pronunce giurisprudenziali successive a quella in commento (Tar Lazio-Roma, 26 febbraio 2008, n. 1735, in *www.unicolavoro.ilssole24ore.com*; Tar Lazio-Latina, 12 aprile 2008, n. 378, cit.; sul danno presunto, cfr., in particolare, Cass., Sez. lav., 26 marzo 2008, n. 7858, in *www.unicolavoro.ilssole24ore.com*, che, tuttavia, ricostruisce la responsabilità della p.a. come contrattuale).

La decisione in epigrafe appare, quindi, una voce fuori dal coro. Al riguardo potrebbe forse sostenersi che la natura ordinaria del procedimento instaurato e del corrispondente giudice investito nel caso *de quo* ha condizionato gli esiti finali del giudizio. D'altronde, le pronunce difformi e più favorevoli al lavoratore sono state emanate soprattutto nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, o dalla Sezione lavoro della Cassazione.

Tra l'altro, nella fase del primo grado l'ente convenuto, costituitosi in giudizio, eccepiva il difetto della giurisdizione ordinaria. Ma in sede di regolamento preventivo, attraverso la valutazione del *petitum* sostanziale, le Sezioni Unite della Suprema Corte chiarivano che le pretese avanzate dal ricorrente si fondavano sull'assenza di tempestiva costituzione del rapporto di lavoro e, quindi, l'oggetto della controversia non configurava una situazione giuridica nascente da un rapporto di impiego già in atto: da qui, l'estraneità della questione dall'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Richiamavano, a conferma di tale ultimo assunto, il consolidato orientamento giurisprudenziale a favore della riconducibilità in tale giurisdizione delle sole controversie inerenti ai rapporti di impiego già costituiti (Cass. 10 maggio 1993, n. 5338, in *Foro it.*, 1994, I, 1087; il medesimo principio è stato applicato nel caso di retrodatazione della nomina ai fini giuridici, dal momento che in tale ipotesi la *causa petendi* si collega non occasionalmente al rapporto di impiego, già costituito con efficacia retroattiva: in tal senso, Cass., Ss.Uu., 16 novembre 2007, n. 23738, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, 286).

Tuttavia, il criterio del *petitum* sostanziale non attribuisce rilevanza alla formalizzazione del rapporto tra le parti, ma mira a risalire alla natura delle ragioni giuridiche poste a fondamento della domanda: la *causa petendi* di colui che rivendica un diritto direttamente connesso con un rapporto di lavoro trova la sua radice nel rapporto stesso, sia che questo sia stato instaurato, sia che proprio la sua mancata formalizzazione costituisca il presupposto della domanda. Oltretutto, la controversia in esame è stata attivata dal lavoratore dopo la regolarizzazione della propria assunzione: in costanza, quindi, del rapporto di lavoro.

E proprio l'analisi dei precedenti giurisprudenziali in materia conferma che il dubbio sulla probabilità che l'esito finale della controversia sarebbe stato diverso, qualora la causa fosse stata radicata – e coltivata – dinanzi al giudice amministrativo, non appare infondato.

Cristiana Corbo
*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi di Foggia*

CASSAZIONE, 11 dicembre 2007, n. 25837, Ss.Uu. – Pres. Carbone, Est. Vidiri, P.M. Iannelli – Regione Umbria (avv.ti Manuali e Gobbi) c. R. S. F. (avv.ti Rizzo e Mastrangeli).
Diff. Corte d'Appello Perugia, 8 novembre 2005.

Lavoro pubblico – Giusta retribuzione ex art. 36 Cost. – Prestazioni di fatto – Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo.

In materia di pubblico impiego, l'impiegato cui sono state assegnate, al di fuori dei casi consentiti, mansioni superiori, anche corrispondenti a una qualifica di due livelli superiori a quella di inquadramento, ha diritto, in conformità della giurisprudenza della Corte Costituzionale, a una retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost. Norma, questa, che deve, quindi, trovare integrale applicazione – senza sbarramenti temporali di alcun genere – pure nel settore del pubblico impiego privatizzato, sempre che le superiori mansioni assegnate siano state svolte, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, nella loro pienezza, e sempre che in relazione all'attività spiegata siano stati esercitati i poteri e assunte le responsabilità correlate a dette superiori mansioni. (1)

(Omissis)

3. Con il primo motivo di ricorso la Regione denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 24 Cost., dell'art. 279, comma 2, cod. proc. civ. e dell'art. 23 della legge n. 87 dell'11 marzo 1953, in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 1 e 3, cod. proc. civ., assumendo che la Corte d'Appello ha errato nel ritenere che l'ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale contenesse «nella prima parte un provvedimento sulla giurisdizione, avente natura di sentenza», e che su detto presupposto ha fatto scaturire la formazione del giudicato sulla giurisdizione.

Con il secondo motivo la ricorrente deduce violazione ed errata interpretazione dell'art. 45, comma 17, del d.lgs. n. 80 del 1998, e dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 1 e 3 cod. proc. civ. A tale riguardo sostiene che la Corte d'Appello avrebbe dovuto riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo almeno fino al 30 giugno 1998, assumendo altresì che il R. doveva ritenersi assoggettato a decadenza per ogni pretesa relativa al suddetto periodo per essere dette pretese assoggettate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo se proposte entro il 15 settembre 2000.

Con il terzo motivo la Regione Umbria lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 25 del d.lgs. n. 80 del 1998, dell'art. 15 del d.lgs. n. 387/1998 e dell'art. 56 del d.lgs. n. 29 del 1993 (ora art. 52 del T.U. ap-

provato con il d.lgs. n. 165 del 2001), in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. Precisa a tale riguardo la ricorrente che, come statuito più volte dai giudici amministrativi, solo a decorrere dall'entrata in vigore dell'art. 15 del d.lgs. n. 387 del 1998, e precisamente solo a partire dal 22 novembre 1998, andava riconosciuto con carattere di generalità il diritto alle differenze retributive a favore del dipendente pubblico che abbia svolto le mansioni superiori, mentre per il periodo precedente non poteva essere riconosciuto alcun diverso trattamento economico né facendo riferimento all'art. 36 Cost., né all'art. 2126 cod. civ., né all'art. 2041.

Con il quarto motivo la Regione denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 52, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., sostenendo sul punto che è stato illegittimamente riconosciuto al R. un trattamento retributivo equivalente alla *ex nona* qualifica, spettante al personale dirigenziale, sicché risultava violato il principio giurisprudenziale secondo cui la valutabilità delle mansioni superiori poteva di fatto avvenire con riferimento al livello o alla qualifica immediatamente superiore. E invero l'espletamento delle mansioni superiori da parte del dipendente non può riguardare una qualifica due volte superiore a quella rivestita, come invece era avvenuto nel caso di specie per essersi il R. visto riconosciuto un trattamento economico equivalente prima al sesto livello e successivamente al settimo, e per avere, infine, rivendicato un trattamento equivalente al nono livello. (*Omissis*)

4.5. Per concludere sul punto va riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario per tutte le pretese avanzate in giudizio da R. S. F. senza che possa farsi al riguardo una distinzione tra trattamento economico antecedente al 30 giugno 1998 e trattamento successivo, in conformità a quanto affermato di recente dalla giurisprudenza di queste stesse Sezioni Unite che, infatti – in una fattispecie assimilabile sotto molti profili a quella in esame –, hanno statuito che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia promossa da un dipendente assegnato a mansioni inferiori rispetto alla qualifica riconosciuta da provvedimenti dell'amministrazione datrice di lavoro emanati prima del 30 giugno 1998, i cui effetti siano perdurati per il periodo successivo, che chiedi il ripristino delle mansioni di sua spettanza e il risarcimento del danno. E invero, in presenza dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che fissa una proroga della giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di pubblico impiego con riferimento alle «questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro» anteriori al 30 giugno 1998, per temperare il frazionamento delle domande ed evitare che i diritti divenuti esigibili in un certo arco temporale debbano essere fatti valere dinanzi a giudici diversi con competenza ripartita in base all'epoca della loro maturazione, qualora la lesione lamentata dal lavoratore abbia origine da un compor-

tamento del datore di lavoro pubblico che si assume permanentemente illecito, deve farsi riferimento al momento della cessazione della permanenza del comportamento, di modo che, ove tale cessazione intervenga in data successiva al 30 giugno 1998, la controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass., Ss.Uu., 9 marzo 2007, n. 5404).

5. I primi due motivi di ricorso vanno pertanto rigettati dovendosi riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario per tutte le domande spiegate dal R.

6. Anche il terzo e quarto motivo del ricorso, con i quali si contesta con diverse argomentazioni l'applicabilità dell'art. 36 Cost. al rapporto di impiego pubblico ora privatizzato, vanno rigettati. (*Omissis*). Le conclusioni cui è pervenuto il giudice d'appello – dopo aver evidenziato come il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori stabilito dall'art. 52, comma 6, del d.lgs. n. 29 del 1993 (poi modificato dall'art. 25 del d.lgs. n. 80 del 1998), sia stato soppresso dall'art. 15 del d.lgs. n. 387 del 1998 con efficacia retroattiva – sono state supportate dalla considerazione che nella giurisprudenza sia ormai principio acquisito la necessità di un giusto temperamento, da perseguirsi attraverso il ricorso alla «giusta retribuzione» ex art. 36 Cost., fra retribuzione e quantità e qualità del lavoro svolto anche nel caso che l'utilizzazione del dipendente avvenga in mansioni che siano state irregolarmente acquisite.

6.1. La giurisprudenza amministrativa ha seguito un orientamento volto al diniego dell'applicabilità dell'art. 36 Cost. al pubblico impiego sul presupposto che su detta norma volta al rispetto della «giusta retribuzione» dovesse prevalere gli artt. 97 e 98 Cost., non potendo il rapporto di pubblico impiego essere in alcun modo assimilato a un rapporto di scambio (*Omissis*).

6.2. A diverse conclusioni è pervenuta la giurisprudenza dei giudici della legge per avere, infatti, la Corte Costituzionale con numerose pronunzie patrocinato la diretta applicabilità al rapporto di pubblico impiego dei principi dettati dall'art. 36 della Costituzione (*Omissis*).

6.3. L'estensione della norma costituzionale all'impiego pubblico è condivisa anche dalla dottrina giuslavoristica (*Omissis*).

6.4. E alla stregua di quanto sinora enunciato, e proprio in conformità della ricordata giurisprudenza della Corte Costituzionale – in mancanza di ragioni nuove e diverse e per una consequenziale doverosa fedeltà ai precedenti, sulla quale si fonda, per larga parte, l'assolvimento della funzione ordinamentale di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge –, deve essere ribadito il principio fissato dai giudici di legittimità secondo il quale, nel pubblico impiego privatizzato, il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori, stabilito dal comma 6 dell'art. 56 del d.lgs. n. 29 del 1993, come modificato dall'art. 25

del d.lgs. n. 80 del 1998, è stato soppresso dall'art. 15 del d.lgs. n. 387 del 1998, con efficacia retroattiva, atteso che la modifica del comma 6, ultimo periodo, disposta dalla nuova norma è una disposizione di carattere transitorio, non essendo formulata in termini atemporali, come avviene per le norme ordinarie, ma con riferimento alla data ultima di applicazione della norma stessa, e quindi in modo idoneo a incidere sulla regolamentazione applicabile all'intero periodo transitorio. Ne consegue che il principio della retribuzione proporzionato e sufficiente *ex art. 36 Cost.* è applicabile anche al pubblico impiego senza limitazioni temporali (cfr., al riguardo, Cass. 17 aprile 2007, n. 9130, cui *adde*, da ultimo, Cass. 14 giugno 2007, n. 13877, che precisa anche che l'applicazione dell'art. 36 Cost. non debba però necessariamente tradursi in un rigido automatismo di spettanza al pubblico dipendente del trattamento economico esattamente corrispondente alle mansioni superiori, ben potendo risultare diversamente osservato il precetto costituzionale anche mediante la corresponsione di un compenso aggiuntivo rispetto alla qualifica di appartenenza; e, ancora per lo stesso indirizzo: Cass. 14 giugno 2007, n. 13877; Cass. 8 gennaio 2004, n. 91; Cass. 4 agosto 2004, n. 19444).

6.5. Corollario di quanto sinora esposto è che – stante la valenza generale dei criteri parametrici fissati dalla norma costituzionale in materia di retribuzione – il disposto dell'art. 36 Cost. non può non trovare applicazione anche nelle fattispecie, analoghe a quella in esame, in cui la pretesa del lavoratore alla retribuzione corrispondente allo svolgimento dell'attività prestata riguardi mansioni superiori corrispondenti a una qualifica di due livelli superiori a quella di inquadramento (cfr., sul punto: Cass. 25 ottobre 2004, n. 20692).

Sul versante fattuale, poi, l'estensione della norma costituzionale nei sensi innanzi precisati richiede in ogni caso che le mansioni assegnate siano in concreto svolte nella loro pienezza, sia per quanto riguarda il profilo quantitativo che qualitativo dell'attività spiegata, sia per quanto attiene all'esercizio dei poteri e alle correlative responsabilità attribuite (cfr., al riguardo: Cass. 19 aprile 2007, n. 9328); (*Omissis*).

7. La particolare importanza della questione di diritto trattata induce queste Sezioni Unite, ai sensi del disposto dell'art. 384, comma 1, cod. proc. civ. (nel testo riscritto dall'art. 12 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) – nella cui *ratio* non è affatto estraneo il rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione –, a enunciare il seguente principio di diritto: «In materia di pubblico impiego – come si evince anche dalla lettura dell'art. 56, comma 6, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (nel testo sostituito dall'art. 25 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, così come successivamente modificato dall'art. 15, d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387) – l'impiegato cui sono state assegnate, al

di fuori dei casi consentiti, mansioni superiori, anche corrispondenti a una qualifica di due livelli superiore a quella di inquadramento, ha diritto, in conformità della giurisprudenza della Corte Costituzionale, a una retribuzione proporzionata e sufficiente *ex art. 36 Cost.* Norma, questa, che deve, quindi, trovare integrale applicazione – senza sbarramenti temporali di alcun genere – pure nel settore del pubblico impiego privatizzato, sempre che le superiori mansioni assegnate siano state svolte, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, nella loro pienezza, e sempre che in relazione all'attività spiegata siano stati esercitati i poteri e assunte le responsabilità correlate a dette superiori mansioni».

8. Per concludere il ricorso va rigettato per essere la sentenza impugnata supportata da un *iter* argomentativo in linea con il principio di diritto ora enunciato.

(*Omissis*)

(1) IL PUNTO SULL'APPLICABILITÀ DELL'ART. 36 COST.
AL LAVORO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

1. — *Giurisprudenza ordinaria e amministrativa a confronto* — La sentenza in commento chiude il cerchio tracciato dalla composita giurisprudenza pregressa in ordine alla dibattuta applicazione del principio costituzionale della cd. giusta retribuzione nel rapporto di lavoro pubblico.

Se la lunga riforma del pubblico impiego ha visto un significativo avvicinamento del rapporto pubblico al modello privato, attraverso la contrattualizzazione del rapporto e l'applicazione delle norme civilistiche al vecchio modello pubblicistico, il rapporto di pubblico impiego privatizzato conserva ancora profili di specialità restando oggi, per diversi aspetti, un rapporto *sui generis* [In dottrina vedi F. Carinci, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, n. 6, I, pp. 1049 ss.; circa «la partecipe disponibilità della Corte» Costituzionale alla privatizzazione del rapporto speciale vedi F. Carinci, *Giurisprudenza costituzionale e cd. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, n. 3-4, I, p. 499. Le difficoltà dell'«assestamento normativo» del processo, che appare giunto a un nuovo punto di svolta, sono state recentemente ricordate da L. Zoppoli, *Una riforma che riprende faticosamente il suo cammino*, in q. *Riv.*, 2007, n. 2, pp. 289 ss.; *ivi*, su altri aspetti cruciali e questioni aperte della riforma, vedi i contributi di A. Garilli, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: alcuni problemi e possibili rimedi*, pp. 301 ss.; A. Bellavista, *Lavoro pubblico e contrattazione collettiva*, pp. 333 ss.; E. M. Mastinu, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni regionali nel Titolo V della Costituzione*, pp. 371 ss.; C. De Marco, *La funzione del Comitato dei garanti nell'ambito della responsabilità dei dirigenti pubblici*, pp. 403 ss. Per approfondimenti generali vedi F. Carinci (diretto da), *Comm., Diritto del lavoro, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* (a cura di F. Carinci e L. Zoppoli), Utet, 2004, V].

Esemplificativa in tal senso è la fattispecie del mutamento di mansioni [Di relativamente recente vedi Tullini, *Le mansioni nel lavoro pubblico (un'idea incompiuta di «privatizzazione»)*, in *Lav. dir.*, 1998, pp. 181 ss.; Campanella, *Mansioni e ius variandi nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, pp. 49 ss.; Liebman, *La disciplina delle mansioni nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, pp. 627 ss.; M. D'Apon, *Progressioni di carriera e assegnazione a mansioni superiori nel pubblico impiego. La permanenza di una disciplina speciale tra esigenze di tutela ed abusi della p.a.*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, n. 5, I].

Il caso in analisi non costituisce tanto prova della permanenza di deroghe specifiche in ordine all'applicabilità dell'art. 2103 cod. civ. [Alla luce dell'art. 52, d.lgs. n. 165/2001, questa è cosa pacifica; vedi E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, p. 268; per un commento attuale della norma sulla disciplina delle mansioni nel pubblico impiego vedi S. Cecconi, *Art. 52*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro, Il lavoro pubblico*, vol. III, Giuffrè, 2007, pp. 624 ss.], quanto piuttosto della problematica applicazione della stessa normativa di riforma del rapporto speciale e dei riflessi negativi sul rispetto del precetto costituzionale di cui all'art. 36 Cost. (In argomento vedi F. Ghera, *Esercizio di mansioni superiori nel pubblico impiego e diritto al trattamento economico corrispondente ai sensi dell'art. 36 Cost. nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2381; Boghetich, *«Retribuibilità» delle mansioni superiori nel pubblico impiego: una vicenda dai confini mobili tra lavoro pubblico e privatizzazione*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, pp. 736 ss.).

Gli aspetti controversi attinenti al testo della normativa di riforma risultano, infatti, appesantiti da un intreccio di pronunce frutto della staffetta condotta dalla giurisprudenza amministrativa e da quella ordinaria, nel cui ambito si delinea, su un fronte, la posizione «avanzata» dei giudici ordinari di legittimità, cui resiste un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa «conservatrice». Nell'avvicendamento giurisprudenziale che ha caratterizzato la riforma del pubblico impiego una problematica di fondo ha riguardato il riconoscimento dell'esistenza di un potere giudiziale di adeguamento della retribuzione e di controllo sull'effettivo rispetto dei principi di proporzionalità e sufficienza da parte dei contratti collettivi per i dipendenti pubblici [Vedi S. Bellomo, *Art. 36 Cost.*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro, Costituzione, Codice Civile e leggi speciali*, vol. I, Giuffrè, 2007, pp. 166 e 167].

La decisione delle Sezioni Unite accredita gli orientamenti più recenti della giurisprudenza ordinaria di legittimità (Vedi Cass. 17 aprile 2007, n. 9130; Cass. 14 giugno 2007, n. 13877; Cass. 19 aprile 2007, n. 9328; Cass. 8 gennaio 2004, n. 91; Cass. 4 agosto 2004, n. 19444; Cass. 25 ottobre 2004, n. 20692) scalzando i fondamenti dell'opposto orientamento del giudice amministrativo, che ha negato (Sia pure con qualche eccezione, vedi Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 1999, n. 623, in *Foro amm.*, 1999, 653), finanche in tempi prossimi, l'applicabilità dell'art. 36 Cost. al caso di specie.

L'indirizzo espresso dalle Ss.Uu. fa, inoltre, proprie le indicazioni dei giudici della legge giacché, in verità, la Corte Costituzionale si è, più volte, pronunciata circa la necessità di estendere al pubblico impiego i principi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione, così valicando l'immanenza delle esigenze della pubblica amministrazione di cui agli artt. 97 e 98 Cost. e dello stesso controllo della spesa pubblica.

In questo senso, pronunce significative, peraltro richiamate nella sentenza in commento, si registrano tra la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta. Esse hanno riguardato anzitutto i giudizi di legittimità costituzionale inerenti lo stato giuridico del personale sanitario (Usl) e l'ordinamento interno dei servizi ospedalieri, nonché le disposizioni per alcune categorie di personale tecnico e amministrativo delle Università.

L'ordinanza del 26 luglio 1988, n. 908 (Vedila in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 4224, e, con nota, in *Foro amm.*, 1989, 1996) – con cui la Corte ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 29 del d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, commi 1-3, sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, in riferimento agli artt. 3, 36 e 97 Cost. –, è degna di nota giacché con essa la Corte, rilevando l'eccezionalità della norma in questione, ha affermato la necessità di una interpretazione rigorosa del suo comma 2 specificando che l'assegnazione a mansioni superiori, senza maggiorazione retributiva, è consentita solo se giustificata dalla condizione specifica indicata e se contenuta in un dato limite di tempo (assegnazione temporanea a mansioni superiori dettata da esigenze di servizio, per non più di sessanta giorni), trascorso il quale cessa l'efficacia del provvedimento e, quindi, la prestazione ulteriore di lavoro in tali mansioni produce al datore di lavoro un arricchimento senza causa, che alla stregua dell'art. 36, comma 1, Cost., direttamente applicabile, comporta l'obbligazione di adeguare il trattamento economico del dipendente alla natura del lavoro effettivamente prestato. Questo orientamento è stato ribadito dalla Corte con una successiva pronuncia riguardante un analogo giudizio promosso dal medesimo Tar (Vedi Corte Cost. 23 febbraio 1989, n. 57, in *Cons. Stato*, 1989, II, p. 182; in *Foro it.*, 1989, I, 1741; in *Foro amm.*, 1989, 1993; nonché, con nota, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 1073). In tale circostanza il giudice delle leggi ha richiamato la precedente ordinanza e confermato che, ai sensi del comma 2 del già richiamato art. 29, l'adibizione temporanea a mansioni superiori per esigenze di servizio non dà diritto a variazioni del trattamento economico – in quanto rientra nei cd. doveri d'ufficio del pubblico dipendente (nella specie, sanitario) – solo se mantenuta entro il limite temporale massimo indicato, per cui il suo prolungamento oltre il predetto limite, producendo un ingiustificato arricchimento per il datore di lavoro, implica l'obbligo di integrazione del trattamento economico spettante al prestatore di lavoro, che, in diretta applicazione dell'art. 36 Cost., va quantificato nella misura corrispondente alla qualità del lavoro effettivamente prestato (Si segnala che il termine massimo stabilito dal d.P.R. è stato ritenuto non applicabile al caso controverso a favore di un termine più basso prescritto dalla precedente disciplina collettiva). Nella stessa occasione la Corte ha, inoltre, chiarito che la mancanza di un provvedimento formale di assegnazione interinale alle mansioni superiori inerenti al posto vacante è supplita dal principio della prestazione di fatto di cui all'art. 2126 cod. civ., applicabile anche ai rapporti di pubblico impiego.

La questione del diritto ai differenziali retributivi ex art. 36, in caso di adibizione del lavoratore pubblico a mansioni superiori, è stata ulteriormente sviscerata attraverso i giudizi della Corte Costituzionale dei primi anni novanta. Nel giudizio deciso con la pronuncia del 19 giugno 1990, n. 296 (In *Giur. cost.*, 1990, p. 1840; in *Foro it.*, 1991, I, 3016; in *Cons. Stato*, 1990, II, p. 875, e, con nota, in *Riv. amm. R. I.*, 1990, p. 1751, nonché in q. *Riv.*, 1991, II, p. 136), la Corte ha sciolto i dubbi vertenti attorno alla ventilata possibile esclusione del diritto alla retribuzione spettante per le

mansioni superiori in ragione del fatto che il superamento del periodo massimo di cui al richiamato art. 29, comma 2, d.P.R. n. 761 del 1979, possa concretare un comportamento illegittimo del prestatore di lavoro. Contrariamente a quanto sostenuto dai giudici remittenti, la Corte ha chiaramente sostenuto che non è illegittimo il comportamento del pubblico dipendente, nella specie, dell'aiuto ospedaliero che svolge le mansioni del primario per un periodo eccedente i sessanta giorni, dato lo stato di vacanza del posto. Piuttosto lo è il comportamento della pubblica amministrazione che, dopo essersi avvalsa della facoltà di cui all'art. 29, comma 2, mantiene l'assegnazione dell'aiuto alle mansioni superiori oltre il termine massimo consentito.

In tal senso, non può farsi appello all'art. 2126, comma 1, cod. civ. dal momento in cui la illiceità che priva il lavoro prestato della tutela collegata al rapporto di lavoro deve qualificarsi in «senso forte». Deve, quindi, ricorrere l'ipotesi di cui all'art. 1343 cod. civ. (illiceità della causa) e non la semplice illegalità di cui all'art. 1418, comma 1, cod. civ. (operante con riflessi sull'invalidità del negozio o dell'atto costitutivo del rapporto). Escluso che la *ratio* dell'art. 2126, comma 1, cod. civ. consideri casi di violazione di mera ristretta legalità, e accertato che, invece, rilevi il contrasto con norme fondamentali e generali o con principi basilari pubblicistici dell'ordinamento (Vedi Cass., Ss.Uu., n. 1609 del 1976), la Corte Costituzionale si è quindi espressa nel senso che l'illegittimità dell'ordine di servizio, in ottemperanza al quale l'attività esercitata dal pubblico dipendente (aiuto o assistente ospedaliero) si svolge, in violazione del limite temporale dettato dalla legge per ragioni che non attengono a principi giuridici ed etici fondamentali dell'ordinamento, non si riflette in un giudizio di illiceità della prestazione di lavoro. Conformemente alla pronuncia precedente, ha invece specificato che ai fini della qualificazione del rapporto di fatto tutelato dall'art. 2126 cod. civ. non è necessario un atto formale, ancorché illegittimo, di assegnazione a determinate mansioni, ma è sufficiente il semplice riscontro dell'effettivo svolgimento di esse in conformità di una disposizione impartita dall'organo amministrativo dell'ente pubblico nell'esercizio del suo potere direttivo. Questo orientamento dei giudici della legge – che fa, dunque, salva la pretesa del trattamento economico corrispondente alle mansioni superiori di fatto svolte, e da cui si evince che, in ogni caso, non può sorgere in favore del pubblico dipendente (assistente o aiuto ospedaliero) il diritto al riconoscimento formale della qualifica superiore (di aiuto o di primario), dal momento in cui a essa si accede solo mediante le prescritte procedure – non è stato, tuttavia, acquisito dai giudici amministrativi che anche successivamente hanno sostenuto tesi contrarie (Si veda Consiglio Stato, Sez. V, 12 ottobre 1999, n. 1438, in *Foro amm.*, 1999, 2079, e in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 1611, secondo cui, in assenza di norma abilitativa che lo consenta, un mero ordine di servizio non può costituire valido presupposto per il conferimento di mansioni superiori e per il conseguente trattamento retributivo differenziato a favore di un dipendente di ente locale, posto che dette mansioni, ancorché afferenti a un posto vacante in pianta organica, devono essere attribuite con atto formale promanante dall'organo all'uopo competente, responsabile della gestione. Nella specie, l'art. 154, Regolamento organico del Comune di Napoli attribuisce tale trattamento differenziato al dipendente incaricato di mansioni superiori solo con le forme di cui al precedente art. 82, ossia con provvedimento del sindaco, sentito il Segretario generale).

Sicché, per il giudice amministrativo la retribuibilità delle mansioni superiori effettivamente svolte dal dipendente della p.a. non può farsi discendere né dall'art. 36

Cost., né dall'art. 2126 cod. civ.; sono infatti ritenuti elementi indispensabili per la configurazione del diritto al pagamento delle mansioni superiori la vacanza del posto di lavoro o, quanto meno, della sua disponibilità, per l'assenza prolungata del titolare, e l'esistenza di un puntuale provvedimento di incarico conferito dall'organo competente (Vedi Cons. Stato, Sez. V, 1° marzo 2005, n. 772, riguardo cui M. Di Rollo, *La disciplina delle mansioni nel pubblico impiego ed i suoi perduranti aspetti di specialità*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, n. 2, pp. 357 ss.).

Le Ss.Uu. della Corte di Cassazione, come preannunciato, hanno invece accolto l'orientamento del giudice delle leggi ricordando anche la sentenza con cui la Corte Costituzionale ha specificato che non sussiste incompatibilità tra il principio di accesso agli impieghi nelle pp.aa. mediante pubblico concorso e il diritto dell'impiegato, assegnato a mansioni superiori alla sua qualifica, a percepire il trattamento economico della qualifica corrispondente, visto il principio di equa retribuzione sancito dall'art. 36 Cost. (Corte Cost. 27 maggio 1992, n. 236, con nota in *Giur. cost.*, 1992, p. 1818; nonché in *Riv. giur. scuola*, 1993, p. 73; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 544; in *Foro it.*, 1993, I, 2453, in *Cons. Stato*, 1992, II, p. 815).

D'altronde, anche ove si abbia riguardo ad alcune significative pronunce volte a limitare l'operatività dell'art. 36 Cost. nel pubblico impiego (Vedi Corte Cost. n. 101/1995, per il rilievo attribuito alla sussistenza o meno del presupposto di una vacanza di organico o della necessità di sostituire un dipendente assente con diritto alla conservazione del posto), non risulta messo in discussione il principio secondo cui il diritto del pubblico dipendente a una retribuzione idonea a compensare le mansioni cui questi è stato effettivamente adibito, anche se con provvedimenti illegittimi, è desumibile dall'art. 36 Cost. e dall'art. 2126 cod. civ. (In tal senso, vedi Cass. 8 gennaio 2004, n. 91).

2. — *I fatti e il processo* — Il caso in analisi riguarda il ricorso di un dipendente della Regione Umbria che, dopo essere stato assunto e inquadrato in un primo momento nella VI e successivamente nella VII qualifica funzionale, in occasione del collocamento in quiescenza del collega responsabile, ha ricevuto espresso incarico per svolgere il compito di responsabile di Segreteria del «Centro di Studi giuridici e politici», in attesa della nuova delibera di assegnazione della dirigenza.

Lo svolgimento delle mansioni superiori, non accompagnato da alcun incremento economico, ha indotto il pubblico dipendente a un'azione legale rivendicativa dell'attribuzione del IX livello e tesa all'ottenimento delle differenze retributive maturate negli anni.

Il processo, nel merito, ha visto il tentativo della Regione Umbria di eccepire il difetto di giurisdizione del giudice ordinario fondato sul fatto che il rapporto di lavoro si era svolto prevalentemente nel periodo precedente al 30 giugno 1998. L'eccezione è stata, tuttavia, respinta sia dal Tribunale sia dalla Corte d'Appello di Perugia, entrambi pronunciatisi per la condanna dell'ente, in forza dell'applicabilità dell'art. 36 Cost. al pubblico impiego privatizzato. Di lì, il ricorso di ultima istanza affidato a quattro motivi e il controricorso del dipendente. Quindi, il rigetto del ricorso da parte delle Ss.Uu. a mezzo della pronuncia che richiama la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione.

3. — *Le censure inerenti il difetto di giurisdizione* — I primi due motivi di ricorso per Cassazione consistono in censure volte a far riconoscere il difetto di giurisdizione predetto (Segnatamente rispettivamente trattasi di denuncia di violazione e falsa applicazione dell'art. 24 Cost., dell'art. 279, comma 2, cod. proc. civ. e dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 1 e 3, cod. proc. civ., e di violazione ed errata interpretazione dell'art. 45, comma 17, del d.lgs. n. 80/1998, e dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165/2001, in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 1 e 3, cod. proc. civ.).

La Suprema Corte ha rigettato le suddette censure, ritenendole prive di fondamento, e riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario per tutte le pretese avanzate in giudizio, precisando che non può essere operata una distinzione di trattamento economico per il periodo che precede e per quello che segue il 30 giugno 1998 (In senso analogo vedi Cass., Ss.Uu., 9 marzo 2007, n. 5404, da cui si evince l'esistenza di un principio uniforme a cominciare da Cass., Ss.Uu., n. 8451/1998, secondo cui l'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165 del 2001, contiene una locuzione volutamente generica e atecnica, per cui è inadeguata un'opzione ermeneutica che colleghi rigidamente il discrimine temporale indicato a elementi come la data del compimento dell'atto di gestione del rapporto da cui insorge la questione litigiosa, oppure l'arco temporale di riferimento degli effetti di tale atto, o anche il momento di insorgenza della contestazione; mentre ha maggior peso il dato storico costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze in relazione alla cui giuridica rilevanza sia insorta la controversia. Quindi l'indagine deve avere a oggetto la collocazione temporale dell'episodio che produce la lesione definitiva dell'interesse per la cui tutela si ricorre al giudice. Sul punto, più di recente, Cass., Ss.Uu., n. 12137/2004, Idem, n. 14172/2004; Idem, n. 9101/2005; Idem, n. 12863/2005; Idem, n. 13290/2005; Idem, n. 14206/2005; Idem, n. 14258/2005; Idem, n. 2883/2006; sul conflitto di competenza giurisdizionale scaturito dalla formulazione dell'art. 47, comma 7, d.lgs. n. 80/1998, vedi anche Cass., Ss.Uu., 12 dicembre 2006, n. 26420, con nota della scrivente, in q. *Riv.*, 2007, n. 3, II, pp. 403 ss., e, *ivi*, anche rinvii alla dottrina, pp. 406 e 407).

4. — *Il diritto al differenziale di trattamento economico* — Neppure accolto è il terzo motivo, con cui la Regione mirava a ottenere un differente trattamento temporale delle pretese retributive del lavoratore alla luce della normativa di riforma del pubblico impiego [Lamentata violazione e falsa applicazione dell'art. 25 del d.lgs. n. 80/1998, dell'art. 15 del d.lgs. n. 387/1998 e dell'art. 56 del d.lgs. n. 29/1993 (ora art. 52, T.U. n. 165/2001)] e della giurisprudenza amministrativa in ordine al riconoscimento del carattere di generalità al diritto alle differenze retributive spettanti al dipendente pubblico nella fattispecie del mutamento di mansioni in senso ascendente.

Sulla base di detta censura, la ricorrente sosteneva che la pretesa del lavoratore potesse essere soddisfatta solo per il periodo successivo all'entrata in vigore dell'art. 15 del d.lgs. n. 387/1998, non potendosi prima invocare l'applicabilità dell'art. 36 Cost., né degli artt. 2126 e 2041 cod. civ. (Detta eccezione riproduce l'impostazione restrittiva dei giudici amministrativi nella dubbia questione della decorrenza del diritto alla maggiorazione economica sancito dalla nuova disciplina, date le incertezze del vecchio testo dell'art. 57 del d.lgs. n. 29/1993, poi confluito nell'art. 56, oggi art. 52 d.lgs. 165/2001; a riguardo vedi Cons. Stato, Ad. Plen., 18 novembre 1999, n. 22, in *Foro*

it., 2000, III, 13; Idem, 23 febbraio 2000, n. 11 e n. 12, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, con nota di Antonini, p. 598; Trib. Brescia, 14 luglio 2000, n. 642, in *Guida lav.*, n. 15, 2001, p. 19).

Quanto al primo aspetto della terza questione, già affrontato dal giudice di merito, la S.C. ha ribadito che il divieto di corresponsione della retribuzione relativa alle mansioni superiori, in passato sancito dall'art. 56, comma 6, del d.lgs. n. 29/1993, come modificato dall'art. 25 del d.lgs. n. 80/1998, è stato abrogato dal successivo art. 15 del d.lgs. n. 387/1998, con efficacia retroattiva (Il carattere interpretativo e retroattivo della disposizione correttiva è stato ripetutamente precisato dai giudici di legittimità: vedi Cass. 8 gennaio 2004, n. 91, e Cass. 25 ottobre 2004, n. 20692), per cui non è possibile operare alcuna differenziazione di trattamento basata sul criterio temporale, tanto più perché la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha stabilito che le differenze retributive vanno riconosciute al lavoratore sin dal momento dell'emanazione del d.lgs. n. 387/1998, senza necessità di attendere la stipulazione dei nuovi contratti collettivi (Vedi Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2000, n. 10; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 febbraio 1992, n. 1, in *Foro it.*, 1993, III, 33, con nota di Cassese).

Invero, nonostante le modifiche normative intercorse nel tempo abbiano eliminato il riferimento alla formula contenuta nel comma 6 del richiamato art. 56, che escludeva in ogni caso il diritto a differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori (Il carattere transitorio dell'esclusione di cui al comma 6 è stato sottolineato da Cass. n. 20692 del 2004, cit., in cui si ricorda che nell'intervento di depurazione operato con l'art. 15 del d.lgs. n. 387/1998 risiede la *ratio* di eliminare una ragione di illegittimità costituzionale del precedente tenore della disposizione; sul punto vedi anche Cass. n. 91 del 2004, cit.; cfr. con Corte Cost. n. 57/1989; Corte Cost. n. 296/1990; Corte Cost. n. 236/1992; Corte Cost. n. 101/1995; Corte Cost. n. 115/2003; Corte Cost. n. 229/2003; Corte Cost.: Ord. n. 289/1996; Ord. n. 347/1996; Ord. n. 349/2001; Ord. n. 100/2002), questa posizione del supremo giudice amministrativo costituisce una sorta di «oasi nel deserto» all'interno del panorama giurisprudenziale amministrativo, in cui la tutela costituzionale garantita dall'art. 36 Cost. è stata fortemente compressa in considerazione di altre norme di pari rango, quali gli artt. 97 e 98 Cost., da cui lo sviluppo dell'orientamento volto a escludere l'assimilazione del pubblico impiego a un rapporto di scambio (Vedi Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2001, n. 1073, in *Riv. Personale Ente Locale*, 2001, p. 595) e ad affermare il principio della supremazia del parametro della qualifica assegnata rispetto al parametro delle mansioni prestate (Da ultimo, vedi Cons. Stato, Sez. VI, 7 giugno 2005, n. 2184; Cons. Stato, Sez. VI., 23 gennaio 2004, n. 222).

Detta giurisprudenza ha escluso che, in forza dell'art. 36 Cost., il pubblico impiegato possa vantare un diritto soggettivo a una retribuzione diversa da quella stabilita da atti autoritativi, individuali o regolamentari, che non siano stati tempestivamente impugnati (Cons. Stato, Sez. VI, 4 dicembre 2000, n. 6466, in *Foro amm.*, 2000, f. 12). L'orientamento richiamato ha illustrato anche le ragioni giustificatrici del distinguo operato rispetto al lavoro privato. Anzitutto, è stato osservato che (Cons. Stato, n. 1073 del 2001, cit.), a differenza di quanto avviene nel rapporto di diritto privato, l'esercizio continuato nel tempo di mansioni non corrispondenti alla qualifica rivestita contrasta con le rigide regole interne, poste a presidio del buon andamento e dell'imparzialità della p.a. Inoltre, a differenza del rapporto di lavoro privato gli interessi coinvolti

nel rapporto di pubblico impiego hanno natura indisponibile, sicché l'attribuzione di mansioni a singoli dipendenti, in difformità della posizione a essi conferita nella pianta organica, non può essere oggetto di libere ed episodiche determinazioni dei funzionari amministrativi, anche in ossequio all'obbligo di copertura finanziaria degli atti amministrativi, che preclude, in via di principio, l'ingresso a iniziative che incidano sull'attività di individuazione e quantificazione delle risorse necessarie alla spesa pubblica, preventivamente posta in essere (Cons. Stato, Sez. VI, 29 settembre 1999, n. 1291, in *Riv. Corte Conti*, 1999, f. 5, p. 182). Simili argomentazioni hanno sorretto, oltre alla tesi dell'inapplicabilità dell'art. 2126 cod. civ., la non invocabilità dell'art. 36 Cost. dal momento in cui – è stato aggiunto – la valutazione dei requisiti costituzionali di proporzionalità e sufficienza della retribuzione va operata considerando la retribuzione nel suo complesso, e non già in relazione ai suoi singoli elementi (Cons. Stato, n. 1291 del 1999, cit.).

In questo quadro generale, ricordano le Ss.Uu. in commento, l'applicazione dell'art. 36 Cost. era, inoltre, esclusa dalle stesse norme codicistiche, tra cui l'art. 2041 (Vedi Cons. Stato, n. 1073 del 2001, cit.; Cons. Stato, n. 6466 del 2000, cit.; Cons. Stato, n. 1438 del 1999, cit.; Cons. Stato, n. 1291 del 1999, cit.).

Anche la pronuncia del Cons. Stato, n. 1, del 1992, cit. – in cui, in ordine all'art. 36, comma 1, Cost., e all'art. 97, comma 3, Cost., pure si osserva che il principio dell'accesso agli impieghi nelle pp.aa. mediante concorso non è incompatibile con il diritto dell'impiegato, assegnato a mansioni superiori alla sua qualifica, di percepire il trattamento economico della qualifica corrispondente, giusta il principio di equa retribuzione sancito dalla prima delle due norme –, chiarisce che non necessariamente l'art. 36 Cost. deve trovare applicazione incondizionata ogni qualvolta l'impiegato venga adibito a mansioni superiori. Il giudice amministrativo ha, infatti, ricordato che il disposto del comma 1 dell'art. 98 Cost. vieta che la valutazione del pubblico impiego sia ridotta alla pura logica del rapporto di scambio (Oltre al Cons. Stato, n. 1 del 1992, in questo senso vedi anche Cons. Stato, n. 1073 del 2001, cit., argomentando sulle ragioni dell'esclusione dell'applicabilità dell'art. 36 agli impiegati degli enti locali); e inoltre lo stesso art. 97, comma 1, Cost., non consente variazioni del trattamento economico nella specifica fattispecie di temporanea adibizione a mansioni superiori (In caso di assegnazione a mansioni superiori per vacanza del posto corrispondente, protratta indefinitamente senza provvedere al bando di concorso per la copertura del posto, si vedano tuttavia le sentenze n. 57 del 1989 e n. 296 del 1990).

Indirizzo alternativo a quello indicato dalla giurisprudenza amministrativa si riscontra, invece, dalla rassegna di numerose pronunce di legittimità dei giudici ordinari, che enucleano nell'interesse di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato la *ratio* dell'art. 56 novellato dall'art. 25 del d.lgs. n. 80/1998 (Vedi Cass. 17 aprile 2007, n. 9130; Cass. 14 giugno 2007, n. 13877; Cass. 14 giugno 2007, n. 13877; Cass. 8 gennaio 2004, n. 91; Cass. 4 agosto 2004, n. 19444; Cass. 25 ottobre 2004, n. 20692; Cass. 19 aprile 2007, n. 9328). Da tale indirizzo le Ss.Uu. in commento traggono forza per respingere la terza censura mossa dalla Regione ricorrente e per enunciare il principio di diritto che si riporta in epigrafe.

Per via di questa giurisprudenza è pacifico che l'art. 36 si applichi al pubblico impiego, e ciò senza alcuna limitazione temporale. Con riferimento al caso di specie e ai

casi analoghi a esso, secondo le Ss.Uu., data la valenza generale dei parametri costituzionali di proporzionalità e sufficienza, non vi è ragione di escludere l'applicazione dell'art. 36 Cost. in ordine alla pretesa dei differenziali retributivi avanzata per aver svolto attività lavorativa con mansioni corrispondenti a una qualifica di due livelli superiori a quella di inquadramento [In effetti, i giudici di ultima istanza hanno interpretato la norma di cui all'art. 56, comma 5, del d.lgs. n. 29/1993, come modificato dall'art. 25 del d.lgs. n. 80/1998 (ora art. 52, d.lgs. 165/2001), per cui l'espressione «qualifica superiore» ha valore generico e omnicomprensivo e non può ritenersi equivalente alla dizione «qualifica immediatamente superiore» utilizzata dal comma 2 nel delineare i presupposti per l'assegnazione legittima a mansioni superiori; sul punto vedi Cass. 25 ottobre 2004, n. 20692].

Questa generale apertura della Suprema Corte è stata, tuttavia, convogliata verso due condizioni operanti in senso restrittivo. Le Ss.Uu. hanno, difatti, ribadito l'orientamento della Corte di Cassazione, peraltro conforme all'indirizzo già espresso dal giudice delle leggi, secondo cui dal riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 36 Cost. al pubblico impiego non può scaturire un meccanismo automatico in forza di cui debba dirsi spettante al pubblico dipendente il trattamento economico esattamente corrispondente alle mansioni superiori. In tal senso, la garanzia costituzionale in materia retributiva si intende soddisfatta anche ove sia corrisposto un semplice compenso aggiuntivo rispetto a quello previsto per la qualifica di appartenenza (Cfr. Cass. 25 ottobre 2003, n. 16078, Cass. 25 ottobre 2004, n. 20692, e Cass. 14 giugno 2007, n. 13877. Questa linea di condotta è stata precisata dalla Corte Cost. nelle sentenze n. 115 del 2003 e n. 273 del 1997).

Quanto poi alla prestazione di fatto, propria di una qualifica superiore, svolta dal prestatore di lavoro, è richiesto che le mansioni siano concretamente svolte nella loro pienezza, non solo dal punto di vista quali-quantitativo dell'attività, ma pure dal punto di vista dell'esercizio dei poteri e dell'assunzione delle relative responsabilità. Il protrarsi a lungo dello svolgimento di date superiori mansioni, l'assenza di denunce di inadempimento o inesatto assolvimento degli obblighi derivanti dall'assegnazione di dette mansioni, come pure le condotte processuali delle parti, tra cui la qualità di suddetti fatti come risultanti dagli allegati in causa e l'acquiescenza o la mancata contestazione *ex art.* 416 cod. proc. civ. dei fatti e degli elementi di diritto della domanda di controparte, ne costituiscono prova. È escluso, invece, che la prova dell'espletamento delle mansioni superiori possa considerarsi in *re ipsa*, data l'assegnazione dell'incarico di direttore di un ufficio. Il provvedimento d'incarico non dà certezza della pienezza delle mansioni assegnate, che, piuttosto, vanno addotte in concreto attraverso opportuna allegazione non solo probante il fatto di aver svolto determinate funzioni, ma che fornisca anche i dati relativi all'impegno che la superiore mansione ha comportato sotto il profilo quantitativo e qualitativo (In tal senso vedi Cass. 19 aprile 2007, n. 9328).

5. — *Considerazioni finali* — In conclusione, concordemente al più recente orientamento della giurisprudenza ordinaria è corretto affermare che, pur nell'ambito della cd. contrattualizzazione dei rapporti alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l'esercizio di fatto di mansioni diverse da quelle della qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore (Cass. 9 maggio 2006, n. 10628; Cass.

25 ottobre 2004, n. 20692). Questo resta, dunque, un punto irrisolto nel processo di avvicinamento del lavoro pubblico al lavoro privato (Perrino, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Cedam, Padova, 2004). Tuttavia, l'esercizio e la temporanea assegnazione a mansioni proprie di una qualifica superiore, sebbene non dia titolo all'acquisizione della qualifica superiore, legittima la rivendicazione delle differenze retributive (Vedi anche Cass. 14 giugno 2007, n. 13877). Su un fronte, dunque, attraverso la procedura concorsuale, resta salvaguardata la garanzia di adeguato accesso al pubblico impiego, come pure il passaggio da un'area di inquadramento a un'altra superiore. In altri termini, è preservata la regola di cui all'art. 97 Cost., di cui sono attuazione gli artt. 35 e 52 del d.lgs. n. 165/2001, e sono esclusi gli inquadramenti automatici del personale, sulla base del profilo professionale posseduto o delle mansioni svolte. Su un altro fronte, l'esigenza di armonizzare la disciplina legale del lavoro pubblico con il dettato costituzionale, ulteriore rispetto a quello degli artt. 97 e 98, impone l'operatività dell'art. 36 Cost. e del principio della prestazione di fatto, quanto agli aspetti retributivi, essendo tuttavia esclusa l'esistenza di automatismi.

La stessa soluzione di riconoscere efficacia retroattiva alla disposizione correttiva di cui all'art. 15, d.lgs. n. 387/1998 (di modifica del vecchio art. 56, comma 6, d.lgs. n. 29/1993), appare rispettosa del criterio interpretativo che impone di privilegiare l'interpretazione che comporta un quadro normativo compatibile con le prescrizioni costituzionali (Così Cass. Cass. 8 gennaio 2004, n. 91). Per via della privatizzazione dei rapporti dei dipendenti delle pp.aa., tutte le determinazioni inerenti la gestione dei rapporti di lavoro sono adottate con atti di diritto privato (ora vedi art. 5, d.lgs. n. 165/2001), nel quadro di un'ampia valorizzazione delle attribuzioni e delle responsabilità dei dirigenti. In siffatta prospettiva, le Ss.Uu. trovano conforto e limite rispetto al ventilato rischio di abusi conseguenti al riconoscimento del diritto a un'equa retribuzione ex art. 36 Cost.

Le ipotesi interpretative secondo cui il diritto del dipendente, destinatario di un provvedimento di assegnazione a mansioni superiori, a una congrua retribuzione potrebbe essere condizionato dalle circostanze obiettive (previste dal comma 2 dell'art. 56 nel testo modificato dall'art. 25 del d.lgs. n. 80/1998) relative alla sussistenza o meno di una vacanza nell'organico o della necessità di sostituire un altro dipendente con diritto alla conservazione del posto non appaiono, perciò, più plausibili. A riguardo non necessitano particolari argomentazioni (Di tale avviso era già la Cass. n. 91 del 2004). Queste conclusioni sposano le opinioni della dottrina giuslavoristica che, alla luce dell'art. 36 Cost., ha manifestato una sentita esigenza di massima garanzia dei diritti inderogabili del lavoratore in considerazione della dimensione sociale riconosciuta alla retribuzione e della conseguente necessaria qualificazione del rapporto giuridico retributivo tra i diritti assoluti della persona.

Peraltro, riflessi significativi, seppur ancora insoddisfacenti, si scorgono dal nuovo quadro normativo (Vedi art. 56, comma 5, nel testo modificato dall'art. 25, d.lgs. n. 80/1998, ora art. 52, d.lgs. n. 165/2001; per un commento alla norma vedi Alleva, *Art. 56*, in Carinci, D'Antona, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. n. 29/1993 ai d.lgs. n. 396/1997, 80/1998, 387/1998*, Milano, 2000, pp. 1527 ss.; dopo di cui, sull'art. 52, vedi Cecconi, cit.), che prevede espressamente il diritto al trattamento superiore, a prescindere dalla legittimità di assegnazione alle mansioni superiori, traslando «il rischio» sul dirigente che ha disposto l'assegnazione (Si ve-

da in senso analogo il previgente art. 57 nel testo introdotto dal d.lgs. n. 546 del 1993, riguardo cui vedi Corte Cost. n. 229/2003 e Corte Cost., Ord. n. 146/1999). Questi, infatti, risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave.

Non va neppure dimenticata l'originale apertura operata dall'art. 52, comma 6, del T.U. La norma ritaglia un ruolo decisivo per le parti sociali, che «possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3, e 4» dello stesso articolo introducendo elementi di flessibilità che consentono un avvicinamento verso l'applicazione del principio di effettività della prestazione di cui all'art. 2103 cod. civ. e nel contempo un potenziale abbandono dalle causali tassative entro cui rileva l'adibizione a mansioni superiori.

D'altronde, la dottrina ha, già da tempo, reso manifesti i limiti dell'ancoraggio della progressione professionale alla regola della prevalenza della pianta organica sulle mansioni effettivamente svolte dal lavoratore (Vedi Cecconi, cit., pp. 631-634; Fiorillo, *Art. 56*, in Corpaci, Rusciano, Zoppoli, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, pp. 1389 ss.; F. Carinci, M. T. Carinci, *La «privatizzazione» del rapporto di lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, 1993, n. 15, suppl.; Campanella, *Mansioni e ius variandi nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, pp. 49 ss.; Alleva, *Art. 56*, cit.). In questo senso, vale la pena di ricordare che il cd. mansionismo, oltre a produrre effetti negativi direttamente in capo al profilo professionale del singolo lavoratore, si traduce in un irrigidimento del procedimento di assegnazione a mansioni superiori. Questo che finisce con l'accompagnarsi al diffuso ricorso, da parte delle pp.aa., all'uso improprio di alcune tristemente note tipologie contrattuali di lavoro autonomo, al fine di dare tempestiva soluzione a specifiche problematiche organizzative, generando l'effetto ultimo della precarizzazione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e della generale disparità di trattamento tra i lavoratori parasubordinati medesimi e i dipendenti pubblici che svolgono mansioni equivalenti, se non identiche, nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, e quindi delle garanzie che da questo discendono.

Serena Zitti

Dottoranda di ricerca

in Diritto europeo e comparato dell'impresa e del mercato

Ius Lavoro, presso l'Università degli Studi di Pescara

CASSAZIONE, 13 novembre 2007, n. 23562, Sez. lav. – Pres. Ciciretti, Est. Di Nubila, P.M. Matera – B. U. (avv. Segnalini) c. Met.Ro – Metropolitana di Roma Spa, già Metroferro Spa (avv. Di Luccio).
Diff. Corte d'Appello Roma 27 agosto 2003.

Parità uomo-donna – Accesso all'occupazione – Autoferrotranvieri – Requisiti per l'accesso – Statura – Misura minima identica per uomini e donne – Previsione in d.m. – Apprezzamento incidentale del contrasto con la Costituzione – Conseguente disapplicazione – Legittimità – Apprezzamento della funzionalità del requisito rispetto alle mansioni – Necessità.

In punto di requisiti per l'assunzione, la previsione in una norma secondaria (nella specie si trattava del d.m. Ministero dei trasporti n. 88 del 1999) di una statura minima identica per uomini e donne comporta di per sé una violazione dei parametri costituzionali, e comunque il limite minimo di altezza previsto per l'accesso all'impiego deve essere necessario sulla base delle mansioni richieste. (1)

(*Omissis*)

4. Col primo motivo del ricorso (*Omissis*) la ricorrente deduce che la previsione di una statura minima identica per uomini e donne costituisce di per sé una discriminazione, stante il principio affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 163/1993. Ricorda la ricorrente che in tutti i concorsi pubblici, come, ad esempio, per le Forze Armate, i corpi di Polizia, Carabinieri, Vigili del Fuoco, Corpo Forestale dello Stato, sono previste stature minime diverse per uomini e donne.

5. Con il secondo motivo del ricorso, la ricorrente deduce (*Omissis*) la «non essenzialità» del requisito di statura minima (m. 1,55) in relazione alle mansioni di carattere prevalentemente amministrativo cui sono adibiti gli addetti di stazione e gestione. (*Omissis*). Sottolinea come l'addetto di stazione debba in talune circostanze sostituire il capo stazione e il coordinatore di stazione: figure per le quali non è prevista alcuna altezza minima. Né la controparte, sulla quale gravava l'onere della prova al riguardo, ha svolto alcuna attività difensiva sul punto.

6. La Metro Spa sostiene che i motivi del ricorso per cassazione sono infondati. Ricorda che nessun comportamento illegittimo è stato posto in essere, né alcuna discriminazione a danno del sesso femminile, posto che il bando ha previsto una riserva di posti del 50% a favore delle donne. Nessuna discriminazione indiretta è stata commessa. Il precedente di cui a Corte Costituzionale n. 163/1993 attiene a una fattispecie in cui il requisito della statura era di m. 1,65 anziché 1,55. Ricorda che in base alla normativa per il

personale delle ferrovie è prevista una altezza minima, in quanto le mansioni prevedono, tra l'altro, «manovra degli impianti di sicurezza e di segnalamento, segnalazione di guasti e di mancato funzionamento di apparecchiature». Trattasi di norme esterne rispetto all'ente datore di lavoro, ispirate a criteri di discrezionalità tecnica che non possono essere censurati.

7. I due motivi (*Omissis*) risultano fondati e vanno accolti.

8. Con la sentenza n. 163 del 1993 la Corte Costituzionale ha affermato il principio che «la previsione di un'altezza minima identica per gli uomini e per le donne – quale requisito fisico – per l'accesso a un pubblico concorso viola il principio di eguaglianza, vuoi in quanto presuppone erroneamente l'insussistenza della considerevole diversità di statura mediamente riscontrabile tra gli uomini e le donne, vuoi in quanto comporta una "discriminazione indiretta" a sfavore di queste ultime, che risultano in concreto svantaggiate in misura proporzionalmente maggiore rispetto agli uomini, in relazione a differenze antropomorfe statisticamente riscontrabili e obiettivamente dipendenti dal sesso». La Corte ha preso atto che si trattava, nella fattispecie che aveva originato l'ordinanza di rimessione, dell'accesso al servizio antincendi della Provincia di Trento, per il quale era stata individuata una altezza di m. 1,65. Fermo restando che per tali mansioni non è irragionevole richiedere una certa «prestanza fisica», la Corte Costituzionale prosegue affermando: «Ciò che si contesta, invece, è la previsione di una statura minima identica per gli uomini e per le donne», il che costituisce una «irragionevole sottoposizione a un trattamento giuridico uniforme di categorie di persone caratterizzate, in base ai dati desumibili da una media statistica, da stature differenti».

9. Il principio affermato dalla Corte Costituzionale porta dunque a ritenere che la previsione di una statura minima (non importa che si tratti di m. 1,65 o di m. 1,55) identica per uomini e donne comporta in ogni caso e di per sé una violazione dei parametri costituzionali.

10. Va peraltro notato come la fonte normativa, dalla quale discende la previsione del limite di altezza quale requisito fisico per l'assunzione come addetto di stazione, sia costituita da un decreto ministeriale, la cui legittimità può essere incidentalmente apprezzata dal giudice ordinario ai fini dell'eventuale disapplicazione. Orbene, stanti i principi affermati dalla Corte Costituzionale, appare difficile negare che siffatta violazione sussista.

11. Quanto alla «ragionevolezza» del limite di altezza fisica, va ulteriormente rilevato che la sentenza impugnata risolve la questione in modo apodittico e insufficientemente motivato, limitandosi ad affermare che la previsione di una altezza minima di m. 1,55 risponde a criteri di «sicurezza e incolumità del personale in servizio e dell'utenza», senza peraltro accertare quali siano le mansioni cui l'attrice poteva essere addetta e se veramente esse non

possano essere adeguatamente svolte da una persona alta m. 1,53. Chè se, per avventura, la mansione sia esclusivamente o prevalentemente sedentaria, non sarebbe dato vedere in che modo l'altezza incida su un lavoro da svolgersi stando (poniamo) seduti dietro uno sportello o una scrivania; e se la mansione richieda talora un impegno fisico in posizione eretta occorrerebbe comunque spiegare perché una altezza minima sia richiesta.

12. La sentenza impugnata deve pertanto essere cassata e la causa va rinviata alla Corte d'Appello de L'Aquila, la quale, applicati i principi di diritto di cui sopra, valuterà se la candidata aveva diritto all'assunzione nonostante l'altezza fisica inferiore al minimo di cui agli atti amministrativi richiamati nel bando. (*Omissis*)

(1) QUANDO SI CONFRONTANO DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI DI GENERE
E LIMITI DI ALTEZZA NELLE ASSUNZIONI

1. — *Il caso in questione e il quadro normativo in cui si inserisce* — Torna all'esame della magistratura il caso del rifiuto di assunzione di una donna per ragioni legate alla sua statura. Nella questione al vaglio della Suprema Corte, la candidata, superate le selezioni previste, veniva esclusa dal novero degli aspiranti all'impiego per essere di altezza inferiore (metri 1,53) a quella *indistintamente* richiesta per uomini e donne (metri 1,55) dal decreto ministeriale n. 88/1999.

La Corte si allinea in più passaggi al precedente di Corte Cost. n. 163/1993 (Lo si veda, tra le altre, in q. *Riv.*, 1993, II, p. 294, con nota di L. Colacurto; in *Corr. giur.*, 1993, p. 926, con nota di M. Barbera) e si pronuncia nel senso di ritenere la previsione di una statura minima identica per uomini e donne già di per sé contraria ai principi costituzionali [Pur non indicandoli nello specifico, per quanto presumibilmente la Corte pensasse agli articoli 3 e 37. Parla di una «costituzionalizzazione» della nozione di discriminazione indiretta, in riferimento a Corte Cost. del 1993, citata, M. Barbera, *La nozione di discriminazione*, in M. V. Ballestrero, T. Treu (a cura di), *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 56]. Cassa quindi la Corte d'Appello per aver escluso l'illegittimità sul punto del decreto ministeriale citato e non aver quindi provveduto alla sua disapplicazione nella parte *de quo*. Conclude il giudizio la remissione ad altra Corte d'Appello chiamata a verificare se, a prescindere dalla questione sulla illegittimità della previsione regolamentare, sia comunque necessaria un'altezza minima per lo svolgimento delle mansioni cui la lavoratrice sarebbe stata addetta e se, nel caso di risposta affermativa, la statura della candidata possa essere ritenuta adeguata a quanto il profilo di inquadramento richiede.

Il quadro normativo che fa da cornice alla pronuncia si compone dagli articoli 1 e 2 della legge 13 dicembre 1986, n. 874 – oggi recuperati nelle finalità dall'art. 31, comma 2, del d.lgs. n. 198/2006 –, che vietava discriminazioni nei concorsi pubblici in ragione dell'altezza dei candidati; dal d.P.c.m. 22 luglio 1987, n. 411, che definisce specifici limiti di altezza per la partecipazione ai concorsi pubblici che riguardino man-

sioni e qualifiche speciali e, infine, dal d.m. 23 febbraio 1999, n. 88, inerente esattamente i requisiti psico-attitudinali e di idoneità fisica (tra cui quello della statura) richiesti per talune qualifiche al personale addetto a pubblici servizi di trasporto. La relazione tra le disposizioni citate è tale per cui la previsione legislativa del 1986 legittima ipotesi derogatorie al divieto di discriminazione nelle assunzioni sulla base dell'altezza solo per il tramite del citato d.P.c.m. n. 411/1987, chiamato a stabilire esattamente, da un lato, mansioni e qualifiche speciali per le quali è necessario definire un limite di altezza e, dall'altro, l'esatta misura di detto limite (Sul tema in generale delle preclusioni, per lavori e mansioni, a carico delle donne, vedi L. Lazzeroni, *Donne, lavoro e mestieri negati*, in *Sist. prev.*, 2005, 4, p. 5).

2. — *I precedenti giudiziari sulla questione della identità dei limiti di altezza tra i due generi* — Agevole verificare, dati i precedenti non numerosi sul punto, come la questione dei limiti di statura identici per uomini e donne si inserisca nel solco di un dibattito giurisprudenziale tracciato in senso non sempre uniforme. Le Corti si sono infatti talvolta orientate a escludere, o non rilevare, una violazione del divieto di discriminazione in base al sesso; così nelle sentenze di primo e secondo grado all'origine di quella in esame: in Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 1980, n. 828 (In *Cons. Stato*, 1980, I, p. 1329), e anche nel caso di Tar Lazio, Sez. II, 3 ottobre 1988, n. 1185 (Lo si veda in *Foro amm.*, 1989, p. 2185). In quest'ultima occasione, tuttavia, il Tribunale ha motivato la legittimità della previsione di un unico criterio di altezza per uomini e donne sul presupposto che, pur vigente la disposizione antidiscriminatoria di cui alla legge n. 874/1986, la previsione regolamentare specifica cui quella legge rimandava (ovvero il d.P.c.m. n. 411 del 1987) non era ancora entrata in vigore alla data del concorso.

L'orientamento giurisprudenziale citato ha trovato tendenziale adesione di una parte sicuramente minoritaria della dottrina che ha appunto dubitato della completa congruità dell'attuale sistema che limita e regola, nel modo descritto, modalità e ipotesi derogatorie al divieto di discriminazione sulla base dell'altezza [Si veda, ad esempio, marcatamente, V. Marino, *Discriminazione e requisito dell'altezza nei bandi di concorso*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 105; vedi altresì L. Violini, *Sulla legittimità costituzionale dei trattamenti parificatori di situazioni diverse*, in *Le Regioni*, 1994, n. 1, p. 173. Si veda inoltre la nota di commento a Trib. Roma, 14 luglio 2000 (ord.), *Concorsi: non è discriminatorio il requisito dell'altezza unica per uomini e donne*, in *Mass. Giur. lav.*, 2000, p. 1281].

Sul versante opposto rispetto all'orientamento riportato, quindi a sostegno della illegittimità di una previsione che disponga limiti di accesso calibrati sull'altezza fisica che siano identici per uomini e donne – e quindi idonei a svantaggiare sistematicamente un determinato sesso (Sullo svantaggio sistematico nei confronti delle donne vedi Pret. Milano, 16 agosto 1991, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1306) –, si colloca invece, ad esempio, accanto alla sentenza in esame e a Corte Cost. n. 163/1993, la pronuncia ancora precedente di Tar Lazio, Sez. II, 10 maggio 1990, n. 1022 (In *Trib. amm. reg.*, 1990, I, p. 1826), riguardante l'art. 5 del citato d.P.c.m. del 1987 in tema di accesso alla settima qualifica funzionale del ruolo tecnico superiore del Corpo Forestale dello Stato [In dottrina, sul tema in esame, vedi, ad esempio, F. Guarriello, *Le azioni in giudizio*, in L. Gaeta, L. Zoppoli, *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 186 ss.; M. Capponi, *I divieti di discriminazione*, in G.

De Marzo (a cura di), *Il codice delle pari opportunità*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 203; I. Romoli, *Pubblico impiego e forze armate: divieto di discriminazione e disciplina del codice delle pari opportunità*, in G. De Marzo (a cura di), *op. ult. cit.*, pp. 416 ss.].

3. — *La tassatività delle ipotesi derogatorie al divieto di discriminazione sulla base dell'altezza e la contestabilità delle stesse in punto di necessità: dalla giurisprudenza sul tema al caso in esame* — Complessivamente, tuttavia, la questione della discriminatorietà di provvedimenti, quali i bandi di concorso indetti dalle pubbliche amministrazioni comprese quelle a ordinamento autonomo, che prevedano limiti di altezza per l'accesso è stata affrontata in giurisprudenza sotto altri profili che non siano solo quello della identità tra i generi di una previsione minima. A onor del vero, la parte sicuramente prevalente del contenzioso giudiziario ha avuto a oggetto la problematica della estensibilità delle ipotesi derogatorie al divieto di discriminazione, previste dal citato d.P.c.m. n. 411/1987, anche in favore di tipologie di mansioni o categorie di impieghi che da tale provvedimento risultassero escluse.

I casi più dibattuti hanno riguardato i concorsi per vigile urbano (Ma non solo, come quello per Polizia penitenziaria in Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2003, n. 4698, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2003, p. 2220), per i quali appunto nessuna previsione di statura minima è mai stata introdotta. Salvo eccezioni (Tra cui si veda Tar Piemonte, Sez. II, 11 aprile 1995, n. 239, inedita, a quanto consta) le Corti hanno interpretato in senso stringente la pregnanza del divieto di discriminazione, escludendo la possibilità di operare in via analogica rispetto a categorie non regolamentate in punto di altezza minima. La chiave di lettura è difatti stata la *tassatività* dei settori e delle mansioni per i quali è necessario definire un limite di altezza minimo (Così in Tar Lazio, Sez. I, 11 maggio 2006, n. 321, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; Tar Campania, Sez. VII, 6 aprile 2006, n. 3453, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2002, n. 1342, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 5, p. 522; Tar Lombardia, Sez. III, 18 gennaio 1995, n. 65, in *Foro amm.*, 1995, p. 1633; Tar Friuli-Venezia Giulia, 30 maggio 1994, n. 244, in *Foro amm.*, 1994, p. 1850; Tar Lombardia, Sez. III, 26 maggio 1994, n. 350, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 105, con nota di V. Marino, cit.).

Né poteva, ragionevolmente, essere altra la risposta fornita in sede giudiziaria. Ciò, sia che l'argomentazione volesse poggiare sulla regola normativa (Da ultimo contenuta nell'art. 25 del d.lgs. n. 198/2006, citato) in tema di discriminazioni indirette, che appunto fa salvi i casi in cui siano previsti «... requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari», sia che si fosse argomentato partendo dal dato normativo di cui alla legge n. 874/1986, nella quale il requisito della *necessità* di derogare a motivo di mansioni o qualifiche speciali è rimesso alla *esclusiva* determinazione regolamentare.

Nell'approccio alla questione da parte della magistratura, l'esistenza di una specifica previsione normativa in merito è stata ritenuta a tal punto dirimente che l'Ente che indice i concorsi non pare neppure ammesso a provare, in assenza di tale previsione specifica, la essenzialità di un limite minimo di altezza che potrebbe al massimo essere valutata, nel suo costituire un eventuale impedimento, solo «... dai competenti uffici sanitari in occasione dell'accertamento del generale requisito dell'idoneità fisica» (Cfr. Tar Puglia, Sez. II, 19 marzo 2001, n. 700, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, 1, p. 101).

C'è da chiedersi se per le Corti possa invece valere l'assunto contrario, ovvero se, nei casi in cui risulti operante una disposizione regolamentare che impone limiti minimi di altezza, il candidato sia ammesso a contestare la dedotta *necessità* del requisito previsto e quindi a provare che l'altezza è requisito *non essenziale* per lo svolgimento delle specifiche mansioni assegnate.

L'interrogativo richiama il caso in esame. La Corte ha appunto censurato il fatto che nei precedenti giudizi non si fosse accertato quali esattamente sarebbero state le mansioni richieste alla candidata e se, per quelle, la statura pari a m. 1,53 potesse ritenersi adeguata o addirittura necessaria. Tale chiosa finale nella motivazione della sentenza consente di introdurre talune considerazioni.

In primo luogo, varrebbe la pena interrogarsi sull'intreccio tra i piani regolativi. Se difatti è pacifico che una norma regolamentare possa essere disapplicata dall'Organo giudicante che incidentalmente la ritenga illegittima (assunto peraltro ripreso dalla Corte in commento) c'è da capire come vadano interpretate (o applicate) le altre previsioni regolamentari connesse a quella disapplicata. Nel caso di specie, vale chiedersi se la disapplicazione debba riguardare la sola previsione che dispone un *identico* limite di altezza per uomini e donne oppure se debba estendersi alla previsione che individua le specifiche mansioni soggette a un limite minimo. Se difatti si segue l'assunto della giurisprudenza prevalente sopra menzionato, calibrato sul dato normativo di cui alla legge n. 874/1986, in base al quale deroghe al divieto di discriminazione per statura possono essere introdotte solo per via regolamentare, come può un giudice, sostituendosi all'autorità regolamentare, indicare il limite di altezza minimo necessario a una donna per svolgere quelle determinate mansioni?

È ragionevole ritenere che, così come è rimessa alla norma regolamentare l'individuazione delle categorie e delle mansioni per le quali è necessario prevedere un limite minimo di altezza, non possa essere lasciato alla libera determinazione delle singole autorità giudicanti definire caso per caso a quanto quei limiti minimi debbano ammontare nelle occasioni in cui si contesti la legittimità di quelli previsti. Né è plausibile fornire altra lettura del dato normativo, sia che si prenda a misura l'art. 2 della legge n. 874/1986, vigente all'epoca dei fatti di causa, sia che si guardi all'attuale previsione autorizzatoria di cui all'art. 31, comma 2, d.lgs. n. 198/2006. Per entrambi, il provvedimento regolamentare è tenuto a prevedere mansioni e qualifiche speciali per le quali definire un limite di altezza ma anche – e per ciò che rileva – la «misura di detto limite».

Non si può comunque non riconoscere come sarebbe stata pari modo criticabile una pronuncia che avesse, al contrario, trascurato la circostanza che quella degli autotrojanvieri è comunque una categoria per la quale talune mansioni necessitano di una certa statura e quindi, sul solo presupposto che è illegittima la previsione di un limite minimo unico per i due generi, non avesse tenuto conto che, per l'incolumità dell'utenza e il corretto esercizio del servizio, per talune mansioni non può essere consentito l'accesso a persone di qualsivoglia statura.

In rapporto al caso specifico in esame, inoltre, se il limite di altezza minimo previsto, pari a m. 1,55, era stato pensato come sufficiente per l'esercizio di determinate mansioni, essendo l'altezza media femminile più bassa di quella maschile, sarebbe abbastanza discutibile ritenere inadeguata l'altezza della candidata, pari a m. 1,53. Ciò salvo che non si voglia supporre che il limite di m. 1,55 debba invece essere inteso ri-

ferito alla categoria mediamente più bassa, quindi alle donne, e debba quindi essere ulteriormente innalzato per gli uomini. Ma anche in questo caso la questione che torna di interesse è la medesima, ovvero quanto discrezionalmente, sul punto, possa intervenire l'autorità giudiziaria, per quanto supportata da apposita consulenza tecnica e, al contempo, quanto possa ritenersi legittima una previsione che introduca una differenza di altezza tra i due generi in cui lo scarto è così limitato da non garantire il rispetto della differenza «media» tra le due categorie.

La questione non è di poco conto, soprattutto alla luce del fatto che, per Corte Cost. del 1993, i limiti di altezza indicati devono risultare «ragionevolmente differenziat[i] in relazione alle distinte caratteristiche proprie» dei due sessi (Sulla classificazione dei sessi in base alla differenti medie di altezza vedi M. Fittante, *Discriminazione indiretta uomo-donna nell'accesso al lavoro*, in *Dir. lav.*, 1994, p. 135).

Conclusivamente sul punto, proprio da quanto appena dedotto, sembra argomentabile che la Corte non disdegna di consentire comunque la verifica della necessità/essenzialità del requisito dell'altezza introdotto per via regolamentare, dal momento che richiede alla Corte di rinvio di valutare «... se la candidata aveva diritto all'assunzione nonostante l'altezza fisica inferiore al minimo». Sul punto peraltro non risulta che ci siano precedenti giurisprudenziali specifici.

4. — *Quale approdo per la sentenza della Corte?* — Due questioni meritano, da ultimo, di essere affrontate per quanto il S.C., senza soffermarvisi argomentativamente, semplicemente vi transiti, richiamando sommariamente le motivazioni del precedente grado di giudizio. Entrambe riguardano il collegamento concettuale tra la previsione di limiti differenziati di altezza uomo-donna e il divieto di discriminazione di genere. Emerge in sentenza come una delle ragioni del rigetto in secondo grado sia stata la riscontrata «non discriminatorietà» del bando *anche* per il fatto che lo stesso prevedeva due distinte graduatorie mediante le quali garantire, al genere femminile, una riserva di posti messi a concorso pari al 50%.

La S.C. compie invece due diverse operazioni.

In primo luogo, dà pressoché per presupposta la ricorrenza di una discriminazione indiretta nel caso di previsioni che, senza distinzioni sulla base del genere, prevedano i medesimi limiti di statura per l'accesso al lavoro, limitandosi, difatti, a richiamare tra virgolette il passaggio del precedente di Corte Costituzionale più volte citato [Sulla nozione di discriminazione indiretta in dottrina, tra i numerosi contributi, vedi L. Guaglianone, *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 267 ss.; D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005, p. 131, spec. pp. 165 ss. sul collegamento tra discriminazione indiretta e limiti di altezza; G. De Simone, *Le modifiche all'art. 4 della L. n. 125/91: la nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in M. Barbera (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti*, cit., p. 711; G. De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001].

In secondo luogo, si disinteressa del fatto che il bando garantiva comunque l'accesso a donne e uomini in pari misura. Difficile sarebbe stato prendere una precisa posizione sul punto e sull'intreccio tra regola antidiscriminatoria, cui fa riferimento il

S.C. per cassare la sentenza impugnata, e regola di parificazione di fatto, sulla base del genere, nell'attribuzione del risultato che sta alla base della doppia graduatoria. A quest'ultimo riguardo, infatti, è ragionevolmente plausibile e sensato ritenere che, ad esempio, prevedendo il bando due distinte graduatorie, ben ci saranno stati rappresentanti dell'una o dell'altra categoria che, come primi esclusi dalla graduatoria, avranno riportato un punteggio superiore rispetto al rappresentante della categoria opposta, invece utilmente classificato nella sua graduatoria di riferimento. Ciò, ovviamente, dipendendo dal numero di partecipanti, per ciascuna categoria, che hanno positivamente superato la procedura concorsuale.

Inoltre, non è dato sapere che cosa avesse previsto il bando nel caso (probabilmente di scuola) in cui i candidati vincitori di una delle due categorie fossero risultati insufficienti a ricoprire la riserva di posti previsti. L'unico dato noto e desumibile dalle poche parole inserite nel corpo della pronuncia in esame è che quella riserva di posti pari al 50% era stata pensata per consentire (nel senso di garantire) una quota di presenza al genere (femminile) notoriamente svantaggiato.

Certo è, a ogni modo, che si è trattato di una buona occasione, perduta, per affrontare la questione, ancora troppo poco trattata in sede processuale, della parificazione di fatto dei generi, con una pronuncia che avrebbe potuto fornire un'interpretazione alla clausola di riserva del 50% dei posti al genere femminile: se come un meccanismo di parificazione nelle opportunità o nei risultati [Sul tema non affrontato dalla Corte, tra i molteplici contributi in dottrina, vedi S. Scarponi, E. Stenico, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., pp. 423 ss.; F. Borgogelli, *Le azioni positive nel settore pubblico*, in M. Barbera (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 686; M. G. Garofalo (a cura di), *Lavoro delle donne e azioni positive. L'esperienza giuridica italiana*, Cacucci, Bari, 2002; L. Guaglianone, *Le azioni positive. Modelli e tipologie*, in M. V. Ballestrero, T. Treu, *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, cit., pp. 28 ss.; F. Borgogelli, *La tipologia delle azioni positive*, in L. Gaeta, L. Zoppoli, *op. ult. cit.*, p. 80; M. V. Ballestrero, *A proposito di eguaglianza e diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1992, p. 577].

Lara Lazzeroni
*Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi di Siena*

CASSAZIONE, 5 ottobre 2007, n. 20901, Sez. lav. – Pres. Mattone, Est. Stile, P.M. Patrone – Ccr Case Cura Riunite Srl (avv.ti Garofalo e Ghera) c. M. N. (avv. Nicolò).

Diff. Corte d'Appello Bari, 29 aprile 2004.

Licenziamento individuale – Revoca – Natura – Forma – Accettazione tacita o implicita o per *facta concludentia*.

Licenziamento individuale – Revoca – Impugnazione del licenziamento – Accertamento della volontà dismissiva del diritto.

Attesi i principi dell'autonomia negoziale e della libertà di forma, salvo diversa prescrizione legale, la revoca del licenziamento non richiede la forma scritta e l'accettazione di questa da parte del lavoratore può realizzarsi anche in forma tacita mediante comportamenti concludenti. (1)

Poiché l'accettazione della revoca del licenziamento è suscettibile di comportare una rinuncia del lavoratore a far valere i diritti scaturenti dall'intimato licenziamento (ad esempio la reintegra nel posto di lavoro), va accertata in termini certi e univoci la volontà abdicativa del lavoratore, anche attraverso elementi indiziari che assurgano alla dignità di prova ex art. 2729 cod. civ., in modo che la condotta del presunto rinunciante risulti compatibile con altre motivazioni rilevatrici dell'intento conservativo (e non dismissivo) dei propri diritti. (2)

(*Omissis*) Con ricorso depositato in data 25 ottobre 2001, M. N. si rivolgeva al Tribunale di Bari chiedendo (*Omissis*) che venisse accertata la nullità, l'inefficacia e l'illegittimità del licenziamento intimatogli, con condanna della Città di Bari Hospital, quale società cessionaria del complesso aziendale della Società Case di Cura Riunite, alla immediata reintegrazione nel proprio posto di lavoro e al risarcimento del danno nella misura di cui alla legge n. 300 del 1970, art. 18. Il Tribunale dichiara illegittimo il licenziamento intimato dalla Case di Cura e condanna la Città di Bari Hospital alla reintegrazione del ricorrente nel proprio posto di lavoro, oltre al risarcimento del danno. La sentenza veniva appellata da entrambe le società e la Corte di Bari, riuniti i procedimenti, rigettava gli appelli. Osservava la Corte territoriale a sostegno del *decisum* che la revoca del licenziamento non poteva considerarsi efficace per essere intervenuta dopo che l'intimazione aveva raggiunto il suo effetto e per mancata accettazione della parte lavoratrice. Osservava ancora che la percezione del trattamento Cigs a zero ore non poteva essere equiparata ad accettazione della revoca del licenziamento poiché la prestazione era effettuata dall'Istituto, senza alcun contatto tra le parti del rapporto

che la datrice di lavoro voleva ripristinare. Osservava altresì che, in presenza del rifiuto di accettare la revoca del licenziamento, opposto da lavoratori (il cui numero non veniva precisato) i quali avevano richiesto l'erogazione del beneficio previdenziale a titolo di trattamento di mobilità anziché di trattamento Cigs, «riesce difficile sostenere che [...] vi sia stata una accettazione tacita della revoca del licenziamento per fatti concludenti». (*Omissis*). Avverso tale pronuncia, propongono ricorso per cassazione le Società Ccr Case di Cura Riunite Srl in amministrazione straordinaria, e Cbh Città di Bari Hospital Spa (*Omissis*).

(*Omissis*) Con il primo motivo di ricorso le società censurano la sentenza impugnata sul punto relativo alle conclusioni cui essa è pervenuta in tema di revoca del licenziamento e sulle conseguenze in tema di interesse ad agire, addebitando più specificamente alla stessa insufficienza di motivazione su un punto decisivo della controversia (art. 360 cod. proc. civ., n. 5) nonché violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 cod. proc. civ., n. 3). (*Omissis*). Con il secondo motivo le società denunciano la decisione impugnata nella parte in cui ha ritenuto applicabile alla fattispecie in esame il disposto dell'art. 2112 cod. civ., deducendo al riguardo violazione e falsa applicazione di norme e principi di diritto (art. 360 cod. proc. civ., n. 3, nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia (art. 360 cod. proc. civ., n. 5). (*Omissis*). Con il terzo motivo le società ricorrenti addebitano alla decisione impugnata di avere ritenuto che la procedura di mobilità avesse comportato la violazione di norme di diritto (della legge n. 223 del 1991, artt. 4, 5 e 24, e legge n. 236 del 1993, art. 8) nonché mancanza e insufficiente motivazione. Il primo motivo del ricorso appare fondato in relazione a molte delle censure in esso contenute e, pertanto, va accolto nei termini di cui appresso, conformemente ad altra decisione di questa Corte riguardante identica fattispecie (cfr. Cass. n. 15129/04). Va premesso che, contrariamente a quanto sostenuto dalle società, la parte controricorrente ha un interesse ad agire *ex* art. 100 cod. proc. civ. per far valere che la revoca del licenziamento è insuscettibile di ripristinare in via diretta e automatica l'originario rapporto lavorativo, atteso che l'accogliere una tale tesi sostenuta dalle società – secondo cui a seguito della revoca si perviene a un ripristino automatico, senza bisogno, cioè, di accettazione di detta revoca da parte del lavoratore – avrebbe per il lavoratore stesso comportato l'impossibilità di impugnare il licenziamento ai sensi dell'art. 18 Stat. lav. Non può al riguardo sottacersi come l'esistenza dell'interesse non può essere condizionata dalla fondatezza nel merito delle ragioni che si intendono far valere. In presenza, quindi, della suddetta condizione dell'azione,

l'indagine da effettuare da questa Corte – perché logicamente prioritaria rispetto a ogni altra, così come hanno puntualizzato le ricorrenti – attiene all'avvenuta (o meno) accettazione della revoca del licenziamento, che la Ccr in amministrazione straordinaria aveva a essa parte controricorrente intimato in data 11 maggio 2000, per revocarlo, poi, in data 3 luglio 2000, quando ormai vi era stato il trasferimento dalla suddetta Ccr alla Cbh; trasferimento sulla cui legittimità e sulla cui assoggettabilità al disposto dell'art. 2112 cod. civ. si controverte. Orbene, nell'escludere che il lavoratore abbia nel caso di specie accettato la revoca del licenziamento il giudice d'appello è incorso nella violazione di norme di diritto e nel vizio di insufficiente motivazione. Ai fini di un ordinato *iter* motivazionale appaiono opportune, in assenza di un atto di accettazione espressa della revoca del licenziamento, alcune puntualizzazioni di carattere generale sull'accettazione tacita della revoca negoziale e sui requisiti richiesti per la sua configurabilità. Va in primo luogo precisato che la revoca del licenziamento non richiede la forma scritta atteso il principio secondo cui i negozi risolutori degli effetti di atti richiedenti – come il licenziamento – la forma scritta non sono assoggettati a identici requisiti formali in ragione dell'autonomia negoziale, di cui la libertà di forma costituisce – in mancanza di diversa prescrizione legale – significativa espressione. Da qui anche l'ammissibilità di una accettazione della revoca del licenziamento in forma tacita (o presunta) sulla base di comportamenti (commissivi od omissivi) del lavoratore. Sotto altro versante va evidenziato che la suddetta accettazione della revoca del licenziamento è suscettibile di comportare una rinuncia del lavoratore a far valere i diritti scaturenti dall'intimato licenziamento (nel caso di specie a far valere la reintegra nel posto di lavoro e a rivendicare il diritto a essere assunto anche dalla Cbh quale cessionaria della Ccr). Il riconoscimento della effettiva presenza di una siffatta revoca richiede però una ricostruzione della volontà abdicativa – anche attraverso elementi indiziari che assurgano alla dignità di prova *ex art.* 2729 cod. civ. – in termini certi, nel senso che la condotta del rinunciante attesti in modo univoco la volontà di dismettere un diritto entrato nel proprio patrimonio, e non risulti invece compatibile con altre specifiche e individuabili motivazioni rilevatrici dell'intento conservativo dei propri diritti (ad esempio, per l'applicazione di tali principi: in tema di superamento del comportamento con riferimento alla condotta del datore di lavoro che abbia accettato la ripresa lavorativa del proprio dipendente e per la sua valutazione in termini di rinuncia del suddetto datore di lavoro ad avvalersi del superamento di detto periodo, cfr. Cass. 6 luglio 2000, n. 9032, e Cass. 10 gennaio 1991, n. 267; in tema di accettazione dell'indennità di preavviso senza riserve e della sua significatività come atto di dismissione a far vale-

re l'illegittimità del recesso, vedi Cass. 25 agosto 1990, n. 8717; per i requisiti richiesti per la configurabilità di una rinuncia tacita al diritto cfr., infine, per tutte, Cass. 18 giugno 1997, n. 5455). Alla stregua degli indicati principi la sentenza impugnata si mostra carente sul piano motivazionale e finisce per violare, nella valutazione del materiale probatorio, anche precise norme giuridiche. Sotto quest'ultimo aspetto va evidenziato subito che il giudice d'appello – nell'escludere che l'accettazione della cassa integrazione guadagni potesse assumere alcun valore ai fini della configurabilità della accettazione tacita della revoca del licenziamento – ha affermato, condividendo le conclusioni del primo giudice sul punto, che la percezione del trattamento di Cigs da parte del lavoratore non può equivalere ad accettazione del ripristino del rapporto di lavoro, poiché il relativo onere è a carico dell'Inps e, in caso di collocazione in Cigs a zero ore, «non vi è una prestazione lavorativa da parte del lavoratore, e il pagamento è effettuato direttamente dall'Inps senza che vi sia alcun contatto tra le parti del rapporto contrattuale presuntivamente ripristinato». Siffatte affermazioni non possono essere condivise. Il lavoratore collocato in Cigs a zero ore, pur se non tenuto a una prestazione d'opera, è ugualmente alle dipendenze del datore di lavoro, non può dedicarsi ad altra attività lavorativa, è vincolato al rispetto degli obblighi di fedeltà, correttezza e buona fede, deve riprendere servizio se convocato anche prima della scadenza del periodo di integrazione salariale. Non si può, dunque, asserire, come ha fatto il giudice d'appello, che «il pagamento è effettuato direttamente dall'Inps senza che vi sia alcun contatto tra le parti del rapporto contrattuale presuntivamente ripristinato» atteso che la regola stabilita dalla legge è nel senso inverso, poiché al trattamento di cassa integrazione straordinaria, parametrato alla retribuzione che sarebbe stata corrisposta in caso di prestazione lavorativa, è normalmente tenuto il datore di lavoro, il quale ottiene il rimborso della quota a carico dell'Istituto mediante conguaglio contributivo. (*Omissis*). L'errore di diritto in cui è incorsa la sentenza impugnata ha impedito alla stessa di valutare in modo corretto la condotta del lavoratore ai fini di accertare se la stessa condotta fosse (o meno) suscettibile di concretizzare una accettazione tacita della revoca del licenziamento disposto dalla Ccr. E invero, il giudice di merito avrebbe dovuto esaminare se la condotta della parte lavoratrice – per comportare, proprio in ragione della messa in cassa integrazione, l'esistenza del rapporto di lavoro con la Ccr e per il contesto in cui si era realizzata – era suscettibile di concretizzare una accettazione, tacita e senza alcuna riserva, della revoca del licenziamento. E la suddetta condotta si sarebbe dovuta inquadrare nel contesto generale riguardante le notorie difficoltà economiche in cui versava la Società Ccr, che aveva già nel 1998 avviato la procedura di mobi-

lità, e che imponevano radicali interventi strutturali. E lo stesso giudice avrebbe dovuto verificare anche se la parte controricorrente fosse a conoscenza delle suddette precarie condizioni della società datrice di lavoro e della necessità della stessa di cedere ad altra società il complesso aziendale, anche attraverso una preventiva riduzione del personale. E sempre nella stessa direzione, e sempre attraverso una esauriente e attenta valutazione dell'intero materiale probatorio (e di tutte le circostanze fattuali che avevano visto una attiva partecipazione delle organizzazioni sindacali a garanzia dei diritti dei numerosi dipendenti della Società Ccr), il giudice d'appello avrebbe dovuto appurare se il lavoratore aveva accettato la cassa integrazione con la consapevolezza di usufruire di una vantaggiosa alternativa a una possibile (e legittimamente praticabile) riduzione di personale, che avrebbe potuto tradursi in una immediata (e incontestabile) fuoriuscita dal mondo del lavoro di un ingente numero di dipendenti della società. In tale consapevolezza, se riscontrata, si sarebbe potuto, con innegabile coerenza logica, ravvisare una rinuncia a far valere il diritto alla reintegra nel posto di lavoro *ex art. 18 Stat. lav.* e la conseguenziale accettazione di un ripristino del rapporto lavorativo con effetti risalenti a epoca successiva alla cessione del complesso aziendale. Il che avrebbe, a sua volta, finito per determinare il venir meno di qualsiasi pretesa all'assunzione al lavoro – ai sensi del disposto dell'art. 2112 cod. civ. – da parte della Cbh come società cessionaria. (*Omissis*). Per concludere, spettava unicamente al giudice di merito valutare la congruità o meno – con riguardo a tutti i complessi e numerosi dati fattuali che hanno accompagnato nel tempo la vicenda per cui è causa – della condotta tenuta dai lavoratori; e lo stesso giudice era tenuto a fornire valide ragioni del suo convincimento. Non risultando, pertanto, la sentenza impugnata sorretta da una motivazione congrua e condivisibile sul piano logico-giuridico, la stessa va cassata previo accoglimento, per quanto di ragione, del primo motivo di cui ai ricorsi delle società. Come emerge dalla dettagliata esposizione delle numerose censure contenute nel secondo e terzo motivo dei ricorsi delle società, l'accoglimento, nei termini innanzi indicati, del primo motivo di ricorso comporta l'assorbimento degli altri. Alla luce delle considerazioni sinora svolte va accolto nei termini esposti il primo motivo del ricorso e vanno dichiarati assorbiti gli altri. La sentenza impugnata va pertanto cassata in relazione alla censura accolta. Ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., essendo necessari altri accertamenti di fatto la causa va rimessa a un diverso giudice di secondo grado, che si designa nella Corte d'Appello di Lecce, che procederà a un nuovo esame della presente controversia sulla scorta dei rilievi sopra formulati. Al giudice di rinvio va rimessa anche la statuizione sulle spese del presente giudizio di cassazione.

Dispositivo

La Corte riunisce i ricorsi, accoglie il primo motivo dei ricorsi, cassa la sentenza impugnata in relazione alla censura accolta, e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'Appello di Lecce. Così deciso in Roma, il 27 giugno 2007. Depositato in Cancelleria il 5 ottobre 2007.

(*Omissis*)

(1-2) FORMA ED EFFETTI DELLA REVOCA DEL LICENZIAMENTO
E DELLA SUA ACCETTAZIONE

1. — *La vicenda* — La sentenza che qui si commenta affronta lo «spinoso» tema della revoca del licenziamento intimato e dell'accettazione della stessa da parte del lavoratore. Nel caso di specie una società in amministrazione straordinaria procedeva al licenziamento collettivo di parte dei propri dipendenti, con conseguente avvio della procedura di mobilità, e stipulava, nel frattempo, un contratto di vendita di parte del complesso aziendale con un'altra società, alle dipendenze della quale passava il restante personale. In seguito, la società cedente revocava i licenziamenti precedentemente intimati, richiedendo l'intervento della Cigs. Successivamente un lavoratore destinatario della revoca del licenziamento, dopo aver accettato e usufruito della Cigs, impugnava il licenziamento avanti al Tribunale di Bari, che accoglieva il ricorso, ordinando alla società cessionaria del complesso aziendale di reintegrarlo e di risarcirgli il danno *ex art. 18 Stat. lav.*

La Corte d'Appello di Bari, adita da entrambe le società soccombenti (cedente e cessionaria), confermava la sentenza di primo grado, considerando inefficace la revoca del licenziamento, in quanto intervenuta dopo che l'intimazione di questo aveva prodotto effetto, e negando esservi stata accettazione tacita della revoca da parte del lavoratore per il solo fatto che questi avesse goduto del trattamento Cigs. Investita della questione, la Corte di Cassazione, con la pronuncia che si commenta, cassa la sentenza impugnata «non risultando [...] sorretta da una motivazione congrua e condivisibile sul piano logico-giuridico», ravvisando un errore di diritto nel non aver, la Corte d'Appello di Bari, valutato in modo completo e corretto tutti gli elementi in concreto sussistenti al fine di poter desumere ovvero negare l'esistenza di una tacita accettazione della revoca del licenziamento da parte del lavoratore, e rinviando, quindi, alla Corte d'Appello di Lecce ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ. per procedere a un nuovo esame della controversia sulla scorta dei rilievi formulati.

2. — *La revoca del licenziamento* — La vicenda affrontata dalla Suprema Corte risulta estremamente complessa, a causa dell'intreccio di diverse fattispecie; nella presente analisi, tuttavia, pare opportuno soffermarsi solo sulla problematica – centrale nella decisione – della revoca del licenziamento e delle sue conseguenze sulla sfera giuridica del lavoratore: in particolare, si tratta di capire se la revoca ponga nel nulla il licenziamento (*tamquam non esset*), consentendo così la prosecuzione del precedente rapporto di lavoro, o se, viceversa, determini l'instaurazione di un nuo-

vo rapporto; solo in questo secondo caso sarebbe necessaria l'accettazione della revoca da parte del lavoratore.

La questione è piuttosto controversa, registrandosi oscillazioni di orientamento anche da parte della Corte di Cassazione. Ciò, probabilmente, è dovuto all'assenza di una disciplina *ad hoc* per l'istituto in esame, non solo nel diritto del lavoro ma, ancor prima, nel diritto civile. Tale carenza ha indotto la dottrina a delineare una nozione di revoca utilizzando i principi generali del nostro ordinamento in tema di obbligazioni e contratti.

3. — *La revoca del negozio giuridico* — In generale, la revoca è stata configurata dalla dottrina come un atto unilaterale, esercizio di uno *ius poenitendi*, con cui un soggetto ritira una precedente manifestazione di volontà per eliminarne gli effetti (Con la revoca, dunque, «si esercita una libertà, ma non si compie un atto di autonomia», in quanto manca lo scopo di determinare uno specifico assetto di interessi: cfr. M. Costanza, voce *Revoca*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, p. 449). Si tratta, cioè, di «un'esplicazione in senso inverso di quella stessa autonomia privata che al negozio ha dato vita» (E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 251), e, infatti, essa, oltre a dover essere esercitata dall'autore dell'atto revocando (E non tramite un provvedimento giudiziale: cfr. L. Ferri, voce *Revoca*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 198; *contra*, G. F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962, spec. p. 119, secondo il quale la revoca può avvenire anche per «magistero giudiziale»), deve avere a oggetto proprio il medesimo atto che prima era stato posto in essere, per evitare «che si realizzino o che continuino le situazioni giuridiche che l'atto revocato ha determinato» (M. Costanza, voce *Revoca*, cit., p. 449). Pertanto, la revoca, quale dichiarazione ablativa, agisce sugli effetti giuridici dell'atto, senza incidere su quest'ultimo da un punto di vista ontologico, in quanto esso, come fatto storico, «non può mai essere cancellato» (L. Ferri, voce *Revoca*, cit., p. 199).

Quanto al momento di produzione degli effetti della revoca — che è atto non formale — occorre distinguere a seconda che essa riguardi la proposta contrattuale o l'accettazione della stessa: mentre nel primo caso essa può avvenire fino a quando il contratto non sia stato concluso, e per questo si configura come «atto indirizzato, ma non recettizio» (F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 824), nella seconda ipotesi vale la regola della recettività e, dunque, della necessaria conoscenza che ne abbia il destinatario.

4. — *La revoca dell'atto amministrativo* — La stessa carenza di una definizione legislativa *ad hoc* si registra in ambito amministrativo, con riferimento agli atti della p.a. In tale contesto, la revoca viene configurata da dottrina e giurisprudenza come un provvedimento di «amministrazione attiva», che la p.a. pone in essere al fine di soddisfare un interesse pubblico, qualora venga a conoscenza di una circostanza materiale che renda necessaria una diversa valutazione della situazione concreta (M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 596, nonché ulteriori riferimenti *infra*).

Pur approdando alla medesima conclusione, tuttavia, dottrina e giurisprudenza hanno impostato il problema in termini diversi. A fronte della tesi profondamente ra-

dicata soprattutto in giurisprudenza (*Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 1960, n. 690, in *Cons. Stato*, 1960, I, p. 1557; Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 1974, n. 44, *ivi*, 1974, I, p. 131), che riconduceva la revoca allo *ius poenitendi* e al principio di autotutela della p.a., in dottrina (F. Paparella, voce *Revoca*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 1989, p. 206) se ne è affermata un'altra, che ha obiettato l'assenza di una previsione positiva di tale principio, e, dunque, ha ipotizzato un possibile contrasto del potere di revoca così configurato con altri principi sanciti dal nostro ordinamento, quali quello di legalità e di tipicità degli atti amministrativi. Mentre nel primo caso presupposto del potere di revoca sarebbe il carattere unilaterale del provvedimento amministrativo, il secondo orientamento, facendo leva sul concetto di interesse pubblico quale finalità dell'attività amministrativa, individua quale fondamento una diversa valutazione dell'interesse stesso, rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione e volta a rendere il provvedimento opportuno in relazione alle mutate circostanze concrete (Sul punto M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 597).

In questa sede non pare opportuno soffermarsi sulla diatriba dottrinale e giurisprudenziale in merito. Ciò che conta, piuttosto, è che in ogni caso si afferma che il provvedimento di revoca – come gli altri atti amministrativi – non ha efficacia retroattiva (In quanto essa «ha a oggetto il rapporto anziché l'atto»: così M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 601), e determina l'eliminazione di «un atto legittimo dalla vita giuridica, *id est* [la] caducazione del regolamento di interessi validamente venuto in essere e per ciò giuridicamente vincolante» (F. Paparella, voce *Revoca*, cit., p. 210). Tale effetto è subordinato alla comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca (Cfr. art. 21-*bis*, legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 14, legge 11 febbraio 2005, n. 15) che l'amministrazione faccia al destinatario, ma non all'accettazione di quest'ultimo, per il quale, nel caso di pregiudizio della sua posizione, è prevista solo la corresponsione di un indennizzo (Art. 21-*quinqüies*, legge n. 241/1990).

Peculiarità della revoca di un atto amministrativo sono, dunque, la sua efficacia *ex nunc* e il potere autoritativo di cui è dotato il soggetto emanante, il quale agisce in vista della realizzazione dell'interesse pubblico.

5. — *Natura della revoca del licenziamento. Il dibattito* — Anche in ambito giuslavoristico, in tema di revoca del licenziamento si riscontrano incertezze interpretative. Il problema – come si evince chiaramente dalla lettura della sentenza in commento – riguarda la possibilità o meno della revoca di produrre automaticamente effetti nella sfera giuridica del destinatario, cioè del lavoratore: in altri termini, se la revoca del licenziamento determini *ex se* la ricostituzione (o, meglio, la prosecuzione) dell'originario rapporto di lavoro, a prescindere dall'accettazione del lavoratore, o se, viceversa, sia necessaria una manifestazione di volontà (anche implicita) da parte di quest'ultimo, con conseguente instaurazione di un nuovo vincolo contrattuale.

La questione non è pacifica. Anzitutto, occorre precisare che il licenziamento è un atto unilaterale recettizio, produttivo di effetti, dunque, dal momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario. È condivisibile, pertanto, quell'orientamento che nega la revocabilità, in senso proprio, del licenziamento «prima del momento di conoscenza o conoscibilità» [L. Ioele, *I licenziamenti individuali*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. III, a cura di M. Miscione, Torino, 2007, p. 302] dello stesso da parte del dipendente: in tal caso, infatti, non essendosi perfezionato il licen-

ziamento, non si potrebbe affatto, a ben vedere, parlare di «recesso» datoriale dal rapporto di lavoro, in quanto ne mancherebbe la stessa riconoscibilità esterna; difetterebbe infatti il presupposto della revoca, intesa come estrinsecazione di volontà in senso inverso rispetto a una volontà manifestata in precedenza (Si segnala, tuttavia, un orientamento di segno totalmente contrario, e, a parere di chi scrive, poco condivisibile, espresso dal Trib. Torino, 11 maggio 2000, in *Giur. piem.*, 2000, p. 491, secondo cui il licenziamento intimato con preavviso, nonostante sia già giunto a conoscenza del destinatario, «può essere efficacemente posto nel nulla dal datore di lavoro prima dello spirare del periodo di preavviso», mentre solo quello con efficacia immediata «non [potrebbe] essere revocato, dal momento che produce immediatamente la risoluzione del rapporto»).

Diversa è invece l'ipotesi in cui la revoca giunga a conoscenza del destinatario *dopo* l'intimazione del licenziamento. A tale proposito, alla revoca, quale *actus contrarius* rispetto a quello che ne è oggetto, è stata talvolta attribuita la funzione di intervenire «direttamente sull'atto e non anche sul rapporto» (R. Garofalo, *Revoca del licenziamento: configurazione ed effetti*, nota a Cass. 2 febbraio 2007, n. 2258, in *Lav. giur.*, 2007, 7, p. 707), con la conseguenza che gli effetti del licenziamento risulterebbero totalmente eliminati dal mondo giuridico e riacquisterebbe efficacia la situazione *quo ante*: in tal senso, dunque, «la revoca non può essere valutata alla stregua di una nuova offerta contrattuale, costituendo un atto di ravvedimento del datore», il cui risultato sarebbe non la riassunzione del lavoratore, bensì la sua *reintegrazione* nel posto di lavoro, con mantenimento dell'anzianità di servizio e dei diritti precedentemente maturati (In tal senso O. Mazzotta, *Il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo fra «sanzione» e «adempimento»*, in *Foro it.*, 1978, I, p. 2174; P. G. Corrias, *Revoca del licenziamento e risarcimento del danno*, in *Dir. lav.*, 1971, II, p. 320. In giurisprudenza, Cass., Sez. lav., 8 giugno 2001, n. 7800, in *Lav. prev. oggi*, 2001, p. 1610, secondo la quale «la revoca [...] e la reintegrazione del lavoratore nel precedente posto di lavoro hanno eliminato il licenziamento con effetti *ex tunc*, con la conseguenza della giuridica continuità del rapporto di lavoro»; Pret. Milano 15 ottobre 1996, in *Or. giur. lav.*, 1996, I, p. 902). Pertanto, non essendosi il rapporto mai interrotto dal punto di vista giuridico, non sarebbe necessaria l'accettazione della revoca da parte del lavoratore (A. Pizzoferrato, *Indennità sostitutiva della reintegrazione: funzione giuridica e momento genetico*, nota a Pret. Firenze 25 maggio 1994 e 10 giugno 1994, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 932). Una parte (minoritaria) della giurisprudenza di merito (Pret. Milano 28 luglio 1989, in *Or. giur. lav.*, 1989, p. 1030) è andata oltre, e ha addirittura considerato la revoca come dichiarazione del datore di voler adempiere agli obblighi nascenti dal contratto di lavoro, sul presupposto che il licenziamento viziato integrerebbe un inadempimento contrattuale: il rifiuto del lavoratore di riprendere servizio sarebbe dunque, in quest'ottica, illegittimo.

Nella sentenza in commento, tuttavia, la Suprema Corte disattende (condivisibilmente a parere di chi scrive) l'impostazione appena descritta, in un'ottica maggiormente rispettosa dei principi generali civilistici in tema di revoca *supra* enunciati (cfr. par. 3): essa, infatti, configura la revoca quale nuova proposta contrattuale, «volta alla ricostituzione del rapporto interrotto, che il lavoratore può accettare o meno» (In dottrina, nello stesso senso, M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2006, p. 98). Di conseguenza, la revoca avrebbe efficacia *ex nunc*, non essendo in gra-

do di eliminare gli effetti negativi prodotti dal licenziamento illegittimo nella sfera giuridica del lavoratore (C. Zoli, *Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l'indennità sostitutiva della reintegrazione*, nota a Cass., Sez. lav., 5 dicembre 1997, n. 12366, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, pp. 359 ss., che addirittura considera «improprio definire revoca un tale atto», il quale andrà piuttosto ricostruito come «proposta a colui che ha subito l'effetto risolutivo del rapporto di far cessare l'effetto stesso, ripristinando la funzionalità di fatto del rapporto»), e determinando dunque – solo in caso di accettazione da parte di quest'ultimo – non il ripristino del precedente vincolo contrattuale, bensì la costituzione di uno nuovo.

In quest'ottica (Confermata da Corte Cost., ord., 22 luglio 1996, n. 291, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, p. 489, con nota di N. De Marinis), di fronte alla proposta del datore di un nuovo contratto di lavoro – con perdita delle retribuzioni *medio tempore* maturate e dell'anzianità di servizio – il rifiuto del lavoratore sarebbe del tutto legittimo e non potrebbe essere considerato (e punito) come assenza ingiustificata (Cass., Sez. lav., 12 luglio 2004, n. 12867, in *Dir. lav.*, 2005, II, p. 357).

6. — *Impugnabilità o meno del licenziamento revocato* — Da quanto poc'anzi esposto deriva un interessante profilo di riflessione – solo marginalmente affrontato dalla Suprema Corte nella sentenza in commento – relativamente all'interesse o meno per il lavoratore a impugnare il licenziamento illegittimo che sia stato revocato dal datore, e, conseguentemente, a chiedere le tutele di cui all'art. 18, commi 4 e 5, Stat. lav. Il problema va impostato in modo diverso a seconda della natura che si attribuisce all'atto di revoca.

Se si considera quest'ultimo come proposta del datore di instaurare un nuovo rapporto di lavoro, l'eventuale accettazione del prestatore, quale controparte contrattuale, fa sì che il vincolo venga ripristinato, con effetto *ex nunc*. Nonostante la revoca e la sua accettazione, il licenziamento illegittimo continua a esistere, e conseguentemente è astrattamente configurabile un interesse del lavoratore a impugnarlo, al fine di ottenere, quanto meno, il risarcimento nella misura minima delle cinque mensilità *ex art.* 18, comma 4, Stat. lav. Se in alcune pronunce la Suprema Corte ha adottato tale impostazione (Cass., Ss.Uu., 23 aprile 1987, n. 3957, in *Mass. Giur. lav.*, 1987, p. 214; Cass., Sez. lav., 12 ottobre 1993, n. 10085, *ivi*, 1993, p. 667; Cass., Sez. lav., 21 dicembre 1995, n. 13047, *ivi*, 1996, p. 236), nella sentenza in commento essa afferma invece che l'accettazione della revoca da parte del lavoratore implicherebbe, di per sé, «una rinuncia [...] a far valere i diritti scaturenti dall'intimato licenziamento».

A fronte di orientamenti giurisprudenziali così oscillanti, in dottrina (L. Ioele, *I licenziamenti individuali*, cit., p. 304, e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici) si è invece affermato che, nonostante la revoca, il licenziamento «permane nella realtà fenomenica e alla sua illegittimità la legge riconnette [...] il risarcimento danni nella misura minima di cinque mensilità con una funzione sanzionatoria per l'illegittimo esercizio del potere di recesso, anche con riferimento a danni non patrimoniali (danno di immagine, di relazione ecc.), talché l'eventuale revoca [...] non può incidere sul diritto del lavoratore ormai acquisito» (Salvo che il lavoratore concordi con il datore una soluzione diversa, «in chiave di vera e propria transazione *ex art.* 2113 cod. civ.»: così C. Zoli, *Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l'indennità sostitutiva della reintegrazione*, cit., p. 361).

Analogamente si deve concludere nell'ipotesi di rifiuto del lavoratore a riprendere servizio in seguito all'invito rivoltagli dal datore in sede di revoca: in tal caso, la stessa non accettazione del dipendente implica volontà di impugnare il recesso datoriale, e la revoca potrebbe fungere da «prova indiretta dell'illegittimità del provvedimento espulsivo» (R. Garofalo, *Revoca del licenziamento: configurazione ed effetti*, cit., p. 708).

Anche la dottrina *supra* citata (cfr. par. 5) che considera la revoca come un atto unilaterale, produttivo di effetti senza necessità di accettazione da parte del lavoratore, riconosce il diritto (e l'interesse) di quest'ultimo a impugnare il recesso datoriale al fine di farne dichiarare giudizialmente l'illegittimità e ottenere la tutela risarcitoria ex art. 18, comma 4, Stat. lav. (anche nell'ipotesi di rifiuto di riprendere servizio, salvo che il rifiuto stesso risulti illegittimo e configuri, dunque, un inadempimento contrattuale).

Più complessa appare la discussione in ordine alla tutela ex art. 18, comma 5, Stat. lav., e dunque alla possibilità per il lavoratore di optare per l'indennità di quindici mensilità, qualora non intenda ripristinare il vincolo contrattuale con il datore.

A prescindere dalla natura che si attribuisca all'istituto della revoca, è stato obiettato (P. Baldassarre, *Sugli effetti della revoca del licenziamento*, nota a Corte d'App. Bari, 18 luglio 2002, in *Dir. mer. lav.*, 1-2/2003, p. 351) che essa – comprensiva dell'invito a riprendere servizio – avrebbe «il medesimo contenuto e gli effetti propri della sentenza di reintegra», e dunque «varrebbe a innescare sia gli effetti reintegratori di cui all'art. 18 Stat. lav., dando altresì inizio al decorso del termine per l'esercizio dell'opzione, sia le conseguenze risarcitorie di cui alla norma statutaria». Ciò in quanto la figura dell'indennità sostitutiva viene ricondotta a quella dell'obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore, avente la propria origine non nell'ordine giudiziale di reintegra, bensì nell'illegittimo comportamento datoriale, e il datore non potrebbe vanificare tale possibilità di scelta mediante la revoca del licenziamento precedentemente intimato (In giurisprudenza, Pret. Milano, 5 febbraio 1991, in *Or. giur. lav.*, 1991, p. 141; Pret. Busto Arsizio, 16 giugno 1993, in *Mass. Giur. lav.*, 1993, p. 496).

Tale impostazione, tuttavia, sembra stridere con l'impianto di tutele sancito dall'art. 18 Stat. lav., che testualmente prevede il diritto di opzione per il lavoratore quale alternativa alla sola reintegra ordinata dal giudice con sentenza, e non all'invito a riprendere servizio insito nell'atto di revoca del datore. In altri termini, l'indennità sostitutiva si configurerebbe come «un diritto derivato o secondario» rispetto a quello alla concreta ripresa della funzionalità del rapporto, «non connesso al licenziamento illegittimo, bensì all'obbligo di reintegrazione» (C. Zoli, *Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l'indennità sostitutiva della reintegrazione*, cit., p. 362): di conseguenza, qualora il lavoratore rifiuti di riprendere servizio, dimostrerebbe di non avere interesse alla (eventuale e successiva) reintegrazione per ordine giudiziale, e, dunque, il diritto di opzione per le quindici mensilità non avrebbe ragione di sorgere (Cfr., in giurisprudenza, Pret. Milano 15 ottobre 1996, cit.; Pret. Milano 10 aprile 1996, in *Lav. giur.*, 1996, p. 943; Trib. Firenze 19 luglio 1995, *ivi*, p. 321).

7. — *Requisiti formali e comportamenti concludenti* — Il secondo profilo trattato dalla pronuncia in epigrafe riguarda il tema della forma della revoca e della sua accettazione. Sul punto dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nel ritenere che, alla luce dei principi di autonomia negoziale e libertà di forma sanciti dal nostro ordi-

namento, nessuna di tali due manifestazioni di volontà richieda la forma scritta, posto che il legislatore non ha, a tale proposito, individuato specifici requisiti (A. Avio, *Appunti sulla revoca del licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, pp. 346 ss.; Cass., Sez. lav., 18 novembre 1997, n. 11467, *ibidem*; Cass. 26 gennaio 1989, n. 465, in *Or. giur. lav.*, 1989, p. 753, Trib. Napoli 9 settembre 1994, in *D&L*, 1995, p. 201; più recentemente, Cass., Sez. lav., 1° luglio 2004, n. 12107, in *Not. giur. lav.*, 2004, p. 764, che si pronuncia su un caso analogo a quello in commento); sia la revoca del licenziamento, sia la sua accettazione possono, dunque, concretarsi mediante comportamenti concludenti, a condizione, però, che essi siano tali da far emergere in modo incontestabile la volontà delle parti di ripristinare il rapporto di lavoro nella sua piena funzionalità. Così, dall'atteggiamento del datore si dovrebbe evincere una chiara volontà contraria a quella manifestata con il licenziamento, e un invito, rivolto al lavoratore, a riprendere servizio alle sue dipendenze e alle medesime condizioni in precedenza applicate. Allo stesso modo il comportamento del lavoratore dovrebbe essere tale da potersi considerare incompatibile con la volontà di risolvere il rapporto di lavoro.

Coerentemente con tali principi, la Suprema Corte, nella sentenza in commento, ammette che l'intenzione del lavoratore di accettare la revoca del licenziamento e, dunque, di riprendere servizio alle dipendenze del datore, possa essere desunta «anche attraverso elementi indiziari che assurgano alla dignità di prova *ex art.* 2729 cod. civ.», quali – ma non solo – l'accettazione del trattamento Cigs [In quanto esso non pone nel nulla il vincolo contrattuale con il datore: in senso conforme Cass., Sez. lav., 3 giugno 2004, n. 10623, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, p. 704, con nota di N. De Marinis; Cass., Sez. lav., 1° luglio 2004, n. 12107, cit.; Cass., Sez. lav., 5 agosto 2004, n. 15129, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1559]. In tal modo la Corte ricerca un compromesso tra i principi generali di cui *supra* e la necessaria tutela del prestatore di lavoro; all'accettazione della revoca essa ricollega, infatti, effetti preclusivi per quest'ultimo, quali la rinuncia all'impugnazione del licenziamento, e, opportunamente, circonda tale manifestazione di volontà di particolari cautele. La sentenza, del resto, si pone perfettamente in linea con una giurisprudenza ormai consolidata, che, ammettendo l'accettazione tacita della revoca, ritiene imprescindibile un'analisi accurata del comportamento del lavoratore, dal quale si possa desumere in modo univoco l'intento di «dismettere un diritto entrato nel proprio patrimonio» (Così Cass., Sez. lav., 1° luglio 2004, n. 12107, cit.; Cass., Sez. lav., 6 luglio 2000, n. 9032, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 361).

Alla luce, tuttavia, delle osservazioni precedentemente svolte (cfr. par. 6), a parere di chi scrive l'accettazione del lavoratore – a maggior ragione se tacita – non dovrebbe comunque pregiudicare il suo diritto a impugnare il licenziamento revocato: infatti, anche qualora dal comportamento del prestatore sia possibile evincere la volontà inequivocabile di ripristinare il rapporto di lavoro, residua comunque astrattamente il suo interesse ad agire in via giudiziale per ottenere il risarcimento nella misura minima delle cinque mensilità, suscettibile di aumento a seconda del lasso di tempo intercorso tra l'intimazione del licenziamento e la revoca dello stesso.

8. — *Osservazioni conclusive* — Il punto centrale della decisione qui in esame è, dunque, la configurazione della revoca del licenziamento come nuova proposta contrattuale, che, per produrre il proprio effetto, richiede l'accettazione della controparte

contrattuale, ossia il lavoratore; accettazione che, secondo la Suprema Corte, non deve necessariamente assumere una forma precisa, ma può essere desunta da comportamenti concludenti dai quali si possa evincere la volontà univoca del prestatore di rimanere alle dipendenze del medesimo datore.

Come detto, nella pronuncia in epigrafe la Corte riconduce all'accettazione della revoca anche la rinuncia a impugnare il licenziamento; sul punto, tuttavia, l'argomentazione della Corte non convince, in quanto potrebbe ugualmente essere individuato un interesse del dipendente ad agire in giudizio a fini risarcitori, nonostante la ricostituzione del rapporto di lavoro.

Relativamente a tale ultimo effetto, inoltre, la Corte, pur ritenendo necessaria l'accettazione del lavoratore, in modo un po' ambiguo utilizza l'espressione «ripristino del rapporto lavorativo», lasciando intendere che, in seguito alla revoca, prosegue quello originario.

A ogni modo, poiché la diatriba giurisprudenziale e dottrinale in tema di revoca del licenziamento risulta tutt'altro che sopita, sarebbe auspicabile un intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione al fine di chiarire i termini della questione e di indirizzare gli interpreti verso soluzioni uniformi.

Federica Roccato
*Dottoranda di ricerca
presso l'Università degli Studi di Padova*

CASSAZIONE, 5 ottobre 2007, n. 20895, Sez. lav. – Pres. Ianniruberto, Est. Stile, P.M. Apice – N. M. c. Ias Spa.
Diff. Corte d'Appello Catania, 10 ottobre 2003.

Licenziamento individuale – Dirigente apicale – Art. 7, legge n. 300/1970 – Garanzie procedurali – Applicabilità – Conseguenze – Giustificatezza – Art. 1, legge n. 604/1966 – Inapplicabilità.

La nozione di giustificatezza del licenziamento del dirigente non si identifica con quella di giusta causa o giustificato motivo di cui alla legge n. 604 del 1966; ne consegue che fatti o condotte non integranti giusta causa o giustificato motivo, con riguardo al rapporto di lavoro in generale, possono giustificare il licenziamento del dirigente. Ai fini della giustificatezza del medesimo può rilevare qualsiasi motivo, pur apprezzabile sul piano del diritto, idoneo a turbare il legame di fiducia con il datore. (1)

(Omissis)

Motivi della decisione

Va preliminarmente disposta la riunione del ricorso principale e di quello incidentale, trattandosi d'impugnazioni avverso la medesima sentenza (art. 335 cod. proc. civ.).

Con il ricorso incidentale, da trattarsi per primo, perché precede sul piano logico e giuridico quello principale, il N. denuncia, con due motivi strettamente connessi, omessa e insufficiente motivazione circa un punto decisivo della controversia e violazione della legge 20 maggio 1970, n. 300, art. 18.

In particolare, il ricorrente lamenta – ribadendo quanto già esposto dinanzi al giudice d'appello – che, a seguito della ristrutturazione organizzativa deliberata con atto del Cda pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*, e, quindi, sin dal 28 novembre 1994, non avrebbe più svolto mansioni di dirigente, per cui erroneo sarebbe stato il convincimento della Corte territoriale che lo aveva ritenuto dirigente seppure non in posizione apicale assoluta.

Puntualizza, poi, che, tenuto conto delle dimensioni dell'impresa e dell'inesistenza nell'ambito della stessa di più rami autonomi, il dirigente in senso proprio avrebbe dovuto possedere un grado di autonomia e discrezionalità tali da porlo in stretta collaborazione con gli organi amministrativi aziendali, ciò che non era riscontrabile in relazione alla sua posizione, rispetto alla quale l'impugnata decisione nulla aveva motivato, limitandosi apoditticamente a ritenerlo dirigente sia pure in posizione non apicale, sancendo, di conseguenza, la inapplicabilità della normativa di cui alla legge 20 maggio 1970, n. 300, art. 18. Il ricorso è infondato.

Sul punto la Corte territoriale, dopo avere correttamente rilevato che la suddetta normativa limitativa dei licenziamenti trovava applicazione non solo nei confronti del dirigente apicale, posto, cioè, al vertice dell'organizzazione aziendale e preposto, quale *alter ego* dell'imprenditore, alla direzione dell'intera azienda ovvero di un branca o settore autonomo di essa, ma anche nei confronti di quello non apicale, con esclusione solamente dei soggetti per i quali l'attribuzione della qualifica era avvenuta, sulla base di una convenzione individuale, in deroga ai principi di legge e alla normativa contrattuale collettiva (cfr., da ultimo, Cass., Ss.Uu., 30 marzo 2007, n. 7880), ha osservato che la tesi secondo cui la società avrebbe sottratto al dipendente le prerogative dirigenziali per le quali era stato assunto, attribuendo con l'atto deliberativo del 28 novembre 1994 la gestione operativa della società al dott. S. I., non appariva condivisibile; ciò in quanto la circostanza che l'attività lavorativa svolta dal N. fosse subordinata alle direttive del predetto S. non appariva inconciliabile con il permanere della qualifica di dirigente, proprio perché la qualifica di dirigente non presupponeva una posizione apicale assoluta, dovendosi ritenere che la presenza di una pluralità di dirigenti di diversi livelli, con graduazione di compiti, era assolutamente compatibile con la complessità delle attuali organizzazioni aziendali. E pertanto, stante la indubbia qualità e autonomia delle mansioni svolte dal N. quale preposto all'impianto biologico, di accertata notevole importanza nella struttura aziendale, con assunzione di responsabilità operativa e di legge nei confronti della società e dei terzi, non poteva dubitarsi del permanere in capo allo stesso, anche sul piano operativo, della qualifica dirigenziale e quindi dell'appartenenza alla categoria dirigenziale.

Non è, dunque, esatto che la Corte di merito non ha motivato le ragioni del proprio convincimento e che non abbia considerato il contenuto della delib. 28 novembre 1994.

Quanto alla questione dell'esistenza o meno di più rami di azienda e alla deduzione del ricorrente incidentale secondo la quale l'impianto biologico non costituirebbe – come affermato in sentenza – «uno dei rami più importanti dell'impresa» ma l'unica attività della stessa, osserva il Collegio che trattasi di un accertamento in fatto, superato, in ogni caso, dalla sopra rilevata e non contestata «indubbia qualità e autonomia delle mansioni svolte dal N. quale preposto all'impianto biologico con assunzione di responsabilità operativa e di legge nei confronti della società e dei terzi».

Il ricorso incidentale va, pertanto, rigettato.

Con il primo motivo del ricorso principale la società Ias denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1322, 1363, 1366, 1371, 1374, 1375 e 2106 cod. civ. con riguardo all'art. 22 del Ccnl per i dirigenti industriali,

nonché insufficiente e/o contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia (art. 360 cod. proc. civ., nn. 3 e 5).

Osserva che la Corte d'Appello di Catania, nella sentenza impugnata, si è uniformata erroneamente e con motivazione inadeguata e/o insufficiente al criterio per cui la nozione di giustificatezza del licenziamento di dirigente industriale derivante dalla contrattazione collettiva, pur non coincidendo con quella legale di giustificato motivo, soggettivo e oggettivo, di cui alla legge 15 luglio 1966, n. 604, art. 3, debba essere qualificata, oltre che dalla non arbitrarietà e non discriminatorietà, anche da ragionevolezza e serietà del motivo di licenziamento, da accertarsi secondo un equo temperamento dei contrapposti interessi *ex* art. 1371 cod. civ.

Così facendo il giudice d'appello sarebbe incorso nella palese violazione e falsa applicazione dell'art. 1375 cod. civ., male interpretando, altresì, il contenuto della norma di cui all'art. 22 del Ccnl per i dirigenti industriali, laddove è richiesta, per il licenziamento del dirigente, la forma scritta, con l'ulteriore previsione che l'azienda «è tenuta a specificarne contestualmente la motivazione».

Il motivo è fondato.

La ormai consolidata giurisprudenza di legittimità, infatti, ha sempre inteso ancorare il contenuto della giustificatezza al principio generale, mutuato da norma positiva (art. 1375 cod. civ.), dell'esecuzione del contratto secondo buona fede, con conseguente sanzionabilità, attraverso la tutela obbligatoria prevista dal contratto, del solo recesso puramente irrazionale o pretestuoso, e con accesso al regime della nullità (*ex* legge n. 108 del 1990, art. 3) per il caso di licenziamento come atto discriminatorio. È stato, pertanto, ripetutamente affermato che, considerato il particolare modo di configurarsi del rapporto di lavoro dirigenziale, la nozione di giustificatezza del dirigente non si identifica con quella di giusta causa o giustificato motivo del recesso del datore di lavoro *ex* legge n. 604 del 1966, art. 1; conseguentemente, fatti o condotte non integranti tali fattispecie con riguardo ai generali rapporti di lavoro subordinato ben possono giustificare il licenziamento, per cui, ai fini della giustificatezza del medesimo, può rilevare qualsiasi motivo, purché apprezzabile sul piano del diritto, idoneo a turbare il legame di fiducia con il datore, nel cui ambito rientra l'ampiezza dei poteri attribuiti al dirigente (*ex plurimis*, Cass. 20 novembre 2006, n. 24591; Cass. 19 agosto 2005, n. 17039).

Nella specie, la Corte di merito non ha tenuto conto della sopra richiamata e pienamente condivisibile giurisprudenza di legittimità.

Non si è attenuta ai principi di diritto da essa enucleati e di conseguenza non ha esaminato nel senso da essa richiesto la condotta globalmente addebitata al N. nell'ottica della lesione del rapporto fiduciario indipendente-

mente dalla possibilità di una prosecuzione provvisoria o meno del rapporto di lavoro subordinato a livello dirigenziale.

Trattasi di punto decisivo della controversia in quanto i vizi rilevati inficiano alla base l'intera successiva motivazione della sentenza vertente sull'accertamento dei fatti.

L'accoglimento dell'esaminato motivo rende superfluo l'esame del secondo – con cui si deduce vizio di motivazione e violazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. – in quanto proposto dalla società ricorrente in caso di rigetto del primo. Con il terzo motivo, la Società, denunciando omessa motivazione e violazione dell'art. 429 cod. proc. civ., in relazione alla violazione dell'art. 100 cod. proc. civ., lamenta che la Corte di Catania, dopo avere confermato la ingiustificatezza del licenziamento del N., in accoglimento del secondo motivo dell'appello principale l'aveva condannata al pagamento, sulla somma dovuta a titolo di indennità sostitutiva del preavviso, della rivalutazione monetaria e degli interessi legali sulle somme via via rivalutate, dalla data di maturazione del diritto sino all'effettivo soddisfo. Così statuendo – prosegue la ricorrente – i giudici d'appello hanno del tutto omesso di considerare che (e di motivare su un punto di tanta rilevanza), alla stregua di quanto da essa dedotto nel corso del giudizio d'appello, doveva ritenersi venuto meno ogni interesse dell'appellante sig. N. all'accoglimento del motivo, con conseguente dichiarazione di cessazione della materia del contendere, essendo l'indennità sostitutiva del preavviso (al cui pagamento aveva condannato il Tribunale di Siracusa) già stata erogata al dirigente per ben due volte, come evidenziato nelle note depositate per l'udienza del 10 luglio 2003: una prima volta coeivamente allo stesso licenziamento, e una seconda volta (oltre interessi legali dal licenziamento al soddisfo), per un mero errore materiale, del tutto indebitamente, a seguito della sentenza di condanna di primo grado. Pertanto – aggiunge la società – a parte, dunque, l'indebito che aveva arrecato al N. un arricchimento senza causa e ingiustificato, e per il quale si era documentato di avere proposto azione di ripetizione, era, dunque, evidente che la richiesta di condanna al pagamento di interessi e rivalutazione su di un credito che si era documentato essere stato estinto (due volte, di cui la prima volta nel momento della sua stessa maturazione), era del tutto priva di consistenza e la relativa statuizione priva di motivazione.

Il motivo è all'evidenza fondato, mancando del tutto nella impugnata decisione argomentazioni a sostegno delle decisioni sul punto.

Il ricorso principale va, dunque, accolto per le esposte ragioni con annullamento della impugnata decisione e rinvio per il riesame ad altro giudice d'appello, come designato in dispositivo, che provvederà anche alla regolamentazione delle spese di questo giudizio.

(Omissis)

(1) LICENZIAMENTO DEL DIRIGENTE E NOZIONE DI GIUSTIFICATEZZA

Con ricorso al giudice del lavoro il sig. N. M. esprimeva di essere stato assunto dalla società Ias con la qualifica di dirigente e che, successivamente, la società aveva assunto un direttore generale; conseguenza di ciò erano stati il mantenimento solo formale delle funzioni dirigenziali e la sottoposizione gerarchica al direttore generale. Aggiungeva che gli erano state contestate per iscritto una serie di infrazioni e irregolarità e che, malgrado avesse presentato le proprie giustificazioni, la società aveva provveduto al licenziamento. Ciò premesso, il ricorrente, rilevando come la posizione da egli ricoperta non fosse quella di dirigente, eccepeva che il licenziamento sarebbe stato comunicato fuori termine e che le contestazioni addebitategli sarebbero state carenti dei requisiti di tempestività, specificità e, comunque, non inerenti ad ambiti di responsabilità a lui attribuibili, con conseguente tutela *ex lege* n. 300/1970 e legge n. 108/1990. Si costituiva la società convenuta contestando quanto affermato dal lavoratore. Il Tribunale, ritenuta la qualità di dirigente del lavoratore, dichiarava l'illegittimità del licenziamento intimatogli e condannava la società al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso. Contro tale decisione proponeva appello il sig. N. chiedendo l'accoglimento delle domande spiegate nel ricorso introduttivo. Si costituiva la società contestando il gravame e rilevando, con appello incidentale, l'erroneità, sotto altri profili, della decisione di primo grado. Con sentenza l'adita Corte d'Appello rigettava il proposto appello incidentale, confermando ingiustificatezza del licenziamento, e condannava la società al pagamento degli interessi e rivalutazione monetaria sulla somma dovuta a titolo di indennità sostitutiva del preavviso. Entrambe le parti proponevano ricorso per Cassazione deciso con la sentenza in epigrafe.

La sentenza che si annota, nonostante l'estrema sintesi dell'apparato argomentativo, offre lo spunto all'interprete per trattare alcuni interessanti aspetti concernenti la risoluzione del rapporto dirigenziale.

In primo luogo la Corte conferma il principio della libera recedibilità dal rapporto dirigenziale con conseguente non applicazione dell'art. 18 della legge n. 300. È noto, infatti, che, poiché l'art. 10 della legge n. 604/1966 menziona solo gli operai e gli impiegati (ai quali sono equiparati anche i quadri ai sensi della legge n. 190/1985), il licenziamento dei dirigenti è libero. Tale esclusione di tutela è stata ritenuta costituzionalmente legittima in forza dello stretto vincolo fiduciario che caratterizza il rapporto dirigenziale (Corte Cost. n. 121/1972; Corte Cost. n. 309/1992; Corte Cost. n. 404/1992; Corte Cost. n. 225/1994); esclusione che peraltro non riguarda i cosiddetti pseudo-dirigenti, ovvero coloro che, seppur formalmente qualificati come tali, per le mansioni effettivamente svolte e per il ruolo ricoperto nell'organizzazione aziendale risultano essere effettivamente inquadrabili, alla luce delle disposizioni della contrattazione collettiva, nelle categorie dei quadri o degli impiegati (*Ex multis*, Cass. n. 27464/2006; Cass. n. 5526/2003; Cass. n. 3056/1998).

Inoltre la Suprema Corte, richiamando esplicitamente la sentenza delle Sezioni Unite n. 7880/2007 (In q. *Riv.*, 2007, II, p. 630), ribadisce l'applicabilità all'intera categoria dirigenziale della disciplina vincolistica di cui all'art. 7 Stat. lav. La decisione da ultimo citata, nel riportare a unità i contrapposti orientamenti nati all'interno della S.C., ha, infatti, individuato i principi base per l'applicazione dell'art. 7, cit., ai dirigenti, stabilendo l'applicazione dello stesso articolo all'intera categoria e rifiutando la

distinzione fra dirigente apicale e non apicale. La citata sentenza, oltre a individuare il canone ermeneutico per la distinzione fra dirigente e pseudo-dirigente nella classificazione posta dalla contrattazione collettiva, sancisce l'applicabilità della sola sanzione di area in caso di violazione della procedura statutaria, rifiutando la tesi della nullità del licenziamento, con conseguente diritto del dirigente alla sola indennità prevista dalla contrattazione collettiva.

Da ultimo, la sentenza che si annota offre l'occasione per delineare i contorni del concetto di giustificatezza del licenziamento del dirigente. È noto, infatti, come per contrastare la recedibilità *ad nutum* del rapporto dirigenziale la contrattazione collettiva abbia elaborato forme di tutela convenzionale atte a indennizzare il *manager* arbitrariamente licenziato. Tra tali tutele v'è la predisposizione di un'indennità supplementare delle spettanze contrattuali in caso di riconoscimento dell'ingiustificatezza del licenziamento.

L'introduzione della tutela prevista dalla contrattazione collettiva ha posto dottrina e giurisprudenza davanti al problema della differenziazione o della sovrapponibilità della nozione di giustificatezza del recesso con quelle di giusta causa e giustificato motivo previste dal codice. Sino alla metà degli anni ottanta la giurisprudenza si era espressa in termini di sovrapponibilità della nozione di giustificatezza a quella di giustificato motivo di recesso. Più recentemente i giudici, sia di legittimità che di merito, con orientamento a cui la sentenza in commento mostra di aderire, hanno affermato che la giustificatezza del licenziamento del dirigente coprirebbe un'area ben più estesa di quella coperta dal licenziamento per giustificato motivo sia oggettivo che soggettivo. Si afferma così che: «La specialità della posizione assunta dal dirigente nell'ambito dell'organizzazione aziendale impedisce una identificazione tra la nozione di "giustificatezza" del licenziamento ai fini dell'indennità supplementare spettante alla stregua della contrattazione collettiva al dirigente e quella di "giusta causa" o "giustificato motivo" del licenziamento del lavoratore subordinato a norma della legge n. 604 del 1966; ne consegue che fatti o condotte non integranti giusta causa o giustificato motivo, con riguardo al rapporto di lavoro in generale, possono giustificare il licenziamento del dirigente...» (Cass. n. 22/2000, cui *adde* Cass. n. 27197/2006). Tale differenziazione di trattamento è il diretto risultato dell'applicazione, quale criterio ermeneutico delle disposizioni contrattuali, della differenza ontologica tra il rapporto lavorativo dirigenziale e quello dei restanti lavoratori subordinati. Tale differenziazione è stata rimarcata dalla Suprema Corte, la quale, pur riconoscendo apertamente il ruolo primario della contrattazione collettiva, ha esplicitamente affermato che: «È consentito, attraverso la contrattazione collettiva, incidere sulla regolamentazione del rapporto di lavoro del dirigente, equiparando il trattamento allo stesso riservato a quello previsto per gli altri lavoratori subordinati, purché tale equiparazione attenga a istituti che non snaturino il particolare rapporto che intercorre tra datore di lavoro e dirigente. Non è, pertanto, consentita una totale equiparazione di disciplina, o un accostamento delle normative per via convenzionale, con riguardo ad aspetti qualificanti il predetto rapporto. Diversamente risulterebbe annullata quella peculiare collocazione che, all'interno dell'organizzazione aziendale, ha il dirigente rispetto al potere dell'imprenditore» (Cass. n. 300/1998).

Posta, quindi – per i motivi sopra esposti –, l'impossibilità dell'equiparazione delle nozioni di giustificato motivo e di giustificatezza, resta da identificare quali sono i

confini entro i quali è possibile rinvenire un licenziamento giustificato con conseguente esclusione del diritto del dirigente all'indennità supplementare. Dato atto della mancanza di una definizione in sede di contrattazione collettiva occorre far riferimento, in modo interpretativo, alle pronunce giurisprudenziali che si sono susseguite negli anni. A tal fine appare opportuno rammentare quanto l'elemento fiduciario permei il rapporto di lavoro dirigenziale, tanto da richiederne una costante e ininterrotta permanenza nell'ambito del rapporto stesso. Proprio in relazione alla necessaria continuità della fiducia la Suprema Corte si è espressa nel seguente modo: «la ricorrenza della giustificatazza dell'atto risolutivo – ancor più strettamente vincolata al carattere fiduciario del rapporto di lavoro dirigenziale – è da correlare alla presenza di valide ragioni di cessazione del rapporto lavorativo, come tali apprezzabili sotto il profilo della correttezza e della buona fede, sicché non giustificato è il licenziamento per ragioni meramente pretestuose, al limite della discriminazione, ovvero anche del tutto irrispettoso delle regole procedurali che assicurano la correttezza dell'esercizio del diritto» (Cass. n. 11691/2005). Diversi sono stati, quindi, i criteri di identificazione della nozione di giustificatazza adottati. La S.C. ha inteso «La giustificatazza del licenziamento del dirigente d'azienda [...] come divieto di atti lesivi del valore della dignità umana di cui all'art. 41, comma 2, Cost.» (Cass. n. 3000/1998). Successivamente il giudice di legittimità si è espresso per una nozione di licenziamento in cui «può rilevare qualsiasi motivo, purché giustificato, ossia costituente base di una decisione coerente e sorretto da motivi apprezzabili sul piano del diritto, i quali non richiedono l'analitica verifica di specifiche condizioni, ma una globale valutazione che escluda l'arbitrarietà del licenziamento» (Cass. n. 6729/1999).

Daniele Costanzi

*Dottorando di ricerca in Autonomia individuale e autonomia collettiva
presso la Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Roma «Tor Vergata»*

CASSAZIONE, 6 settembre 2007, n. 18692, Sez. lav. – Pres. Senese, Est. De Matteis, P.M. Patrone – D. L. (avv. Sacchi) c. Rinaldi Ditta Sas (avv. Agosto).

Diff. Corte d'Appello Catanzaro, 10 febbraio 2004.

Lavoro subordinato – Doppia alienità – Lavoro tipologicamente subordinato – Onere della prova.

La prestazione di attività lavorativa onerosa all'interno dei locali dell'azienda, con materiali e attrezzature proprie della stessa e con modalità tipologiche proprie di un lavoratore subordinato in relazione alle caratteristiche delle mansioni (nella specie, commesso addetto alla vendita), comporta una presunzione di subordinazione, che è onere del datore di lavoro vincere. (1)

(*Omissis*)

Il Tribunale di Catanzaro, in funzione di giudice del lavoro, con sentenza 28 settembre 2001, decidendo sul ricorso proposto il 26 gennaio 1996, ha condannato la Sas Rinaldi a pagare a L. D. lire 28.480.657, a titolo di differenze retributive per il rapporto di lavoro subordinato svolto con mansioni di commesso dal 1° giugno 1992 al 17 gennaio 1995 presso il negozio di abbigliamento della convenuta.

La Corte d'Appello di Catanzaro, con sentenza 27 marzo 2003/10 febbraio 2004, n. 187, in accoglimento dell'appello della società, ha rigettato la domanda del L., ritenendo che il L. non avesse fornito la prova della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione il L., con unico motivo, illustrato da memoria ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.

La intimata si è costituita con controricorso, resistendo.

(*Omissis*)

Il motivo è fondato in entrambe le censure.

Sussiste in primo luogo contraddittorietà di motivazione.

La sentenza impugnata ha dato atto che i due testi escussi, clienti della Rinaldi, hanno riferito di avere constatato che il L. negli anni 1992-1995 aveva svolto mansioni di commesso all'interno dei locali della convenuta, ma ha ritenuto contraddittoriamente che non vi sia la prova delle mansioni in concreto espletate; ha aggiunto che in mancanza di tale prova, nonché di quella dell'orario di lavoro osservato, della sottoposizione al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, doveva essere accolta la tesi della convenuta che sostiene essersi trattato di prestazione «assimilabile» a quella del commesso e per tale ragione collaborazione saltuaria e occasionale retribuita volta per volta secondo accordi.

L'affermazione tralaticia di questa Corte, secondo cui non esiste una materia ontologicamente devoluta alla subordinazione o all'autonomia, sicché la medesima attività lavorativa può essere svolta per i più diversi titoli giuridici (nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, o autonomo, o associativo, o societario, o per causa gratuita ecc.), deve essere rettivamente intesa. Essa significa che molte attività possono essere svolte o in regime di subordinazione o in regime di autonomia, o per altro titolo, a seconda di come concretamente si configuri la prestazione, in dipendenza dalla volontà delle parti e dalle condizioni oggettive.

(*Omissis*)

Alcune volte la volontà delle parti nulla può contro certe modalità esigite dal processo tecnologico applicato alla produzione del bene o servizio richiesto: il lavoro di fabbrica è il prototipo del lavoro subordinato, e sarebbe vano nominare autonomo il lavoro alla catena di produzione.

Analogamente l'esecuzione del lavoro all'interno della struttura dell'impresa con materiali e attrezzature proprie della stessa costituisce un forte indizio, che concorre a dar luogo al giudizio di sintesi sulla subordinazione (Cass. 2 settembre 2000, n. 11502; Cass. 25 maggio 2004, n. 10043; vedi art. 1, comma 3, legge 18 dicembre 1973, n. 877, e Cass. 22 aprile 2002, n. 5840; per l'affermazione del metodo tipologico nella valutazione della onerosità e della subordinazione nei casi *border line* vedi Cass. 9 febbraio 1996, n. 1024, Cass. 20 marzo 2001, n. 3975).

L'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, che il L. svolgeva mansioni di commesso nei locali della ditta, significa che questi svolgeva, all'interno dei locali aziendali, una prestazione con modalità lavorative proprie di un commesso, e cioè di una figura tipologicamente subordinata.

(*Omissis*)

La sentenza impugnata parla attecnicamente di collaborazione saltuaria e occasionale (con il che sembrerebbe che voglia configurare la prestazione come autonoma), ma non si avvede che queste espressioni hanno un ben preciso significato tecnico giuridico.

Il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, invocato dal ricorrente, prevede, nella stagione cd. della flessibilità, rigorosi requisiti formali per le tipologie contrattuali, anche connotate dall'autonomia, diverse dal rapporto di lavoro subordinato (art. 62 per il contratto a progetto, art. 35 per il lavoro intermittente, art. 56 per il contratto di inserimento, artt. 70 ss. per le prestazioni occasionali di tipo accessorio ecc.).

(*Omissis*)

Non sussisteva e non sussiste pertanto nel nostro ordinamento, neppure dopo le recenti riforme del mercato del lavoro, quella libertà indiscriminata e incontrollabile di sussunzione della prestazione lavorativa in un modello

contrattuale informale e di relativa remunerazione che il giudice d'appello ha posto a base della propria decisione.

(*Omissis*)

Sussiste conseguentemente la violazione di legge (art. 2697 cod. civ.), per avere la sentenza impugnata posto a carico del lavoratore la prova delle condizioni legittimanti la pretesa (dalla resistente) precarietà della prestazione. Colui che pretende la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato deve provare l'essenza della subordinazione (secondo i ben noti criteri enunciati da questa Corte), attraverso gli indici sintomatici che conducono al giudizio di sintesi sopra detto e la rendono così ostensibile nel mondo fenomenico; non deve necessariamente provare la prestazione a tempo indeterminato (potendosi avere rapporto di lavoro subordinato anche per periodi brevissimi, specie nel settore del commercio in cui opera la resistente: legge 24 novembre 1978, n. 737; legge 26 novembre 1979, n. 598; d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525); è colui che oppone rapporti di lavoro diversi dal rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato che deve provare i requisiti formali richiesti dalla legge per il diverso rapporto.

Il ricorso va pertanto accolto, la sentenza impugnata cassata, e gli atti trasmessi alla Corte d'Appello di Reggio Calabria, la quale deciderà la causa attenendosi ai due seguenti principi di diritto: «La prestazione di attività lavorativa onerosa, all'interno dei locali dell'azienda, con materiali e attrezzature proprie della stessa, e con modalità tipologiche proprie di un lavoratore subordinato, in relazione alle caratteristiche delle mansioni svolte (nella specie commesso addetto alla vendita), comporta una presunzione di subordinazione che è onere di controparte vincere». 2. «Una volta provata la subordinazione, è onere del datore di lavoro provare i requisiti formali richiesti dalla legge per le tipologie contrattuali diverse dal rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato».

(*Omissis*)

(1) LA CORTE DI CASSAZIONE E LA QUALIFICAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO: «DOPPIA ALIENITÀ», «LAVORO TIPOLOGICAMENTE SUBORDINATO» E VALORIZZAZIONE DEI «LEGAMI PERSONALI»

1. — *L'attività di commesso in un negozio di abbigliamento: riflessioni sul metodo interpretativo* — L'originalità delle conclusioni cui perviene la Suprema Corte nella sentenza in commento si apprezza sia sul piano del metodo, sia nel merito dell'interpretazione proposta, anche se la fattispecie concreta è alquanto ordinaria. Il Tribunale di Catanzaro accertava l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato in relazione all'attività di commesso svolta in un negozio di abbigliamento. A seguito del gravame proposto dalla società, i giudici della Corte d'Appello di Catanzaro affermavano, invece, che il lavoratore non aveva fornito la prova della sussistenza del vincolo di subordinazione. Per quanto concerne il metodo interpretativo, va posto in evidenza l'approc-

cio utilizzato dalla Cassazione, che, senza porsi in aperto contrasto con i principi già espressi, intende chiarire alcune questioni, contestando l'effetto conformativo e omologante che i consolidati orientamenti producono nella giurisprudenza di merito e di legittimità. Si tratta di una prassi che in materia di qualificazione del rapporto di lavoro ha cominciato, dapprima timidamente (Cass. 9 ottobre 2006, n. 21646, in q. *Riv.*, 2, 2007, pp. 144 ss.), ma successivamente con più forza, ad aprire una vera e propria breccia nella giurisprudenza di legittimità (Cass. 16 gennaio 2007, n. 820, in q. *Riv.*, 4, 2007, p. 654, con nota di A. Allamprese, *Subordinazione e doppia alienità: la Cassazione batte un colpo*). Senza entrare, per adesso, nel merito dell'interpretazione avallata in queste sentenze, va rilevato che l'uso di un percorso argomentativo che travalica le consuete ricostruzioni proposte dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria costituisce il segnale evidente che di subordinazione si è già detto tutto, ma che troppo ancora c'è da dire. Nella sentenza in commento la Cassazione ammonisce, con fare severo, i giudici di legittimità in relazione al «tralaticio» orientamento secondo cui la medesima attività lavorativa può essere svolta in virtù di diversi titoli giuridici (*Ex multis*, Cass. 11 febbraio 2004, n. 2622; Cass. 10 maggio 2003, n. 7171; Cass. 3 aprile 2000, n. 4036). Questa «tralaticia» posizione, a parere del Collegio, deve essere «rettamente intesa». Viene, infatti, puntualizzato che la frattura esistente tra la volontà delle parti e le concrete modalità di svolgimento della prestazione non può essere colmata ricorrendo all'illusorio criterio che qualsiasi attività umana può essere eseguita in forza di diversi titoli giuridici, ossia nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato o autonomo, associativo, societario o per causa gratuita.

Queste affermazioni, a dire il vero, non sembrano discostarsi dal principio secondo cui l'opera di qualificazione di un rapporto di lavoro in termini di subordinazione o autonomia si risolve, in ogni caso, in un'attività di interpretazione della volontà contrattuale delle parti (Cfr. L. Menghini, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 21, 1998, p. 158). La Corte ha usato espressioni ellittiche: non vi può essere contrasto tra la volontà delle parti e le modalità di svolgimento del rapporto, poiché queste ultime non fanno altro che palesare l'effettiva volontà dei contraenti; probabilmente intendeva soltanto aggiungere, rispetto alla tradizionale affermazione sopra riportata, e come sarà meglio precisato in seguito, che in certi casi le modalità di svolgimento del rapporto si identificano così pienamente con il modello sociale di lavoro dipendente da costituire un'indicazione forte del fatto che le parti si sono accordate nel senso della subordinazione, a tal punto da consentire l'inversione dell'onere probatorio delle circostanze che rivelano un'intesa in tale direzione. La portata innovativa della pronuncia commentata, per quanto concerne il metodo prescelto, si rinviene, invece, nella ferma volontà di intendere rettamente espressioni ripetute frequentemente in giurisprudenza: non contraddire, ma, semmai, correggere e precisare, in alcuni punti fondamentali, le posizioni prevalenti.

2. — *Il procedimento di qualificazione: «doppia alienità» e «lavoro tipologicamente subordinato»* — Se si passa ad analizzare il merito delle conclusioni cui giunge la Corte, le spinte innovatrici appaiono più significative. L'articolata rete di criteri elaborata dalla Cassazione e adoperata dai giudici di merito viene del tutto trascurata. Manca, infatti, qualsivoglia riferimento agli indici essenziali interni, quali l'esistenza dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive, al potere disciplinare e di controllo

del datore di lavoro, agli indici essenziali esterni, ossia l'inserimento, la collaborazione e la continuità della prestazione lavorativa, e, infine, agli indici meramente sussidiari, come il vincolo di orario, le modalità della retribuzione o il *nomen iuris* attribuito dalle parti al rapporto contestato [Cfr. F. Lunardon, *La subordinazione*, in C. Cester, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. Carinci (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, vol. II, tomo I, Torino, Utet, 2007, pp. 8 ss.]. Nella sentenza in commento, invece, i giudici costruiscono l'architettura del proprio percorso esegetico basandosi, da un lato, su un criterio recentemente riscoperto dalla giurisprudenza di legittimità, ossia quello della «doppia alienità» del lavoratore rispetto all'organizzazione produttiva e al risultato (Cfr. Cass. 9 ottobre 2006, n. 21646, e Cass. 16 gennaio 2007, n. 820, già citate), e, dall'altro, sulla nozione di «lavoro tipologicamente subordinato». Le considerazioni svolte nella pronuncia qui esaminata confermano l'impressione che il colpo d'ala inferto dalle sentenze appena menzionate non costituisce «una rondine che non fa primavera» (Si è auspicato, infatti, che il criterio della doppia alienità venga utilizzato anche nei giudizi vertenti sulla qualificazione del rapporto «di uno dei tanti poveri cristi dei cd. nuovi lavori»; si veda M. Roccella, *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B.*, in *q. Riv.*, 2, 2007, p. 143).

Nella sentenza in epigrafe si ricorre a un giudizio di presunzione sia per qualificare il rapporto controverso, sia in materia di onere della prova. Per quanto concerne il primo profilo, la Corte, al fine di verificare la sussistenza della subordinazione, utilizza un indice assorbente rispetto ai consueti criteri e indipendente dal vincolo di soggezione/eterodeterminazione concretamente esistente tra datore e prestatore di lavoro, bensì collegato «alle modalità imposte dal processo tecnologico»: si sostiene, infatti, che «il lavoro di fabbrica è il prototipo del lavoro subordinato, e sarebbe vano nominare autonomo il lavoro alla catena di produzione». In forza di questo procedimento di qualificazione presuntivo, viene individuata la figura del lavoratore «tipologicamente subordinato»: pertanto, colui che esegue l'attività di commesso nei locali della ditta, come nel caso del ricorrente, non può che aver svolto le mansioni proprie del commesso, e cioè le mansioni di «una figura tipologicamente subordinata». Ma l'approccio innovativo non si apprezza soltanto nella fase *costruens* del percorso esegetico, bensì anche nella parte in cui vengono vagliate le argomentazioni della difesa della società accolte dai giudici di secondo grado. Alla Corte d'Appello non si risparmiavano critiche in merito al procedimento di sussunzione della fattispecie concreta in un rapporto tipizzato dalla legge: la mancata prova dell'esistenza dell'inserzione continuativa del lavoratore nella realtà produttiva datoriale non è, infatti, un elemento sufficiente affinché si possa collocare la prestazione del ricorrente nella palude delle collaborazioni saltuarie e occasionali. Anche in relazione ai presupposti su cui basare il metodo di sussunzione, la Corte di Cassazione ricorre a criteri presuntivi, evitando, cioè, di riferirsi alle modalità concrete con cui il lavoratore ha svolto le mansioni di commesso. Nonostante le modifiche apportate dal d.lgs. n. 276/2003, secondo i giudici di legittimità, «il legislatore della flessibilità» richiede rigorosi requisiti formali anche per le tipologie contrattuali connotate dall'elemento dell'autonomia e diverse dal rapporto di lavoro subordinato, sicché può dirsi che non sussisteva e non sussiste nel nostro ordinamento la libertà indiscriminata e incontrollabile di sussunzione della prestazione lavorativa in un modello contrattuale informale. Viene, dunque, avvertito come scorretto un metodo

interpretativo che non individua come modello di lavoro socialmente prevalente il lavoro subordinato e che, addirittura, pretende di compiere operazioni di sussunzione delle fattispecie concrete ibride nelle nuove figure introdotte dal legislatore, ignorando che anche queste sono soggette a determinati vincoli formali.

3. — *Onere probatorio e la presunzione di subordinazione* — Questa impostazione di metodo e di merito condiziona anche la parte finale della sentenza in materia di onere probatorio. È noto che il tema della prova della subordinazione riveste una posizione ancillare rispetto al problema della qualificazione della fattispecie, facendo, peraltro, registrare discordi conclusioni. In luogo del principio del *favor lavoratoris* utilizzato dalla giurisprudenza di merito (Pret. Foggia, 7 marzo 1985, in *Inform. prev.*, 1985, p. 751; Trib. Ascoli Piceno, 19 novembre 1998, in *Dir. lav. Marche*, 1, 1998, p. 65), nella maggior parte dei casi, è prevalso l'orientamento secondo cui compete all'attore fornire la prova rigorosa dei fatti riguardanti la reale esecuzione del rapporto che depongono a favore dell'esistenza della subordinazione (Tra le tante, Cass. 15 febbraio 1997, n. 1427; Cass. 24 febbraio 2006, n. 4171, in *Foro it.*, 2007, I, c. 93; Cass. 6 marzo 2006, n. 4761).

Malgrado non si contraddicano espressamente questi principi, nella sentenza in epigrafe si sancisce, tuttavia, che la prestazione di attività lavorativa onerosa svolta all'interno dei locali dell'azienda, con materiali e attrezzature appartenenti alla stessa e con modalità tipologiche proprie di un lavoratore subordinato, comporta «una presunzione di subordinazione» che è onere del datore di lavoro vincere. Ma vi è di più. Secondo i giudici di legittimità, la prova della sussistenza di una prestazione a tempo indeterminato non è un elemento decisivo che il lavoratore deve dimostrare in giudizio. Ancora una volta, in questa pronuncia, si utilizzano criteri presuntivi, poiché la Cassazione richiama le caratteristiche intrinseche del settore in cui operava il lavoratore: nell'ambito del commercio, infatti, sono molto diffusi i rapporti di lavoro subordinato anche di durata molto breve. In forza di queste argomentazioni, si afferma il principio secondo cui deve essere colui il quale asserisce l'esistenza di rapporti diversi da quello subordinato a dover dimostrare in giudizio la sussistenza di queste tipologie di lavoro. In merito a queste conclusioni, peraltro, non si può fare a meno di notare che le stesse non sono suscettibili di una generalizzata applicazione. La presunzione di subordinazione avallata in questa sentenza, infatti, difficilmente potrebbe essere utilizzata allorché l'ibrida natura del rapporto di lavoro concretamente attuato dalle parti ne impedisca la collocazione nella fattispecie del «lavoro tipologicamente subordinato». E poiché sono questi i casi generalmente sottoposti all'attenzione dei giudici, si deve anche aggiungere che la soluzione della Corte non pare essere destinata a frequenti applicazioni.

4. — *Subordinazione e «legami personali»* — Esaurita questa breve disamina sul contenuto della sentenza, alcune riflessioni si rendono necessarie. In senso positivo, si apprezza l'intento dei giudici di non omologarsi acriticamente a orientamenti ritenuti consolidati, a dimostrazione del fatto che sono possibili o, per meglio dire, auspicabili interpretazioni diverse che, in modo problematico, riportano il baricentro del dibattito giurisprudenziale su questioni considerate risolte. Allo stesso tempo, le conclusioni cui approda il Supremo Collegio possono costituire un motivo di riflessione in dottri-

na, soprattutto in prospettiva *de iure condendo*. Le mai sopite discussioni e il succedersi di progetti di riforma, da un lato, rappresentano il sintomo evidente che occorre trovare nuovi strumenti di tutela in favore di coloro che operano nella «zona grigia» tra lavoro autonomo e subordinato (Cfr. V. Speciale, *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, «contratti atipici» e possibili riforme*, in *Working Papers Csdle «Massimo D'Antona»*, It. n. 51/2007, p. 62), e, dall'altro, testimoniano che le opposte ricostruzioni elaborate dalla dottrina sul tema della subordinazione lasciano, in ogni caso, inappagati. Il rischio è che l'insoddisfazione scaturita dalla secca alternativa tra «subordinazione tecnico-funzionale», fondata sulla nozione di eterodeterminazione e, dunque, di permanente disponibilità del lavoratore a eseguire le istruzioni, anche potenziali, del datore di lavoro (Cfr. R. De Luca Tamajo, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2, 2005, pp. 470 ss.), e «subordinazione in senso stretto», caratterizzata dall'estraneità del prestatore all'organizzazione e al risultato produttivo (Cfr. M. Roccella, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo oggi*, in *Working Papers Csdle «Massimo D'Antona»*, It. n. 65/2008, pp. 33 ss.), venga colmata da ricostruzioni che radicalizzano il dibattito. L'uso di indici presuntivi, come il «lavoro tipologicamente subordinato» e la nozione di «modello di lavoro socialmente prevalente», sia nella fase della qualificazione del rapporto sia in materia di onere probatorio, è un'operazione che non può essere utilizzata indiscriminatamente per uscire dalla palude della «zona grigia» tra lavoro autonomo e subordinato: la fattispecie sottoposta al giudizio della Corte nella sentenza in commento, infatti, si prestava a essere risolta con simili canoni, poiché non era caratterizzata da elementi di criticità in relazione all'incerta natura del rapporto realizzato dalle parti. Diversamente, un eventuale tentativo di proporre un approccio che risolva queste complesse questioni fondando il giudizio su criteri meramente presuntivi potrebbe lasciare ugualmente inappagato l'interprete e, quindi, svilire l'intenzione di portare il dibattito fuori da schemi ritenuti «tralatici». Se si vuole uscire dal selciato delle ricostruzioni «contrattualistiche», appare piuttosto auspicabile valorizzare il concetto di *relazione lavorativa*. La riconduzione della subordinazione al contratto di lavoro, ottenuta, talvolta, esaltando i poteri datoriali, talaltra, le situazioni di soggezione dei prestatori, è la pietra angolare su cui si è costruita la complessa architettura della nozione di lavoro subordinato (Cfr. M. Dell'Olio, *La subordinazione nell'esperienza italiana*, in *Arg. dir. lav.*, 3, 1998, p. 702). L'autorevolezza di queste consolidate interpretazioni alimenta non pochi timori in chi azzarda una differente lettura. E allora, per allentare la tensione, appare opportuno precisare che l'individuazione di un diverso approccio al tema non significa avere trovato la giusta soluzione del problema, ma semmai va valutata come un'occasione per parlare di subordinazione da altre prospettive: l'angolo prospettico che qui si vuole recuperare è quello della relazione di lavoro.

Dal dibattito sul campo di applicazione *ratione personae* della legislazione del lavoro derivano numerosi spunti di riflessione. È stata individuata, infatti, una categoria allargata di relazioni lavorative personali in cui il lavoro subordinato è senza dubbio la fattispecie più diffusa, ma non è necessariamente il paradigma predominante. Questa tipologia si basa sulla nozione di «lavoro svolto personalmente dal lavoratore» (M. Freedland, *From the contract of employment to the personal work nexus*, in *Industrial Law Journal*, 1, 2005, p. 1) in cui rilevano non solo i vincoli contrattuali tra le parti, bensì, in generale, un fascio di «legami personali» che possono anche non aver un fonda-

mento contrattuale e che caratterizzano le diverse fattispecie appartenenti alla categoria del «contratto personale di lavoro». Si sostiene, ad esempio, che nell'ambito del lavoro subordinato esistono «legami personali» del lavoratore, anche non contrattuali, ma giuridicamente rilevanti, in senso orizzontale, verticale o diagonale, ossia nei riguardi degli altri prestatori e dei dirigenti dell'impresa: ciò accade nel caso di responsabilità per molestie o discriminazioni subite dal lavoratore (M. Freedland, *Sur l'application du droit du travail et de l'emploi au-delà du contrat de travail*, in *Revue Internationale du Travail*, 1/2, 2007, p. 9). Da un'altra prospettiva, sono state proposte interpretazioni che, esaminando il nesso tra *employment relations* e *psychological contracts* (J. Latornell, *The Relationship between the «Psychological Contract» and «Employment Relations»*, in *Journal of Industrial Relations*, 2, 2007, p. 277), affermano la rilevanza tra le parti non solo del regolamento contrattuale, ma anche delle reciproche aspettative e aspirazioni che nascono dalla relazione di lavoro. Non essendo possibile esaminarne le diverse sfumature, va chiarito che la nozione di *psychological contract* si fonda sulle «promesse percepite» dalle parti e sulla «comunicazione di intenti futuri»: in particolare, due sono i fattori che determinano l'esistenza di un *psychological contract*, ovverosia i messaggi esternati dalla controparte datoriale e le personali interpretazioni e disposizioni (Per una riscoperta di questa nozione si confronti D. M. Rousseau, *Psychological and Implied Contracts in Organizations*, in *Employee Responsibilities and Rights Journal*, 2, 1989, p. 121). Malgrado la rilevanza tradizionalmente sociologica di questa categoria, si potrebbe sviluppare un'operazione di qualificazione delle fattispecie controverse, in cui non è facile rilevare la presenza dei tipici requisiti del contratto di lavoro subordinato, finalizzata anche ad accertare ed esaltare l'esistenza di reciproche aspirazioni e aspettative che rendono meritevole di tutela la posizione del lavoratore nei confronti del soggetto verso cui si nutrono. A titolo esemplificativo, utilizzando questa nozione, si è affermato che, nell'ambito del lavoro temporaneo tramite agenzia, nonostante l'assenza dei tipici requisiti del contratto di lavoro subordinato (potere disciplinare, *mutuality of obligation* ecc.), tra l'utilizzatore e il lavoratore temporaneo sussiste una *employment relationship*, ossia esistono reciproche aspettative e aspirazioni che consentirebbero di tutelare i lavoratori coinvolti anche nei confronti dell'altro soggetto verso cui si nutrono queste attese, ossia il datore di lavoro utilizzatore (Cfr. J. Druker, C. Stanworth, *Mutual expectations: a study of the three-way relationship between employment agencies, their client organisations and the white collar agency «temps»*, in *Industrial Relations Journal*, 1, 2004, p. 60). Non v'è dubbio che queste teorie hanno confini incerti e che, soprattutto, rendono più evanescenti i canoni di giudizio utilizzati nel procedimento di qualificazione; tuttavia, rispetto a interpretazioni che potrebbero privilegiare indiscriminatamente l'uso di criteri «presuntivi», ad avviso di chi scrive, si può tentare di contenere il giudizio di qualificazione nei limiti della relazione lavorativa, intesa, però, anche come insieme di aspettative e aspirazioni che rendono meritevole di tutela la posizione del lavoratore nei confronti del soggetto datoriale.

Maria Dolores Ferrara
Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro europeo
presso l'Università degli Studi di Catania

CORTE D'APPELLO TORINO, 28 novembre 2007, Sez. lav. – Pres. Peyron, Est. Ramella Trafighet – S. (avv.ti Picozzi e Pipola) c. Fiat Group Automobiles Spa (avv.ti De luca Tamajo, Bonamico e Dirutigliano).

Licenziamento individuale – Assenze reiterate e discontinue – Periodo di comportamento – Mancato superamento – Inidoneità fisica – Mancato accertamento – Giustificato motivo – Insussistenza – Adempimento parziale – Interesse – Perdita – Invocabilità – Esclusione.

Poiché le previsioni di cui all'art. 2110 cod. civ. hanno carattere di specialità sia rispetto alla norma generale sull'impossibilità parziale sopravvenuta della prestazione (art. 1464 cod. civ.), sia rispetto alla disciplina dei licenziamenti, in caso di assenze reiterate e discontinue, che non superino tuttavia il periodo di comportamento previsto dalla contrattazione collettiva, il datore di lavoro che non abbia fatto accertare l'inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore non può licenziarlo né sotto il profilo del giustificato motivo oggettivo, né sotto il profilo della perdita di un apprezzabile interesse alla sua prestazione ex art. 1464 cod. civ. (1)

(Omissis)

S. evocava in giudizio avanti al Tribunale di Torino la Fiat Auto Spa (ora Fiat Group Automobiles Spa), per cui aveva lavorato dal 16 dicembre 2003 al 9 giugno 2006 presso lo stabilimento di Pomigliano d'Arco, onde impugnare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo con effetto immediato irrogatogli con lettera 9 giugno 2006, chiedendo la reintegrazione in servizio e il risarcimento del danno anche alla salute.

Si costituiva la società, assumendo la legittimità del licenziamento stesso, atteso che le numerose assenze a singhiozzo del lavoratore avevano determinato i problemi organizzativi e produttivi di cui alla lettera di licenziamento, con il venir meno per il datore di lavoro di ogni interesse alla prosecuzione del lavoro.

Escussi i testi, esperita consulenza medico-legale sulla situazione di salute del lavoratore, il Tribunale adito, con sentenza 7 luglio 2007, respingeva la domanda. Avverso detta pronuncia propone appello il lavoratore, ribadendo le proprie conclusioni.

(Omissis)

La lettera di licenziamento 9 giugno 2006, della cui impugnazione qui si discute, era così formulata: «La frequenza, la cadenza e la durata delle assenze da lei maturate, rendono oggettivamente impossibile utilizzare proficuamente la sua prestazione di lavoro in relazione alle esigenze organizzative e produttive della nostra azienda. Per la suddetta ragione le comunichiamo che

è venuto meno definitivamente il nostro interesse a proseguire nel rapporto di lavoro in considerazione delle sue reiterate assenze per malattia che determinano una prestazione di lavoro discontinua e non più utile per l'azienda. Con la presente le comunichiamo il suo licenziamento per giustificato motivo oggettivo con effetto immediato, essendo ella dispensata dal prestare il periodo di preavviso, in luogo del quale verrà erogata l'indennità sostitutiva».

La formulazione della lettera riporta alla nozione generale di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e a quella ancor più generale di recesso da un rapporto a prestazioni corrispettive per sopravvenuto non interesse di una parte alla prosecuzione del rapporto di cui all'art. 1464 cod. civ.

Sia la difesa dell'appellata sia il primo giudice hanno interpretato la comunicazione soprattutto in relazione all'art. 1464 cod. civ.

La Corte ritiene, al riguardo, di fare alcune premesse.

In fatto, le assenze del lavoratore sono state discontinue, reiterate e a singhiozzo, senza peraltro superare il periodo di comporto previsto dalla contrattazione collettiva e senza dare origine, di per sé, ad alcuna contestazione disciplinare. Non risultano, infatti, assenze ingiustificate a seguito di visita di controllo, che non abbia confermato la patologia o non abbia reperito il lavoratore; del resto l'effettività delle patologie è stata confermata, in sede di discussione testimoniale, dal medico curante del S.

Le assenze del S. non hanno peraltro influito sul suo rendimento, non essendogli stato mosso alcun addebito di scarso rendimento né a livello disciplinare, né a livello oggettivo, come desumibile dalla stessa lettera di licenziamento, ove appunto non si fa alcun accenno al rendimento del lavoratore, ma unicamente a problemi organizzativi.

Sotto il profilo giuridico, è pacifico che il licenziamento non ha assunto connotati disciplinari; solo il primo giudice, là ove parla di assenze formalmente corrette ma sostanzialmente ingiustificate, introduce argomentazioni equivocate in tal senso (la difesa dell'appellante, in sede di discussione orale, ha parlato, al riguardo, di *slalom* tra istituti giuridici).

Pacifico anche che l'azienda non provvede ad accertare l'eventuale inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore ai sensi dell'art. 5 Stat. lav., né vi sono accertamenti del medico competente ai sensi del d.lgs. n. 626/1994.

Il primo giudice ha disposto, come già detto, consulenza medico-legale, onde accertare, anche sotto il profilo soggettivo, l'idoneità del lavoratore, soprattutto in relazione a una non discontinua prestazione futura. Il Ctu, dott. Milano, ha così concluso il suo accertamento: «Il lavoratore può in futuro rendere sotto il profilo della continuità una normale prestazione quale operaio generico di 3° livello nel settore metalmeccanico».

Nonostante tali conclusioni, il primo giudice ha ritenuto che sotto il profilo psichico, un lavoratore giovane e in buona salute, quale l'appellante, a-

vendo accumulato così tante assenze a singhiozzo, non garantisce una continuità di prestazione e fosse pertanto legittimo il venir meno dell'interesse del datore di lavoro alla sua prestazione.

Fatte queste premesse, sottolinea la Corte come effettivamente sia stato dimostrato in giudizio che l'eccessiva morbosità dei dipendenti assumeva connotati di particolare rilevanza nello stabilimento Fiat di Pomigliano d'Arco (vedi testi Mauriello, Moderno, Fassola, Lombardi, Feluca, il quale parla di punte del 50% per i mondiali di calcio del 2006); gli stessi testi hanno precisato che assenze al di sopra dell'11% creano problemi di organizzazione dei turni di lavoro. La difesa della società appellata, in sede di discussione orale, ha parlato di assenze che superavano i limiti della tollerabilità e della prevedibilità.

Tutti i testi parlano peraltro del problema in linea generale.

Il solo il teste Lombardi, responsabile relazioni sindacali, riferisce che istituire un operaio per le mansioni dell'appellante richiedeva tempo. Tali affermazioni sono peraltro smentite dal capo del ricorrente, teste Feluca, che precisa come le «mansioni del medesimo non richiedevano tanta competenza professionale». Lo stesso teste aggiunge di non ricordare se nei giorni di assenza del S. sia stata raggiunta la produzione programmata. Il teste Moderno, responsabile dell'unità di lastratura, reparto ove lavorava l'appellante, spiega che, quando era presente, «faceva la produzione prevista per la sua postazione» (ugualmente riferisce il suo diretto capo Feluca). Gli stessi testi riferiscono che gli operai percepivano regolarmente il premio di produzione.

Sulla base di tali risultanze, ritiene la Corte che il datore di lavoro non abbia in alcun modo provato che le assenze dell'appellante fossero più rilevanti, a livello organizzativo, di quelle dei colleghi. Si aggiunga che, a volere considerare il licenziamento intimato quale licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nessuna prova è stata altresì data da parte del datore di lavoro dell'impossibilità di altrimenti utilizzare il lavoratore.

Come già si è detto, più che al giustificato motivo oggettivo, la difesa dell'appellata si incentra soprattutto sulla sopravvenuta mancanza di interesse alla prestazione *ex art.* 1464 cod. civ.: mancanza di interesse collegato nella lettera di licenziamento alla presenza discontinua del lavoratore.

Il primo giudice ha accolto tale impostazione.

Non ritiene la Corte di condividere tale tesi.

Invero la S.C. ha costantemente affermato il principio secondo cui la normativa dell'art. 2110 cod. civ., riguardante la malattia del lavoratore, ha carattere di specialità sia rispetto alla norma generale dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1464 cod. civ.), sia alla disciplina limitativa dei licenziamenti, «con la conseguenza che, in dipendenza di tale specialità e del

contenuto derogatorio delle suddette regole, il datore di lavoro non può unilateralmente recedere o, comunque, far cessare il rapporto di lavoro prima del superamento dei limiti di tollerabilità dell'assenza (cosiddetto periodo di comportamento), predeterminato per legge, dalla disciplina collettiva o dagli usi» (vedi Cass. n. 19676/05, Cass. n. 17780/05, Cass. n. 15508/05, Cass. n. 5413/03).

La società appellata richiama estesamente una pronuncia della S.C. (n. 14065/1999) in cui è stata riconosciuta la legittimità del licenziamento *ex art. 3, legge n. 604/66, artt. 1463 e 1464 cod. civ.*, indipendentemente dal superamento del periodo di comportamento, quando «la sopravvenuta incapacità fisica abbia carattere definitivo e manchi un apprezzabile interesse del datore di lavoro alle future prestazioni ridotte del dipendente». Nella motivazione di tale pronuncia si precisa, peraltro, come netta sia la distinzione tra malattia e inidoneità al lavoro. Solo quest'ultima, che «ha carattere permanente o, quanto meno durata indeterminata o indeterminabile, non implica necessariamente l'impossibilità totale e consente la risoluzione del rapporto – ai sensi degli artt. 1256 e 1463 cod. civ. – indipendentemente dal superamento del periodo di comportamento». In tal caso, a detta del Suprema Corte, si verterebbe in una fattispecie autonoma rispetto a quella della malattia, non ravvisandosi il criterio di specialità dell'art. 2110 cod. civ. Peraltro, in caso di malattia, il principio di diritto enunciato in questa pronuncia, è sempre quello già sopra evidenziato della specialità dell'art. 2110 cod. civ., con la possibilità di recesso solo in caso di superamento del comportamento.

Anche a voler seguire tale impostazione, nel caso di specie, come già visto, l'azienda non aveva scelto di seguire la procedura di cui all'art. 5 Stat. lav., al fine di far accertare l'idoneità fisica del lavoratore e il consulente tecnico nominato nel giudizio di primo grado ha escluso tale inidoneità del lavoratore, con giudizio prognostico a valere anche per il futuro della sua utilizzabilità nelle mansioni attribuitegli. Né è condivisibile l'argomentazione del primo giudice, che, disattendendo tali risultanze, ha concluso per un'inidoneità psico-fisica per il solo fatto che egli fosse spesso assente. Si tratta, infatti, di un argomentare del tutto assiomatico, privo di alcun riscontro fattuale.

In assenza di un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta, che faccia venir meno l'interesse del datore di lavoro alla prestazione, anche secondo la giurisprudenza citata dalla società appellata, si torna all'ipotesi generale della malattia che non prevede il recesso se non in caso di superamento del periodo di comportamento.

Il licenziamento, sia sotto il profilo del motivo oggettivo, che sotto quello dell'art. 1464 cod. civ., non era quindi legittimo e va annullato.

Quanto alle conseguenze, vertendosi pacificamente in ambito di tutela reale, alla dichiarata illegittimità del licenziamento segue la reintegrazione e il risarcimento del danno quantificato nelle mancate retribuzioni globali di fatto dalla data del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra, oltre rivalutazione e interessi dalle scadenze al saldo.

(*Omissis*)

(1) L'ASSENTEISMO TRA RIMEDI VECCHI E NUOVI

1. — La sentenza annotata ribadisce un principio affermato dalla Cassazione in varie occasioni: poiché la previsione della conservazione del posto di lavoro, in caso di malattia del lavoratore, unica o discontinua, sino al limite temporale indicato dalla legge, dalla contrattazione collettiva, dagli usi o dal giudice, ha carattere di specialità e di deroga rispetto alla normativa sul licenziamento e sulla impossibilità sopravvenuta della prestazione, tale ultima normativa non può trovare applicazione per il solo fatto della malattia o delle malattie del lavoratore, sino a che il suddetto limite temporale non venga superato; di conseguenza, se tale limite non è superato, il datore di lavoro non può invocare né un giustificato motivo oggettivo di recesso, né un venir meno del suo interesse a una prestazione di lavoro intermittente e non programmabile, mentre, se il limite è superato, il dato dell'assenza dal lavoro per malattia ha una valenza puramente oggettiva, giustificando il recesso a prescindere dalla sussistenza di un giustificato motivo, di una sopravvenuta impossibilità della prestazione o di altri posti di lavoro cui poter adibire il prestatore, senza che sia imposto al datore di lavoro, in assenza di norme specifiche, un obbligo di avvertire il dipendente dell'imminente superamento del periodo di comportamento (Vedi, ad esempio, Cass. 28 giugno 2006, n. 14891; Cass. 6 settembre 2005, n. 17780). La stessa Cassazione ha precisato che il datore di lavoro non è tenuto a indicare nella lettera di licenziamento le giornate di assenza che hanno determinato il superamento del periodo in parola, aggiungendo, tuttavia, da un lato, che, se il lavoratore la richiede nei termini di cui al comma 2 dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966, l'analitica indicazione delle giornate d'assenza va comunicata dal datore di lavoro nei termini di cui allo stesso comma del medesimo art. 2; dall'altro, che, una volta effettuata (o nella lettera di licenziamento o nella successiva comunicazione) la precisa indicazione delle giornate d'assenza, quest'ultima diviene imm modificabile, con la conseguenza che in sede di giudizio può tenersi conto soltanto delle assenze espressamente indicate dal datore di lavoro (Cass. 3 agosto 2004, n. 14873, in q. *Riv.*, 2005, II, p. 399; Cass. 20 dicembre 2002, n. 18199, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, p. 174; Cass. 24 gennaio 1997, n. 716; Cass. 13 agosto 1996, n. 7525, in *Not. giur. lav.*, 1996, p. 741).

In genere la giurisprudenza di merito segue l'orientamento della Cassazione (Vedi, ad esempio, Trib. Milano 30 aprile 2007, in *Or. giur. lav.*, 2007, p. 556), ma non mancano i giudici che traggono dai principi di correttezza e buona fede un obbligo per il datore di lavoro di avvisare con congruo anticipo il lavoratore dell'imminenza del superamento del periodo di comportamento (Vedi, ad esempio, Trib. Milano 23 maggio 2005,

in *Or. giur. lav.*, 2005, p. 692). Quest'ultima tesi non sembra fondata, perché in base ai suddetti principi è possibile ampliare o restringere la portata di obblighi o diritti già esistenti, ma non crearne di nuovi e per di più forse onerosi per le aziende, costrette ad aggiornare in tempo reale la situazione di ogni dipendente ai fini del calcolo del periodo in questione. Un simile obbligo potrebbe essere introdotto dalla contrattazione collettiva, e allora le parti potrebbero tener conto dei relativi costi nell'ambito del complessivo gioco del dare e avere.

2. — Le cose cambiano, invece, se, anche prima del superamento del periodo di comportamento, interviene una dichiarazione di inidoneità al lavoro. In questo caso, in vero, per la Cassazione si è in presenza di una fattispecie autonoma rispetto a quella della malattia e non può più essere invocato il carattere di specialità dell'art. 2110 cod. civ. (Cass. 14 dicembre 1999, n. 14065, in *Foro it.*, 2000, I, 51; Cass. 20 aprile 1998, n. 4012, *ivi*, 1999, I, 969). L'inidoneità sopravvenuta allo svolgimento delle mansioni contrattuali, pur rimanendo fattispecie distinta da quella della malattia del lavoratore, non costituisce, tuttavia, una causa autonoma di estinzione del rapporto di lavoro, ma rientra nella nozione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con la conseguenza che, prima in virtù di un prevalente orientamento giurisprudenziale (Vedi, ad esempio, Cass. 5 marzo 2003, n. 3245, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, p. 367; Cass. 15 novembre 2002, n. 16141, *ivi*, 2003, p. 55; Cass. 6 novembre 2002, n. 15593, *ivi*, p. 50; Cass. 2 agosto 2001, n. 10574, *ivi*, 2002, p. 161), e poi in base all'art. 4, comma 4, della legge n. 68 del 1999, il licenziamento è giustificato se non vi sono in azienda, nell'ambito dell'organizzazione che si è data liberamente il datore di lavoro, posti disponibili in cui poter collocare il lavoratore compatibilmente con la sua inidoneità, anche per mansioni inferiori a quelle per le quali l'inidoneità è stata accertata.

L'inclusione dell'inidoneità alle mansioni nell'ambito del giustificato motivo rientra in un consolidato indirizzo della Cassazione volto a limitare le ipotesi in cui il rapporto di lavoro si estingue automaticamente e ad ampliare quelle in cui è comunque richiesto un atto di recesso datoriale riconducibile al licenziamento per giustificato motivo oggettivo (Vedi, per tutti, Slataper, *Impossibilità sopravvenuta e licenziamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, pp. 1448 ss.). A tale ultimo licenziamento vengono ricondotti, in vero, anche i casi di perdita dei requisiti indispensabili per lo svolgimento delle mansioni concordate (sospensione del porto d'armi o ritiro del titolo per la guardia giurata, ritiro del tesserino doganale per il lavoratore aeroportuale, scadenza del permesso di soggiorno per il lavoratore extracomunitario), di incompatibilità ambientale, di carcerazione preventiva; tranne che per la scadenza del permesso di soggiorno, in tutte queste ipotesi il licenziamento è legittimo qualora il lavoratore non sia utilizzabile in altri posti di lavoro esistenti in azienda e se la prevedibile durata della perdita di tali requisiti e della carcerazione comporta disfunzioni organizzative così rilevanti da giustificare il licenziamento [Per tutto ciò vedi Vallebona, *Istituzioni di Diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 2005, pp. 412 ss.; Cester, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Padova, 2005, pp. 380 ss.; Mazziotti, *Estinzione del rapporto di lavoro*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, p. 15, Torino, 2004, pp. 482 ss.; Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003, pp. 490 ss.].

3. — La sentenza annotata non si è limitata a ribadire questi principi, ma si segnala anche aver evidenziato gli errori in cui è incorso il giudice di primo grado, il quale, non tenendo conto della specialità dell'art. 2110 cod. civ., aveva dichiarato l'esistenza nella fattispecie di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

La Corte torinese ha chiarito che nel caso esaminato le assenze del lavoratore erano state discontinue e reiterate, ma non tali da superare il periodo di comporta; risultavano tutte giustificate ed effettive sulla base delle visite di controllo e della testimonianza del medico curante; non avevano influito sul rendimento del lavoratore; il datore di lavoro non aveva chiesto l'accertamento di una eventuale inidoneità fisica del dipendente e l'espletata Ctu medica aveva concluso nel senso che in futuro il lavoratore avrebbe potuto rendere una normale prestazione quale operaio generico di 3° livello. La Fiat aveva licenziato il proprio dipendente per giustificato motivo oggettivo, invocando «la frequenza, la cadenza e la durata delle assenze», le quali rendevano impossibile «utilizzare proficuamente la [...] prestazione di lavoro in relazione alle esigenze organizzative e produttive della [...] azienda», facendo venir meno il suo interesse a proseguire nel rapporto di lavoro in presenza di prestazioni discontinue e non più utili. Il primo giudice ha considerato legittimo tale licenziamento, ritenendo, in contrasto con le conclusioni del Ctu, che un lavoratore giovane e in buona salute, avendo accumulato tante assenze a singhiozzo, non potesse garantire una continuità di prestazioni, facendo così venir meno l'interesse dell'azienda alle stesse.

La sentenza annotata conferma che nello stabilimento della Fiat di Pomigliano d'Arco le assenze reiterate e discontinue dei lavoratori assumevano connotati di particolare rilevanza, creando problemi all'organizzazione dei turni di lavoro; a suo avviso, tuttavia, tutto ciò non giustificava il licenziamento, perché il datore di lavoro non aveva provato né che le assenze del dipendente licenziato fossero più dannose, a livello organizzativo, di quelle degli altri suoi colleghi, né che non fosse possibile utilizzare altrimenti il lavoratore.

La mancata prova di tale ultima possibilità rendeva il licenziamento in esame sicuramente illegittimo. La sentenza di primo grado era censurabile, peraltro, anche perché si basava su una previsione di mancata garanzia futura di continuità della prestazione di lavoro del tutto immotivata e contrastante con le conclusioni cui era pervenuta la Ctu. Infine, sulla base del consolidato orientamento della Cassazione sopra ricordato, poiché nella fattispecie non era stato superato il periodo di comporta, la Fiat non poteva invocare alcun licenziamento per giustificato motivo oggettivo, né un venir meno del suo interesse a una prestazione di lavoro discontinua.

4. — Dal caso su cui è intervenuta la sentenza annotata si capisce come sia impossibile per le aziende, nell'attuale contesto normativo, liberarsi di lavoratori molto spesso assenti per brevi e non gravi malattie, anche se tali lavoratori sono numerosi e se l'organizzazione del lavoro ne soffre in modo considerevole. Questa situazione dipende anche dal periodo di comporta fissato nel contratto collettivo: i sindacati delle imprese a un certo momento hanno ritenuto sopportabile un certo periodo totale di malattie discontinue e questo stesso periodo è stato considerato dai sindacati dei lavoratori un buon livello di tutela per gli stessi. Sarebbe sbagliato, tuttavia, addossare alle parti sociali la colpa del nuovo assenteismo per il fatto che le stesse avrebbero previsto periodi di comporta per sommatoria troppo lunghi: è molto probabile che le

contrapposte organizzazioni sindacali avessero in mente casi sporadici di malattie serie, non casi frequenti di malattie da nulla.

Di fronte a situazioni collettive come quella dell'assenteismo presso lo stabilimento di Pomigliano d'Arco la stessa Fiat ha capito che il licenziamento di questo o quel lavoratore risultava non solo impraticabile giuridicamente, ma anche scarsamente utile. Per affrontare questo e altri problemi di produttività ha preferito sospendere la produzione e mandare i dipendenti a corsi di formazione che potessero dare loro valori di fidelizzazione all'azienda. Non so come tutto ciò si sia svolto e che risultati abbia dato: credo, però, che, nell'attuale e ben noto contesto di globalizzazione dell'economia, le grandi aziende, venuta meno la possibilità di scaricare parte dei costi sulla collettività, non abbiano altre vie, per non essere eliminate dalla concorrenza e volendo conservare la presenza di lavoratori italiani, se non quella di aumentare la produttività anche degli operai generici, pagati molto di più di quelli dei paesi oggi emergenti. Altrimenti, per non scomparire, non possono far altro che esternalizzare stabilimenti o lavorazioni, con utilizzo di personale generico di tali paesi o di zone più arretrate.

I problemi, tuttavia, non dovrebbero essere gestiti dalle sole imprese, come sembra aver fatto la Fiat. Anche i sindacati dei lavoratori dovrebbero fare la loro parte. Sarebbe semplicistico limitarsi a concordare periodi di comportamento più brevi per malattie ricorrenti. Si rischierebbe di penalizzare chi sta male davvero e seriamente. Gli interventi dovrebbero essere ben più articolati. Ci si dovrebbe chiedere innanzi tutto come mai nello stabilimento di Pomigliano d'Arco o in altri stabilimenti siti in determinate zone del nostro paese si registra un tasso generale di assenteismo molto superiore alla norma in soggetti sostanzialmente privi di malattie di una anche minima serietà. Il lavoro è troppo pesante fisicamente e richiede periodi di riposo? Oggi sembra di no; se mai è troppo noioso e avvilente in quanto monotono, ripetitivo e tale da non consentire nemmeno in minima parte l'espressione della propria personalità. Ci si deve chiedere, inoltre, se è pagato troppo poco e se spinge, di conseguenza, o per serie necessità o per consentire l'accesso anche ai beni futili imposti dal mercato, ad arrotondare lo stipendio con lavoretti in proprio o per amici o parenti; bisognerebbe verificare, ancora, se all'interno della cultura di certe aree o di certi gruppi di persone del nostro paese il posto di lavoro sia considerato come un bene attribuito una volta per sempre, idoneo a garantire stabilità, sicurezza, una pensione, a prescindere da ogni logica economica.

Il sindacato dei lavoratori, se ha a cuore la qualità del lavoro e l'occupazione, dovrebbe cercare di rispondere a queste domande proponendo rimedi da introdurre con la contrattazione collettiva in modo molto articolato e selettivo: si dovrebbe, ad esempio, cercare un inedito coinvolgimento nel lavoro anche dei dipendenti con mansioni basse, mutando il più possibile la loro attività e il luogo di suo svolgimento, facendoli lavorare in ambienti fisici allegri e accattivanti, prevedendo incentivi non solo con riguardo ai risultati della singola unità produttiva e dell'intera azienda, ma, in certe realtà «più delicate», anche con riguardo al numero delle giornate lavorate, per ogni singolo e per i vari gruppi (magari con sterilizzazione, ai fini di questo computo, delle eventuali giornate di sciopero e di alcune assenze dovute a ragioni diverse dalla malattia); si dovrebbero distinguere i periodi di comportamento per sommatoria in relazione alle diverse tipologie di malattie; si dovrebbe fare anche un serio di-

scorso con i medici di famiglia; si dovrebbe cambiare il modo di pensare di certi lavoratori, ribadendo loro che è passato il tempo in cui migliaia di persone per definizione non perdono mai il posto di lavoro, perché alla fine lo Stato o chi per lui, in un modo o nell'altro, li salva. Tante altre cose si potrebbero fare, tranne che arroccarsi sull'acritica difesa delle norme vigenti nell'attesa di una buona stella salvatrice che, invece, non c'è più.

Luigi Menghini
*Professore ordinario di Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi di Trieste*

I

CORTE D'APPELLO SALERNO, 16 maggio 2007, Sez. lav. – Pres. Casale, Est. Nocca – G. I. (avv.ti F. e M. Mutarelli) c. Ministero delle politiche agricole (Avvocatura Distrettuale dello Stato di Salerno).
Riforma Tribunale Nocera Inferiore 14 aprile 2005, n. 262.

Lavoro pubblico – Concorsi interni alla p.a. – Mancata promozione – Danno da perdita di *chance* e verifica dei requisiti – Onere della prova.

Nel caso di concorsi interni alla pubblica amministrazione, non è consentita giudizialmente una verifica dei requisiti di idoneità del candidato non promosso per l'inquadramento, essendo tale potere riservato alla discrezionalità dell'amministrazione. Fondata è invece la richiesta di risarcimento del danno per perdita di chance, stante l'ormai consolidato principio per cui il ricorrente, che lamenti la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nell'espletamento delle procedure concorsuali da parte del datore di lavoro, ha l'onere della prova della possibilità di conseguire la promozione. (1)

II

TRIBUNALE GENOVA, 16 ottobre 2007 – Est. Bossi – P. F. (avv. Pugliese) c. Fondazione Teatro Carlo Felice (avv. Siboldi).

Lavoro pubblico – Concorsi interni alla p.a. – Mancata promozione – Danno da perdita di *chance* – Responsabilità da contatto sociale – Onere della prova – Prescrizione.

Nel caso in cui la pubblica amministrazione ometta di rinnovare una procedura concorsuale dichiarata illegittima dal giudice amministrativo e le conseguenti valutazioni di idoneità, l'inerzia della amministrazione stessa produce un danno qualificabile come da perdita di chance, che si configura come fattispecie di responsabilità da contatto sociale con prescrizione decennale. Tale ipotesi di danno viene liquidata in via equitativa. (2)

I

(*Omissis*) Con sentenza in data 17 febbraio 2005, il giudice del lavoro del Tribunale di Nocera Inferiore (*Omissis*) condannava il Ministero con-

venuto al pagamento, in favore del ricorrente, della somma complessiva di euro 5.000,00, equitativamente determinata, a titolo di risarcimento di danno morale (*Omissis*) in conseguenza dell'illegittimo comportamento dell'amministrazione, che aveva omesso di predisporre i criteri guida in sede di procedura concorsuale *ex d.m.* 5 giugno 1998 per l'attribuzione del trattamento economico di seconda fascia e per l'inquadramento nel profilo di ricercatore di II livello con decorrenza 22 giugno 1991, in relazione al quale il ricorrente era stato, all'esito del colloquio, dichiarato immotivatamente «inidoneo». Rigettava, invece, la domanda tendente a ottenere il suddetto inquadramento, non essendo consentita in via giudiziaria una valutazione sull'idoneità di un candidato, nonché, per carenza probatoria, quella avente a oggetto il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, biologico e alla professionalità (*Omissis*). Avverso tale sentenza I. G. proponeva appello nei confronti del Ministero convenuto in prime cure (*Omissis*) lamentando che il primo giudice aveva errato nel respingere, con succinta motivazione, le prime due domande (inquadramento e risarcimento del danno), in contrasto con l'opinione a più riprese affermata dalla Suprema Corte, la quale aveva espressamente riconosciuto la legittimità di un intervento giudiziale (*Omissis*). Denunciava, ancora, che il Tribunale aveva omesso di pronunciarsi sulla domanda di risarcimento danno da perdita di *chance* da promozione: in proposito, poneva in risalto di aver illustrato nell'atto introduttivo della lite che, qualora la Commissione esaminatrice avesse operato correttamente, egli avrebbe avuto altissime probabilità di ottenere un giudizio positivo di idoneità, come rilevabile dal mero dato statistico (*Omissis*).

Motivi della decisione

L'appello proposto da I. G. è parzialmente fondato (*Omissis*).

Invero non è consentita in via giudiziaria una verifica dei requisiti di idoneità di un candidato ai fini del richiesto inquadramento, essendo tale potere gestionale riservato esclusivamente all'amministrazione competente ed essendo possibile soltanto, in caso di violazione dei parametri di correttezza e buona fede durante l'*iter* procedurale per la progressione in carriera, rivendicare il risarcimento danno (*Omissis*). Ci si trova a cospetto di un mero giudizio di idoneità volto alla promozione di un numero indefinito di soggetti non in concorrenza fra loro, implicante, dunque, una valutazione di carattere discrezionale (*Omissis*). In definitiva, se è vero che il dipendente è titolare di un diritto soggettivo all'effettivo e corretto svolgimento delle operazioni valutative e comparative della sua posizione rispetto a quella degli altri concorrenti (*Omissis*), nondimeno deve rilevarsi che, non essendo possibile in casi del genere dimostrare con certez-

za che un corretto *iter* procedimentale avrebbe determinato la promozione del candidato, il censurato comportamento della p.a. può eventualmente dar vita solo a una pretesa civilistica di risarcimento del danno.

Sotto quest'ultimo profilo, è fondato il motivo di gravame col quale si lamenta l'omessa pronuncia sulla domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* di promozione in dipendenza di un illegittimo comportamento della p.a.

In materia, è da ritenere consolidato il principio in base al quale, in caso di esclusione del lavoratore dalla partecipazione a un concorso per la promozione a una qualifica superiore, occorre tenere distinte le domande di risarcimento del danno aventi per oggetto, da un lato, il pregiudizio derivante dalla mancata promozione (*Omissis*) e, dall'altro, la perdita di *chance*, cioè la mera probabilità di conseguire la promozione in conseguenza della partecipazione al concorso, in quanto costituiscono domande diverse, non ricomprese l'una nell'altra (*Omissis*). Diverso è anche il contenuto dell'onere probatorio posto a carico del lavoratore nei due casi, in quanto, in caso di domanda di risarcimento danni per perdita di *chance*, il ricorrente ha l'onere di provare, anche facendo ricorso a presunzioni e al calcolo di probabilità, soltanto la possibilità che avrebbe avuto di conseguire il superiore inquadramento, atteso che la valutazione equitativa del danno ai sensi dell'art. 1226 cod. civ. presuppone pur sempre che risulti comprovata l'esistenza di un danno risarcibile (cfr., *ex plurimis*, Cass. 18 gennaio 2006, n. 852). In particolare, la S.C. ha avuto modo di precisare che, quando il lavoratore si duole della violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di osservare nell'espletamento d'una procedura concorsuale per la promozione a una qualifica superiore, criteri di correttezza e buona fede in ordine al rispetto della procedura e al rispetto della *par condicio* fra gli aspiranti, chiedendo il risarcimento dei danni derivanti dalla perdita di *chance* (*Omissis*), ha l'onere di provare gli elementi atti a dimostrare, pur se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo delle probabilità, la possibilità che avrebbe avuto di conseguire la promozione (*Omissis*). Non può non concordarsi con l'appellante sul fatto che, qualora la Commissione esaminatrice avesse operato correttamente, egli avrebbe avuto serie probabilità di ottenere un giudizio positivo di idoneità, come rilevabile anche dall'offerta dato statistico. (*Omissis*)

II

(*Omissis*) Le domande proposte dalla ricorrente sono parzialmente fondate e vanno accolte per come al seguito.

a) Sulla giurisdizione

La signora F. domanda il risarcimento del danno per la perdita definitiva delle *chances* di essere assunta dall'Ente (*Omissis*) Teatro Carlo Felice con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, cui era funzionale la selezione mediante audizione disposta dall'E. A. Carlo Felice con avviso diramato il 10 maggio 1991. Fonda la propria domanda su due distinte doglianze: 1) l'aver l'Ente effettuato la selezione mediante una procedura dichiarata illegittima dal giudice amministrativo (*Omissis*); 2) l'essersi l'Ente comportato in complessiva violazione dei principi di buona fede e correttezza per non aver ripetuto la procedura selettiva, emendandola dai vizi accertati dalle decisioni citate (*Omissis*).

Può ritenersi sussistente la giurisdizione solo per le condotte (omissive) attuate nel periodo successivo al 30 giugno 1998; deve invece dichiararsi il difetto di giurisdizione in ordine a tutte le domande trovanti titolo in fatti od omissioni maturati e ricadenti nel periodo precedente.

b) Nel merito: sull'an del diritto

Il comportamento serbato dal Carlo Felice, successivamente alla pubblicazione della sentenza del Tar Liguria, di annullamento degli atti di selezione per difetto di motivazione, è certamente illecito (*Omissis*). È indubbio che il Carlo Felice, non dando corso alla rinnovazione delle operazioni concorsuali alla luce dei principi indicati dal Tar, né rinnovando le proprie valutazioni in coerenza coi principi indicati dal giudice amministrativo, e anzi restando inerte per anni e anni, ha pregiudicato la *chance* della ricorrente a conseguire la valutazione di idoneità al posto e i vantaggi che da questa sarebbero derivati. Lo stesso Ente convenuto ha escluso la possibilità di utile ripetizione delle operazioni concorsuali (*Omissis*); e così la perdita definitiva dalla *chance* predetta. Questa constatazione priva di rilevanza l'eccezione (*Omissis*) di inconfigurabilità del diritto al risarcimento del danno nel caso in cui l'amministrazione resti titolare di discrezionalità rinnovatoria: se la rinnovazione del procedimento non è più possibile, il danno è configurabile proprio nella perdita di *chance*. La giurisprudenza – ordinaria e amministrativa – riconosce da tempo il diritto al risarcimento del danno in casi siffatti o analoghi (*Omissis*). Sempre seguendo gli orientamenti giurisprudenziali acquisiti, deve ritenersi che la *chanche* abbia consistenza risarcibile solo quando siano acquisiti al giudizio elementi idonei a far ritenere – secondo un giudizio prognostico razionale – che nel caso di regolare svolgimento della procedura l'aspirante avrebbe avuto una probabilità di esito positivo superiore al 50%. In questo senso, ad esempio: Tar Liguria, Sez. II, 13 marzo 2007, n. 483 (*Omissis*).

c) Nel merito: sull'eccezione di prescrizione

(*Omissis*) Quanto alla prescrizione, l'Ente convenuto assume che sia quinquennale (*ex art. 2043 cod. civ.*) e che decorre dalla data di pubblicazione della sentenza del Tar Liguria del 28 marzo 1998, e ha allegato giurisprudenza a supporto (*Omissis*) parte significativa della giurisprudenza riconduce la fattispecie di responsabilità qui rilevante nella categoria della cd. «responsabilità da contatto sociale» (*Omissis*). Secondo questa – ad avviso del Tribunale corretta – ricostruzione, la prescrizione è quella ordinaria decennale (*Omissis*).

d) Nel merito: sul danno risarcibile

Il Tribunale condivide le indicazioni della giurisprudenza, secondo la quale per la quantificazione del danno da perdita di *chance* – la cui liquidazione non può che avvenire in via equitativa – costituisce idoneo parametro di riferimento quello costituito dai vantaggi che sarebbero derivati dalla concretizzazione dell'opportunità (Cass. 18 gennaio 2006, n. 852). (*Omissis*).

Per questi motivi

Il Tribunale di Genova, non definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda ed eccezione respinta, condanna la Fondazione Teatro Carlo Felice al risarcimento del danno subito dalla ricorrente a fare data dal 1° luglio 1998 fino alla data della pronuncia della sentenza definitiva; rimette la causa in istruttoria per la quantificazione del danno stesso come da separata ordinanza.

(*Omissis*)

(1-2) DANNO DA PERDITA DI *CHANCE* PER MANCATA PROMOZIONE
NEI CONCORSI INTERNI DELLA P.A.

1. — *Danno da perdita di chance* — Sia nella pronuncia della Corte d'Appello di Salerno che in quella del Tribunale di Genova viene preso in esame uno degli aspetti più dibattuti del regime del rapporto di lavoro (soprattutto dei pubblici dipendenti) degli ultimi anni, ossia la problematica del danno da perdita di *chance* di promozione. Tale tipologia di danno si sostanzia nella diminuzione delle possibilità di conseguimento dell'obiettivo prefisso, nel caso di specie la promozione, e si caratterizza per l'incognita della sua realizzazione (Chabas, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, p. 231). È ampio il dibattito dottrinale e giurisprudenziale fra coloro che sostengono la tesi dell'attualità del danno, per i quali il pregiudizio consisterebbe nella concreta perdita di un miglioramento patrimoniale futuro e possibile, identificato con il danno emergente (Cass. 13 dicembre 2001, n. 15759, in *DResp.* 2002, p. 393; Monateri, *Il danno alla persona*, Padova, 1998; Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 1994, p. 678), e coloro i quali, soprattutto in giurisprudenza, sostengono la riferibilità della perdita di *chance* a un pregiudizio futuro,

che si identificherebbe col lucro cessante (Cass. 25 novembre 2003, n. 17940, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 2645).

A partire dagli anni novanta, la S.C. ha individuato un possibile danno da perdita di *chance* anche relativamente alla domanda di un lavoratore nella quale si lamentava l'arbitraria esclusione dalla promozione a una mansione superiore, fondata sull'inadempimento dei criteri di valutazione comparativa. Il danno in tal caso si sostanzia nel mancato corretto compimento delle valutazioni selettive (Cass. 29 aprile 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 234), e viene dunque ricondotto alla perdita di ulteriori possibilità di guadagno e progressione di carriera, e quindi di professionalità (Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, in q. *Riv.*, 2002, II, p. 233, con nota di Milli; P. Ichino, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2003, p. 321). Nella citata decisione del 1993, la stessa Corte di legittimità aveva precisato che il datore di lavoro, per provare di avere adempiuto i propri obblighi nell'espletamento della selezione dei candidati, è tenuto a esternare i criteri di valutazione dei requisiti considerati. Nel caso di specie, il difetto di valutazione appare cristallino, dato che la stessa Corte d'Appello di Salerno individua la arbitrarietà del giudizio della Commissione, la quale ha addirittura omesso di predeterminare i criteri da applicare per la valutazione dei titoli, in violazione anche del d.m. 5 giugno 1998 e del d.m. 2 novembre 1998. Viene peraltro rilevato che si tratterebbe comunque di una verifica riservata in via esclusiva alla p.a., in quanto attività discrezionale della stessa, come invalso nel giudizio della Suprema Corte a partire dal 2003 (Cass. 15 ottobre 2003, n. 15403, in *Lex24, Repertorio Sole 24Ore*).

2. — *L'onere della prova* — Giustamente la Corte d'Appello rileva quello che ormai appare principio giurisprudenziale condiviso, ossia la necessaria presenza di ragionevoli probabilità di conseguire il risultato utile, non potendo sopperire a tale prova il ricorso all'equità. Quando dunque il lavoratore lamenta la violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di osservare, nell'espletamento di una procedura concorsuale per la promozione a una qualifica superiore, criteri di correttezza e buona fede in ordine allo svolgimento delle procedure e al rispetto della *par condicio* fra gli aspiranti, chiedendo il risarcimento dei danni derivantigli dalla perdita della possibilità di conseguire la promozione, questi ha l'onere di dimostrare, pur se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo delle probabilità, la possibilità che egli avrebbe avuto di conseguire la promozione. Ovviamente la valutazione equitativa del danno, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., presuppone che risulti comprovata l'esistenza di un danno risarcibile (Cass. 21 giugno 2000, n. 8468, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass. 1° dicembre 2004, n. 22524, in *CED, Cassazione*, 2004). Pertanto la Corte d'Appello di Salerno riprende un indirizzo già fatto proprio dalla Sezione lavoro della Corte di Cassazione (*Ex multis*, Cass. 6 giugno 2006, n. 13241, in *www.giustizia.it*), la quale aveva stabilito che, in caso di violazione da parte dell'ente pubblico/datore di lavoro dell'obbligo di predeterminare i criteri di selezione degli impiegati per il riconoscimento e l'attribuzione della qualifica superiore, incombe sul singolo dipendente, non promosso e attore in giudizio per il risarcimento del danno da perdita della possibilità di promozione, l'onere di provare – alla stregua dei principi generali in tema di responsabilità contrattuale – il nesso di causalità tra il detto inadempimento datoriale e il danno, ossia la concreta sussistenza della probabilità di ottenere la qualifica superiore. Corretto è, dunque, anche il riferimento del giudice del lavoro di Genova agli indirizzi giuri-

sprudenziali, sostanziati in via esemplificativa nella sentenza del Tar Liguria 11 marzo 2007, n. 483 (In *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2007, 3, 903), sulla risarcibilità del danno nel caso in cui vengano raccolti elementi idonei a ritenere che l'aspirante avrebbe avuto una probabilità superiore al 50%.

3. — *Responsabilità da contatto sociale* — Da parte del Tribunale di Genova viene rilevato che la prescrizione dell'azione di risarcimento danni è quella ordinaria, decennale, e non quella aquiliana. Il giudice di merito, infatti, sposa la tesi della responsabilità cd. «da contatto sociale qualificato». Tale teoria, elaborata da autorevolissima dottrina (Scoca, *Per una amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, III, p. 4045; Castronuovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini fra contratto e torto, La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997) e accolta dalla stessa Cassazione in alcune sue pronunce (Su tutte, Cass. 10 gennaio 2003, n. 157, in *CED, Cassazione*, 2003), prevede che, a seguito del «contatto» instaurato fra amministrazione e cittadino, si costituisca un vero e proprio rapporto giuridico, che esclude l'applicazione dell'art. 2043 cod. civ. e della stessa responsabilità extracontrattuale a seguito di violazione di interessi legittimi, qualificandosi come rapporto «senza obbligo primario di prestazione». Con questa espressione vengono identificate figure incerte a metà strada fra rapporto obbligatorio di natura contrattuale e illecito aquiliano, caratterizzate dalla violazione di obblighi di protezione della sfera giuridica di controparte, i quali, anche in assenza di un obbligo di prestazione, sarebbero comunque elementi di un rapporto giuridico. La fonte di tali obblighi sarebbe ravvisabile nell'art. 1173 cod. civ., che sancisce il carattere aperto delle fonti delle obbligazioni, rinviando a «ogni altro fatto o atto idoneo secondo l'ordinamento giuridico». Da ciò un insieme di conseguenze pratiche notevoli, quali l'inversione dell'onere della prova, con la presunzione di colpa a carico del danneggiante; l'area del danno risarcibile, ossia quello prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione, ex art. 1225 cod. civ. e in punto di prescrizione, che da quinquennale diviene decennale se la responsabilità è considerata contrattuale. Ma la teoria in esame determina anche una problematica, oggetto di notevoli critiche dottrinali, ossia l'attribuzione del risarcimento del danno a prescindere dalla spettanza del bene della vita e dalla lesione dello stesso. Il danno, infatti, verrebbe a coincidere con l'inadempimento di obblighi nascenti da un contratto amministrativo qualificato, che cioè determina un oggettivo affidamento del privato. Le critiche si concentrano sulla automaticità del conseguimento della tutela risarcitoria, che prescinderebbe dalla colpa e dallo stesso danno, con il rischio di trattare in maniera analoga, nell'ambito del *quantum* del risarcimento, situazioni diverse fra loro e il conseguente rischio di identificare il bene della vita con la mera legittimità di un atto: da ciò una propensione per la natura aquiliana della responsabilità in oggetto (M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, I, 1988, p. 519). Da ultimo, si ravvisa una tendenza a considerare, quali paradigmi di riferimento dell'illecito, tanto il modello dell'art. 2043 cod. civ., tanto il descritto modello del contatto sociale (Tar Lazio, Sez. Latina, 24 aprile 2007, n. 291, in www.giustizia-amministrativa.it).

4. — *Liquidazione in via equitativa* — Viene correttamente preso in considerazione, sia dai giudici di Salerno che dal Tribunale di Genova, ai fini della liquidazione del danno, l'indirizzo ormai consolidato da parte della Corte di Cassazione in ma-

teria. Sin dal 1988 (Cass. 12 ottobre 1988, in *Mass. Giur it.*, 1988), infatti, in caso di illegittima esclusione del lavoratore dalla prova selezione di accertamento professionale indetta dal datore di lavoro, e di conseguente domanda di risarcimento del danno, occorre, a detta della giurisprudenza di legittimità richiamata nelle decisioni oggetto del nostro esame, distinguere tra il danno da mancata promozione e quello da perdita di *chance*. Nel primo caso il lavoratore deve provare sia l'illegittimità della procedura del concorso, sia, sempre in caso di illegittimo espletamento, che sarebbe stata certa la sua inclusione nell'elenco dei promossi; nel secondo caso, sul presupposto della irrimediabile perdita di *chance*, in ragione dell'irripetibilità della procedura con le stesse modalità e gli stessi partecipanti di quella ritenuta illegittima, il lavoratore può far valere il danno correlato alla perdita di una probabilità, non trascurabile, di conseguire il risultato utile. Dunque, laddove il ristoro per il danno da mancata promozione può identificarsi appieno con la perdita dei vantaggi connessi alla superiore qualifica, compresi quelli di natura normativa, il pregiudizio da perdita di *chance*, invece, non può equivalere, ma solo commisurarsi, alla perdita di quei vantaggi, in ragione del grado di probabilità di conseguire la promozione (Cass. 18 gennaio 2006, n. 852, in *Guida dir.*, 2006, 13, p. 83).

Alessandro Veltri

*Collaboratore della cattedra di Diritto del lavoro
presso la Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Roma «La Sapienza»*

TRIBUNALE ROMA, 12 marzo 2008, Sez. lav. – Est. Miccichè – B. B. (avv.ti Panici, Guglielmi, Salvagni) c. C. I. Srl (avv.ti Maresca, Grassi, Bonomo).

Trasferimento d'azienda – Trasferimento di beni immateriali – Art. 2112 cod. civ. – Applicabilità.

Dimissioni verbali del socio lavoratore – Necessità della forma scritta.

Contratto di inserimento – Discriminazione di genere – Nullità.

La disciplina dell'art. 2112 cod. civ. è applicabile anche quando il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata comporti un passaggio di beni immateriali che risultino funzionalmente e autonomamente idonei allo svolgimento di un'attività imprenditoriale. (1)

Il rapporto di lavoro instaurato con il socio lavoratore viene meno solo qualora le dimissioni del socio avvengano secondo le modalità di cui all'art. 2532 cod. civ. (2)

Il contratto di inserimento ex lettera e) dell'art. 54, d.lgs. n. 276/2003, è nullo se utilizzato per attuare una discriminazione di genere. (3)

(Omissis)

Con ricorso depositato il 18 aprile 2007 B. B. conveniva in giudizio la C. I. Srl, esponendo che dal 18 gennaio 2003 aveva prestato servizio di operatrice di *call center*, in forza di contratto di lavoro a tempo indeterminato (inquadramento al II livello Ccnl Telecomunicazioni), dapprima in favore della O. S. I. Soc. coop. a r.l., successivamente, dal 1° maggio 2003, alle dipendenze della O. R. Soc. coop. a r.l., e quindi, dal 1° marzo 2005, in favore della C. Srl; che, nonostante il mutamento del soggetto datore di lavoro, le sue mansioni erano rimaste invariate così come invariati erano rimasti il luogo di lavoro, in un edificio sito al km 29 della Statale Pontina, e l'organizzazione aziendale e strumentale in cui era inquadrata.

Allegava che la C. nei primi mesi del 2005 aveva rilevato l'intera azienda della coop. O. R. senza attivare le procedure previste dall'art. 47, legge n. 428/90, e dall'art. 2112 cod. civ.; che la stessa società aveva stipulato il 23 febbraio 2004 un Accordo con le organizzazioni sindacali con cui, dissimulando il trasferimento di azienda, si impegnava a riassumere *ex nunc* il personale già dipendente dalla O. R., secondo le seguenti modalità: 126 rapporti a tempo indeterminato in favore di lavoratori della *ex* O. R. di sesso maschile; 131 contratti di inserimento con termine di 18

mesi, in favore di dipendenti della disciolta O. R. di sesso femminile, tra cui la ricorrente.

Deduceva che, assunta con contratto di inserimento a decorrere dal 1° marzo 2005, continuava a svolgere mansioni in precedenza espletate e che, alla scadenza dei 18 mesi, veniva allontanata dal lavoro.

(*Omissis*)

La ricorrente domandava pertanto: in via principale, che fosse accertata la sussistenza di un trasferimento dell'azienda nel cui ambito aveva svolto le mansioni di operatrice di *call center/customer care*, a partire dal 18 gennaio 2003, dalla O. S. I. Srl alla O. R. Srl, prima, e successivamente dalla O. R. alla C. Srl (che in seguito aveva mutato la denominazione in C. I. Srl); e che pertanto fosse accertata la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con diritto all'inquadramento nel II livello Ccnl Telecomunicazioni; in alternativa, che fosse accertata e dichiarata la discriminazione subita dalla ricorrente per la mancata assunzione a tempo indeterminato sin dal 1° marzo 2005 e, per l'effetto, l'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato a decorrere dalla stessa data; in via ulteriormente alternativa, che fosse dichiarata l'inefficacia e/o nullità e/o illiceità della clausola appositiva di un termine di 18 mesi al contratto di inserimento stipulato il 1° marzo 2005 con la società convenuta, o che fosse accertata la simulazione del medesimo contratto, con conseguente riconoscimento di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

(*Omissis*)

In ogni caso, la ricorrente chiedeva condanna della C. al pagamento di tutte le retribuzioni maturate dal 1° settembre 2006 sino alla data dell'effettivo ripristino del rapporto sulla base di euro 1.212,20 mensili, nonché al risarcimento del danno non patrimoniale subito a causa dell'illegittima discriminazione attuata nei suoi confronti.

Si costituiva in giudizio la C. I. Srl deducendo l'inapplicabilità dell'art. 2112 cod. civ. al caso di specie; la legittimità del contratto di inserimento stipulato *inter partes*; la legittimità dell'Accordo sindacale del 23 febbraio 2005; l'inesistenza di una discriminazione per sesso. Chiedeva pertanto il rigetto del ricorso.

(*Omissis*)

Il ricorso è fondato, per le ragioni di seguito esposte.

Sulla base della documentazione in atti, il Tribunale ritiene che la ricorrente abbia provato che nei primi mesi del 2005 la C. Srl è subentrata alla O. R. Srl nella gestione del complesso funzionale di beni materiali e immateriali insediato presso l'edificio sito al km 29 della Statale Pontina, deputato allo svolgimento di servizi telefonici di *call center, customer care* ed elaborazione dati; e che pertanto nel caso di specie si è verificato il trasferimento

in capo alla resistente dell'azienda di cui era titolare la disciolta O. R. Scrl, con conseguente diritto dei lavoratori già dipendenti dal cedente al proseguimento del rapporto alle dipendenze del cessionario.

A tale riguardo si osserva che la C. non ha contestato che, dopo lo scioglimento della O. R. avvenuto il 28 febbraio 2005, tutto il personale della disciolta cooperativa abbia proseguito senza cesure la sua attività – sebbene sulla base di un diverso inquadramento contrattuale – alle dipendenze della società resistente; che negli uffici siti al km 29 della Pontina il servizio di elaborazione dati e di *customer care* – affidato alla coop. O. R. sino al 28 febbraio 2005 e alla C. dal 1° marzo 2005 – sia proseguito senza alcuna interruzione in favore dello stesso committente (T. I. Spa), contestualmente all'aggiudicazione a C. dell'appalto avente a oggetto lo svolgimento di tale servizio (appalto la cui esecuzione è iniziata il 1° marzo 2005).

(*Omissis*)

I citati elementi sono sufficienti ad affermare che, prescindendo dalla forma giuridica utilizzata, si è verificato nel caso in esame il trasferimento di un complesso funzionale di beni e di rapporti giuridici soggetto alla disciplina di cui all'art. 2112 cod. civ.; a tale riguardo va evidenziato che le modifiche apportate alla norma codicistica dal d.lgs. n. 18 del 2001, prima, e dal d.lgs. n. 276/03, poi, ne hanno notevolmente ampliato il perimetro applicativo, introducendo nel nostro ordinamento una nozione di trasferimento che prescinde del tutto dalla sussistenza di un rapporto contrattuale diretto tra l'imprenditore uscente e quello che subentra, e in cui risulta attenuata l'importanza del trapasso di elementi materiali tra le due imprese; in altri termini, nell'accezione dematerializzata e leggera di trasferimento recepita dal legislatore, ciò che conta è che sia trasferito un complesso organizzativo funzionalmente autonomo, idoneo all'esercizio di un'attività d'impresa, in cui ben possono gli elementi immateriali, come il *know-how*, e la clientela e la forza lavoro essere preponderanti rispetto a quelli materiali (Cass. 23 luglio 2002, n. 10761; Idem 12 gennaio 2005, n. 493; Idem 9 marzo 2005, n. 5138).

Peraltro nel caso di specie, accanto al trapasso di tutto il personale della disciolta O. R. Scrl, si è accertata anche la cessione di significativi elementi materiali tra le due imprese: primo tra tutti lo stabile di cui si è detto. Al riguardo, non pare che possa ostare alla qualificazione della vicenda come trasferimento di azienda la circostanza che lo stabile di Pomezia e gli altri impianti e beni strumentati siano stati dati in locazione alla C. da parte di società terze; è evidente infatti che sul dato formale dell'assenza di cessioni di contratti dalla O. R. alla C. deve prevalere il dato sostanziale dell'identità dell'immobile e dei beni utilizzati, irrilevante restando la modalità giuridica di acquisizione di tali strumenti.

La società convenuta ha altresì richiamato in punto di diritto il disposto dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/03 che, come noto, esclude l'ipotesi di trasferimento di azienda o di una sua parte nel caso di acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore.

(*Omissis*)

La norma citata prevede, in effetti, che l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore, in forza di legge, di Ccnl, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda. Tuttavia, secondo l'interpretazione seguita dalla prima giurisprudenza formatasi sulla norma e che questo giudice ritiene di condividere, il disposto in esame deve essere inteso nel senso che in caso di cambio di appalto il mero trapasso di lavoratori dall'originario appaltatore al subentrante non sia di per sé sufficiente a configurare un trasferimento di azienda; il che tuttavia non esclude che la fattispecie di cui all'art. 2112 sia integrata quando, come nel caso che ci occupa, insieme alla successione nell'appalto e al trapasso di lavoratori, si verifichi il subentro del nuovo appaltatore nella titolarità dell'entità economica gestita dal primo (Trib. Roma 9 giugno 2005; Ad. 14 novembre 2007).

La correttezza di questa interpretazione trova avallo negli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia, che, se riconosce per un verso l'estraneità della mera successione in un appalto rispetto alla fattispecie del trasferimento d'azienda, afferma tuttavia l'esistenza di un trasferimento d'azienda quando il soggetto che subentra nell'appalto utilizzi rilevanti elementi patrimoniali di cui si è avvalso l'originario appaltatore (Corte di Giustizia 20 novembre 2003, C-340/2001, *Abler*; Idem 24 gennaio 2002, C-51/2000, *Temco*).

Sostiene la società convenuta che il trasferimento d'azienda non sarebbe configurabile, essendo intervenuta una interruzione del rapporto di lavoro instaurato tra la ricorrente e la O. R. in virtù delle dimissioni che B. B. avrebbe rassegnato da quest'ultima in data 28 febbraio 2005.

L'assunto non è condivisibile.

Va osservato, in primo luogo, che la circostanza relativa alle dimissioni è stata meramente affermata e non provata dalla C. Srl, la quale, al riguardo, ha articolato una prova per testi (punto E delle conclusioni rassegnate nella memoria difensiva: «Vero che la ricorrente, in qualità di socio lavoratore della O. R. Scarl, presentava le proprie dimissioni dalla stessa Società cooperativa, con decorrenza dal 28 febbraio 2005»). Tale articolazione probatoria è inammissibile, non venendo specificato in che circostanze, in quale luogo e, soprattutto, nei confronti di chi la ricorrente avrebbe verbalmente espresso la propria chiara volontà di interrompere il rapporto.

A ciò si aggiunga che, secondo i principi generali, del recesso del socio lavoratore deve essere data prova scritta.

(*Omissis*)

È pacifico che il 28 febbraio 2005, giorno delle presunte dimissioni, la O. R. Srl sia stata sciolta e messa in liquidazione: pertanto la cessazione del rapporto sociale è da ricondurre esclusivamente alla intervenuta estinzione della società, e non a una volontà del socio di interrompere il rapporto.

D'altronde è provato che la O. R. si è sciolta subito dopo e in conseguenza della cessione ad altro soggetto dell'attività imprenditoriale svolta sino a quel momento: è sufficiente a dimostrare tale consequenzialità la coincidenza temporale tra lo scioglimento della cooperativa e il subentro nella gestione dell'azienda (28 febbraio 2005). Ma la correlazione emerge anche da altre circostanze, prima tra tutte l'Accordo sindacale stipulato anteriormente e in funzione del passaggio della titolarità dell'azienda: il contenuto di tale Accordo – benché eviti accortamente di qualificare la vicenda come un trasferimento d'azienda – fa chiaro riferimento alla decisione di O. R. di sciogliersi anticipatamente e all'intento della C. di rilevare l'entità economica da quella gestita.

Questi essendo i fatti accertati, non è in alcun modo possibile far discendere dalla risoluzione del rapporto sociale l'estinzione del rapporto di lavoro, che invece, in forza della cessione dell'azienda, doveva proseguire in capo al cessionario.

Non è pertanto corretto sostenere che al caso di specie possano applicarsi le norme della legge n. 142 del 2001, come modificata dalla legge n. 30/2003, che prevedono l'estinzione del rapporto di lavoro in caso di recesso o esclusione del socio lavoratore, così come non è corretto invocare il principio della cd. preminenza del rapporto associativo su quello di lavoro. Precisato che tale principio non esclude l'autonomia dei due rapporti, che rimangono giuridicamente distinti, è evidente che quando lo scioglimento della cooperativa di lavoro sia conseguenza della cessione dell'azienda a un diverso soggetto deve trovare applicazione l'art. 2112 cod. civ., con conseguente mantenimento dei rapporti di lavoro.

(*Omissis*)

Accertato che è intervenuto un trasferimento d'azienda dalla O. R. Srl alla C. I. Srl, deve essere dichiarata l'esistenza tra le parti di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato sin dall'origine, mai validamente interrotto. Non può essere considerata atto idoneo a risolvere il rapporto l'avvenuta assunzione della ricorrente a decorrere dal 1° maggio 2005 in virtù di contratto di inserimento con durata di 18 mesi; persistendo l'originario rapporto a tempo indeterminato, tale atto deve infatti essere considerato nullo e comunque del tutto inefficace.

(*Omissis*)

Resta da esaminare la domanda volta a ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale che la ricorrente deduce di aver subito in conseguenza della discriminazione che la C. avrebbe messo in atto nei suoi confronti come verso gli altri *ex* dipendenti di sesso femminile della cooperativa O. R.

(*Omissis*)

B. B., a decorrere dal 1° maggio 2003, è stata assunta con contratto a tempo indeterminato dalla O. R. come operatrice di *call center* addetta all'unità produttiva sita sulla Pontina.

Il 24 febbraio 2004 la C. e le segreterie regionali di Slc-Cgil, Fistel-Cisl, Uil-Comuil hanno stipulato un Accordo sindacale nelle cui premesse si legge: «La Società O. R. Srl, attualmente composta da 257 soci lavoratori, ha programmato lo scioglimento anticipato *ex art.* 2359 cod. civ. [...]. A seguito dello scioglimento della cooperativa, gli *ex* soci si troverebbero nella condizione di non avere, nell'immediatezza, opportunità di trovare occupazione. La C., intendendo integrare strategicamente le proprie attività e le offerte ai clienti, era ed è interessata all'apertura di un'unità produttiva nel Lazio per la gestione di attività in *outsourcing* in ambito di *customer care* [...]. Vista la situazione creatasi C. dichiara che è disposta, a determinate condizioni, a offrire una valida opportunità di occupazione agli *ex* soci della cooperativa».

Nelle linee operative dell'Accordo vengono quindi enunciate le modalità che si sarebbero seguite nell'assunzione degli *ex* dipendenti della cooperativa di servizi: in particolare la C. si impegna «ad attivare 126 rapporti di lavoro con la forma contrattuale a tempo indeterminato, escludendo fin d'ora, per questi rapporti di lavoro, l'applicazione del periodo di prova»; si impegna «altresì ad attivare 131 contratti di inserimento» specificando che la selezione delle persone da assumere con tale tipologia contrattuale sarebbe avvenuta tra i soggetti in possesso dei requisiti di cui alla lett. *e* dell'art. 54, d.lgs. n. 276/2003 (donne di qualsiasi età residenti in un'area geografica ove è più elevata la disoccupazione femminile).

È significativo che nel citato Accordo la convenuta garantisce comunque l'assunzione a tempo indeterminato dei lavoratori assunti con contratto di inserimento e che si impegnasse «a trattare la forza lavoro nella sua integrità senza disomogeneità circa le modalità di assunzione».

(*Omissis*)

Alla scadenza dei 18 mesi, trasformava a tempo indeterminato solo 100 dei 131 contratti di inserimento, escludendo, tra le altre, la ricorrente.

(*Omissis*)

Prescindendo dalla finalità elusiva della disciplina dei trasferimenti d'azienda – che è possibile cogliere tanto nei contratti stipulati a tempo indeterminato che in quelli di inserimento –, la scelta di riservare ai soli *ex* soci

uomini la certamente più favorevole opzione del contratto a tempo indeterminato imponendo invece alle donne la meno vantaggiosa alternativa del contratto di inserimento, pare integrare un obiettivo pregiudizio arrecato alla lavoratrice in ragione del sesso.

Rispetto a una scelta del datore di lavoro univocamente indirizzata a rendere più difficile per i dipendenti di sesso femminile il mantenimento del rapporto di lavoro, risulta integrata la nozione di discriminazione di genere cristallizzata nell'art. 4 della legge n. 125/91, che comprende qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via indiretta le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso.

Giova ricordare che per ritenere provata la natura discriminatoria dell'atto è sufficiente, ai sensi dell'art. 4, comma 5, legge n. 125/91, che il ricorrente fornisca elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni o da altri elementi idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione dell'esistenza della discriminazione, spettando in tal caso al convenuto l'onere della prova dell'insussistenza della discriminazione.

E nel caso di specie la condotta discriminatoria si desume, in effetti, dal dato statistico, non contestato, che tutti gli *ex* soci di sesso maschile della cooperativa sono stati assunti a tempo indeterminato; mentre tutti gli *ex* soci di sesso femminile sono stati assunti con contratto di inserimento, alla scadenza del quale sono stati per una parte espulsi dal lavoro. Non risulta invece dimostrato, e l'onere ricadeva sul datore, che il trattamento diseguale sia dipeso da obiettive necessità di impresa.

È evidente, in particolare, che non può rappresentare valida giustificazione delle scelte della C. il richiamo all'art. 54, lett. *e*, della legge Biagi con cui l'Accordo sindacale motiva il ricorso alla forma del contratto di inserimento per le sole *ex* socie lavoratrici. Tale norma – che, come noto, individua nelle donne di qualsiasi età residenti in zone a elevato tasso di disoccupazione una delle categorie di persone per cui è giustificata l'assunzione del contratto di inserimento – non può fornire alcuna copertura normativa alla decisione di riservare nelle modalità di assunzione un trattamento peggiore alle lavoratrici per il solo fatto di essere donne.

Deve osservarsi che la gravità della discriminazione operata risulta viepiù accentuata dalla circostanza che essa è stata posta in essere attraverso una serie di atti coordinati (l'Accordo sindacale del febbraio 2004, le assunzioni dell'anno successivo) che avevano il contestuale scopo di eludere la disciplina sui trasferimenti di azienda e il *connesso* obbligo di mantenere, con le originarie caratteristiche, tutti i rapporti di lavoro instaurati dalla società cessionaria.

Essendo provata la sussistenza di una discriminazione di genere, la ricorrente ha diritto al risarcimento del danno non patrimoniale subito per effetto di tale discriminazione.

A tale riguardo, il Tribunale osserva che, non essendo stato allegato nessuno specifico pregiudizio di natura psico-fisica o esistenziale, la domanda risarcitoria può trovare accoglimento limitatamente al danno cd. morale.

(*Omissis*)

(1-3) TRASFERIMENTO D'AZIENDA, BENI IMMATERIALI E SUCCESSIONE NEGLI APPALTI

1. — *Introduzione* — Con la sentenza in epigrafe, il giudice di prima istanza, riconoscendo nel caso esaminato la sussistenza di un'ipotesi di trasferimento d'azienda, riconosce l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2112 cod. civ. quando il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata comporti un passaggio di beni immateriali che risultino funzionalmente e autonomamente idonei allo svolgimento di un'attività imprenditoriale.

Nel caso di cui si discute, infatti, la ricorrente lamentava l'elusione delle norme relative al trasferimento d'azienda in occasione del subentro di una Società a responsabilità limitata nell'attività della Società cooperativa a responsabilità limitata presso la quale lavorava con contratto a tempo indeterminato. Al riguardo, la lavoratrice chiedeva in via principale che, rimaste invariate mansioni e luogo di lavoro, fosse accertata la sussistenza del trasferimento d'azienda e che le fosse riconosciuta, quindi, la persistenza del rapporto di lavoro a tempo indeterminato. In alternativa, chiedeva che fosse riconosciuta la nullità del contratto di inserimento con cui la società subentrante aveva assunto, dietro accordo sindacale, le dipendenti di sesso femminile già lavoratrici presso la società liquidata. La nuova società, infatti, nell'assumere i lavoratori già dipendenti della Società cooperativa liquidante, aveva provveduto, con comportamento discriminatorio, ad assumere i lavoratori di sesso femminile con un contratto di inserimento della durata di 18 mesi, e, diversamente, i lavoratori di sesso maschile con un contratto di lavoro a tempo indeterminato. Infine, chiedeva il versamento delle retribuzioni maturate dall'applicazione del nuovo contratto e il ristoro del danno non patrimoniale subito per la discriminazione attuata nei suoi confronti dalla nuova società.

2. — *La nozione di trasferimento d'azienda e la successione nell'appalto* — Il giudice di prime cure, accogliendo l'istanza principale della ricorrente con una motivazione condivisibile, riconosce, in capo alla parte resistente, il trasferimento dell'azienda di cui era titolare la disciolta Srl e il derivante diritto dei dipendenti del cedente al proseguimento del rapporto alle dipendenze del cessionario. Sebbene, dunque, mancasse una cessione formale di contratti dalla società cedente alla società cessionaria, e questa seconda continuasse a utilizzare lo stesso stabile e i medesimi impianti usati dalla prima, ma in base a un contratto di locazione autonomamente stipulato con una società terza, il giudicante, rilevando un trasferimento funzionale di beni e di rapporti giuridici soggetto alla disciplina di cui all'art. 2112 cod. civ., ha ritenuto che il dato sostan-

ziale dell'identità dei beni impiegati per esercitare l'attività economica ceduta dovesse prevalere su quello formale dell'assenza di contratti di cessione tra le due società.

Appare evidente come la decisione in nota, dunque, sia il naturale epilogo del lungo mutamento normativo e giurisprudenziale, nazionale e comunitario, che la disciplina dei trasferimenti di azienda ha subito per agevolare il passaggio dall'impresa taylor-fordista, base delle originarie disposizioni codicistiche in materia di lavoro, all'impresa reticolare, capace di sostenere la internazionalizzazione dei mercati attraverso interventi sugli assetti societari (gruppi, scissioni, fusioni) e sui processi produttivi (trasferimenti di azienda, appalti, contratti di subfornitura, *outsourcing*). Infatti, in vigore il vecchio testo dell'art. 2112 cod. civ., il trasferimento d'azienda ineriva a quel complesso di beni che, nella dottrina giuslavoristica, erano definiti «potenzialmente idonei all'esercizio dell'impresa», poiché distinti dall'impresa intesa quale esercizio dell'attività economica (Cfr. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, I, Milano, 1972, pp. 271 ss. Per la giurisprudenza di merito, Pret. Genova, 22 ottobre 1998, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 1006, e in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 574; per quella di legittimità, si veda Cass. 14 luglio 1984, in q. *Riv.*, 1985, II, p. 188). La sostituzione dell'originario art. 2112 cod. civ. per mezzo dell'articolo 1 del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, il cui comma 5 è stato successivamente modificato dal disposto dell'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, ha evidenziato, invece, la volontà del legislatore di superare, in materia, la nozione ordinaria di azienda, di cui all'art. 2555 cod. civ., definendone il trasferimento «qualsiasi operazione che, in seguito a cessazione contrattuale o fusione, comporti il mantenimento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o del provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato». Va da sé che, realizzandosi il trasferimento col mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata, oggetto del trasferimento non sia più il complesso di beni e rapporti «potenzialmente idonei all'esercizio dell'impresa», ma l'impresa stessa, intesa sia come organizzazione di beni sia come attività economica (G. Santoro Passatelli, *Opinioni sul trasferimento d'azienda*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 688; Idem, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino, 2004; G. Mannacio, *Riforma Biagi: il trasferimento d'azienda*, in *Guida lav.*, 2004, n. 15, p. 12; M. Marazza, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 599). L'attuale nozione di trasferimento ha, così, soddisfatto la necessità di adeguare la legislazione interna a quella comunitaria (L'evoluzione normativa della disciplina comunitaria è stata segnata dalle Direttive: n. 77/187/Ce del 14 febbraio 1977, recepita dall'art. 47 della legge n. 428/90; n. 98/50/Ce del 29 giugno 1998, recepita dal d.lgs. n. 18/2001; e n. 2001/23/Ce del 12 marzo 2001. Tutte sono state pubblicate sulla *Gazz. Uff. Ce*, rispettivamente sui numeri: L. 061, 5 marzo 1977; L. 201, 17 luglio 1998; e L. 82/16, 22 marzo 2001. In dottrina, C. Cester, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzia per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in M. T. Carinci e C. Cester, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Milano, 2001), recependo, nel contempo, l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia per cui il trasferimento d'azienda si sostanzia nella continuità di un'attività economica ben identificata e autonoma, in altre parole «preesistente» (In particolare, vedi Corte di Giustizia Ce 11 marzo 1997, C-13/1995, *Suzen*

c. Zehmacker, in *Mass. Giur. lav.*, 1998, p. 241, e in *Or. giur. lav.*, 1998, III, p. 11). Al riguardo, vale la pena accennare alla particolarità che, malgrado l'attuale testo dell'art. 2112 cod. civ., comma 5, preveda espressamente l'elemento della «preesistenza» dell'attività economica organizzata soltanto quando vi sia trasferimento dell'azienda tutta, e non anche di una sola parte di essa, anche in questo secondo caso non sembra potersi prescindere dal requisito della preesistenza, poiché l'accordo tra cedente e cessionario si sostanzia non nella «creazione», ma nella «individuazione» della parte di azienda da trasferire, intesa come articolazione funzionalmente autonoma. Al contrario, il carattere della preesistenza potrebbe apparire superfluo proprio in riferimento all'oggetto del trasferimento d'azienda poiché il trasferimento di un totale non potrebbe prescindere dalla sua precedente esistenza. Tuttavia, oltre ogni considerazione, sembra opportuno dipanare il dubbio creato dall'indicazione normativa ritenendo che l'elemento della preesistenza sia stato inserito per sostenere l'interesse, tutelato con l'istituto del trasferimento, al mantenimento del valore economico e produttivo dell'entità traslata (Cfr. Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1095, con nota di R. Cosio). E, nel caso in esame, proprio la preesistenza dell'attività esercitata, sommata all'utilizzo da parte della società cessionaria degli stessi locali utilizzati dalla società cedente per l'attività di *customer care*, hanno indotto il giudice di prime cure a ritenere che si sia verificata un'ipotesi di trasferimento *ex art.* 2112 cod. civ. Inoltre, il giudice del primo grado, recependo l'accezione dematerializzata e leggera di trasferimento delineata dal legislatore con gli interventi normativi del 2001 e del 2003, aderisce all'orientamento della Suprema Corte per il quale la nozione di trasferimento d'azienda prescinde dalla sussistenza di un rapporto contrattuale diretto tra l'imprenditore uscente e quello che subentra perché ciò che conta è che sia trasferito un complesso organizzativo funzionalmente autonomo, idoneo all'esercizio di un'attività di impresa. *Nulla quaestio* se fra i beni trasferiti quelli materiali siano secondari, poiché strumentali e perciò non necessariamente coincidenti con quelli utilizzati dal cedente, rispetto a quelli immateriali, quali il *know-how*, la forza lavoro e la clientela (Per la giurisprudenza di legittimità, vedi Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, in *Foro it.*, 2002, I, n. 2278, con nota di R. Cosio, e in *Not. giur. lav.*, 2002, pp. 532 ss.; Cass. 12 gennaio 2005, n. 493, in *Foro it.*, 2005, I, pp. 690 ss., con nota di A. M. Perrino; Cass. 9 marzo 2005, n. 5138).

Seguendo il filo logico giuridico delle motivazioni del giudicante, viene meno anche il tentativo della parte resistente di negare la sussistenza di un trasferimento d'azienda stante l'applicabilità dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003, che esclude la fattispecie del trasferimento nell'ipotesi di una successione nell'appalto. Difatti, come validamente espresso in sentenza, malgrado la società cessionaria si aggiudicava l'appalto avente a oggetto lo svolgimento del servizio di *call center*, *customer care* ed elaborazione dati già offerto dalla cedente, il subentro della nuova società appaltatrice nella titolarità dell'entità economica preesistente per mezzo dell'utilizzo dei beni patrimoniali dell'appaltatrice originaria deve far ritenere integrata la fattispecie di cui all'art. 2112 cod. civ. (Cfr. Trib. Roma 9 giugno 2005; Trib. Roma 14 novembre 2007. Orientamenti simili sono stati espressi dalla Corte di Giustizia Ce, e, al riguardo, si vedano: Corte di Giustizia Ce 20 novembre 2003, n. 340/2001, *Abler*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 27, con nota di D. Casale; Corte di Giustizia Ce 24 gennaio 2002, n. 51/00, *Temco service*, in *De&L*, 2002, p. 57).

3. — *L'elusione della disciplina del trasferimento d'azienda tra presunte dimissioni del socio lavoratore e il comportamento discriminatorio del cessionario* — Il giudice, tenuto conto della contemporaneità tra la dichiarazione verbale delle presunte dimissioni della socia lavoratrice e lo scioglimento della Srl di cui era dipendente con contestuale successione della nuova Srl nella gestione dell'azienda, ha ritenuto irrilevante la prospettiva di parte resistente circa le presunte dimissioni da parte della lavoratrice. Infatti, appare illogico sostenere che la dipendente abbia voluto recedere dal rapporto in costanza di un accordo sindacale stipulato per garantire la riassunzione presso la nuova Srl del personale già dipendente della Srl. Sicuramente più corrispondente al vero è che il rapporto di lavoro sia venuto meno per l'estinzione della Società cooperativa e che, dunque, il rapporto di lavoro instaurato con la Srl perduri, *ab origine* e senza soluzione di continuità, con la Srl subentrante.

E in ogni caso il riconoscimento della validità delle dimissioni verbali, comunque non provate dalla controparte, sarebbe stata ostacolata dalla normativa in materia di socio lavoratore che, tenuto conto della duplice condizione del prestatore, ha previsto due ipotesi tipizzate di estinzione del rapporto. Al riguardo, ai sensi dell'art. 5, comma 2, della legge 3 aprile 2001, n. 142, come modificato dalla lettera *d* dell'art. 9 della legge 14 febbraio 2003, n. 30, il rapporto del socio lavoratore si estingue esclusivamente per recesso (art. 2532 cod. civ.) o per esclusione (art. 2533 cod. civ.), a seguito di esplicite delibere del consiglio di amministrazione della cooperativa (Sul punto, L. Tartaglione, *Le modifiche alla disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, in *Guida lav.*, 2003, n. 10, p. 70. In merito alla riforma attuata con la legge n. 142/2001, A. Andreoni, *La riforma della disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, in *Lav. giur.*, 3, 2001). Soltanto le dimissioni della lavoratrice dalla posizione di socio presentate per iscritto, e accettate formalmente dalla società secondo le modalità di cui all'art. 2532 cod. civ., avrebbero dato luogo, dunque, all'interruzione del rapporto lavorativo con la Srl, stante il principio della cosiddetta preminenza del rapporto societario su quello di lavoro introdotto dalle recenti modifiche normative in materia di socio lavoratore sopra richiamate. Infatti, nelle Società cooperative, considerato che lo svolgimento dell'attività lavorativa concorre al raggiungimento dello scopo sociale, prima si è considerati soci e poi lavoratori. Conseguentemente, se il venir meno dell'occasione di lavoro non comporta necessariamente il recesso del socio dal rapporto sociale, quest'ultimo è sicuramente motivo di interruzione del rapporto di lavoro del socio di cooperativa. Proprio perché l'esercizio della prestazione lavorativa del socio è ritenuta una modalità di adempimento dell'obbligazione derivante dal rapporto sociale e mutualistico, nei suoi confronti non si prevedono assunzione e licenziamento, ma ammissione e recesso, o esclusione, ai sensi degli artt. 2527, 2532 e 2533 cod. civ.

Preso atto, dunque, dell'elusione della disciplina dettata dall'art. 2112 cod. civ., il giudice ha altresì espresso valutazioni in merito al fatto che la Srl, malgrado si fosse impegnata con l'Accordo sindacale sopra menzionato «a trattare la forza lavoro nella sua integrità senza disomogeneità circa le modalità di assunzione», abbia poi tenuto un comportamento discriminatorio in base al genere dei lavoratori. Difatti, degli *ex* dipendenti soci della cooperativa, la Srl ne assumeva 131 di sesso maschile con contratto a tempo indeterminato, e 126 di sesso femminile con contratto di inserimento della durata di 18 mesi (È opportuno evidenziare che la sentenza qui commentata si differenzia, sul punto, dal pronunciamento del Tribunale di Roma 20 novembre

2007, annotato in questo stesso volume, con il quale il giudice ha ritenuto di non dover deliberare in merito alla richiesta della parte attrice in ordine alla condotta discriminante della società subentrante, considerandola assorbita dal riconoscimento della persistenza del rapporto di lavoro *ab origine* tra la lavoratrice ricorrente e la società resistente).

Secondo il parere condivisibile del Tribunale civile di Roma, in funzione di giudice unico del lavoro, dunque, la prova della condotta discriminatoria posta in essere dalla datrice risiede nel dato statistico dell'assunzione con contratto di inserimento delle sole donne transitate nella società subentrante, e nella applicazione alle stesse di condizioni meno favorevoli dal punto di vista giuridico ed economico, obiettivamente differenti in base al genere. Come è ormai noto, l'art. 54 del d.lgs. n. 276/2003 ha individuato nel contratto di inserimento lo strumento di incentivo all'occupazione delle fasce di lavoratori cosiddette deboli e svantaggiate [Sul punto, P. G. D'Onghia, *I contratti a contenuto formativo: apprendistato e contratto di inserimento*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Bari 2006; Alleva, *Ricerca ed analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in q. Riv., 2003, I, p. 887]. Tuttavia, le perplessità che suscitano, in via generale, le ripercussioni economiche e professionali che subiscono tali lavoratori nell'essere assunti con contratto di inserimento (M. M. Mutarelli, *Welfare, mercato del lavoro e competitività – Mercato del lavoro – La riforma degli incentivi all'occupazione e del contratto di inserimento*, in *Guida lav.*, 2008, n. 2, p. 50, evidenzia come «il sottoinquadramento del lavoratore previsto dall'art. 59 del d.lgs. n. 276/2003, non rappresenta il prezzo che il lavoratore paga per la sua formazione [...], ma quello dell'assunzione stessa» per cui «il costo dell'occupabilità di lavoratori considerati svantaggiati viene addossato ai lavoratori stessi») si uniscono a quelle relative all'efficacia della configurazione, sia in linea generale sia nel caso in esame, dell'ipotesi prevista dalla lettera e, comma 1, dell'art. 54 del d.lgs. n. 276/2003. Infatti, sebbene la difesa della società convenuta, richiamando l'Accordo sindacale già citato in questa nota, abbia giustificato la legittimità dei contratti di inserimento, stipulati dalla Srl con le *ex* dipendenti della Srl, con la sussistenza del requisito della residenza delle lavoratrici donne in un'area geografica a forte tasso disoccupazionale, l'art. 1 del d.m. 17 novembre 2005 ha individuato come aree territoriali di cui all'articolo 54, comma 1, lettera e, tutte le Regioni e le Province autonome vanificando, di fatto, per gli anni 2004, 2005 (anno di stipulazione dei contratti di inserimento di cui si tratta) e 2006, la capacità selettiva del criterio oggettivo richiesto dalla norma (Il d.m. citato è reperibile sul sito *web: www.cgil.it/giuridico/legislazione*). La condotta discriminante della resistente, dunque, si sostanzia nell'utilizzo improprio dei contratti di inserimento allo scopo di attuare una disuguaglianza di trattamento «in entrata». E ciò in pieno disaccordo con lo scopo di eliminare le «disparità di fatto di cui le donne sono oggetto [...] nell'accesso al lavoro...», perseguito dall'art. 1 della legge n. 125/91 in favore dell'occupazione femminile [Da evidenziare, malgrado non vigente all'epoca dei fatti, l'espresso divieto alla «discriminazione sul sesso per quanto riguarda l'accesso al lavoro» posto ora dall'art. 27 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, che, enucleando il *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, riunisce e coordina tra loro le disposizioni vigenti per la prevenzione e rimozione di ogni forma di discriminazione fondata sul sesso. Cfr., sul tema, anche Direttiva 5 luglio 2006, n. 2006/54/Ce, art. 14. In dottrina, L. Guaglione, *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. Barbera

(a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007]. Lo stesso giudice, infatti, ha evidenziato che l'art. 54 del d.lgs. n. 276/2003, pur individuando una categoria debole di lavoratori, non fornisce il presupposto giuridico sulla base del quale discriminare le lavoratrici riservando loro un trattamento sfavorevole soltanto in quanto donne. Se così fosse, si inibirebbe l'utilizzo dei contratti di inserimento laddove, invece, si verificassero i criteri selettivi espressamente individuati dalla norma a favore dell'occupabilità di categorie con maggiori difficoltà di inserimento nel mondo del lavoro. Il giudicante, poi, nel liquidare in via equitativa il patimento (cd. danno morale) causato alla lavoratrice dalla preoccupazione circa la precarietà della sua posizione lavorativa, conclude osservando che la scelta di assumere le sole donne con contratti di inserimento *ex* lettera *e*, art. 54, sopra citato, assume i caratteri di un'azione discriminatoria soltanto se colui che la pone in essere non adempie, come avvenuto per la società resistente, l'onere posto a suo carico di dimostrare le obiettive necessità imprenditoriali di tale preferenza.

Annamaria Lucarelli

*Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi di Roma «La Sapienza»*

I

TRIBUNALE MILANO, 29 febbraio 2008, Sez. lav. – Est. Atanasio – D. R. (avv. Spagnuolo Vigorita) c. Sistemi Informativi Spa (avv. Stanchi) e Selfin Spa (avv.ti Ciriello e Fabozzi).

Trasferimento di ramo d'azienda – Nozione – Soppressione del requisito della preesistenza ex art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 – Perdurante necessità della preesistenza dell'autonomia funzionale del ramo oggetto di trasferimento – Diritto comunitario – Primazia.

Nel nostro ordinamento, in virtù del principio di supremazia del Diritto comunitario su quello nazionale, sussiste un preciso obbligo per il giudice di interpretare il diritto interno alla luce della lettera e della ratio della disciplina comunitaria tenendo conto anche dei risultati cui è pervenuta la giurisprudenza comunitaria nell'opera di armonizzazione della legislazione statale dei diversi paesi membri dell'Unione europea. Pertanto – anche in considerazione del valore «normativo» delle pronunce interpretative della Corte di Giustizia – deve ritenersi che la nozione di ramo d'azienda elaborata nell'ambito della giurisprudenza comunitaria sia vincolante anche per il giudice nazionale.

Di conseguenza, il ramo d'azienda è configurabile in ipotesi concretamente diverse, sul presupposto imprescindibile dell'esistenza di un trasferimento di un'entità economica oggettiva che mantenga con il trasferimento la sua identità economica. Si deve trattare, quindi, della cessione di un'articolazione funzionalmente autonoma di un'entità organizzata e preesistente alla vicenda traslativa, identificabile e idonea a funzionare autonomamente e che mantenga con il trasferimento la propria identità. (1)

II

TRIBUNALE ROMA, 3 marzo 2008, Sez. lav. – Est. Valle – A. U. e altri c. Sistemi Informativi Spa (avv.ti Ferzi e Stanchi) e Selfin Spa (avv.ti Ciriello e Fabozzi).

Trasferimento di ramo d'azienda – Nozione – Soppressione del requisito della preesistenza ex art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 – Perdurante necessità della preesistenza dell'autonomia funzionale del ramo oggetto di trasferimento – Diritto comunitario – Primazia.

Nel nostro ordinamento, in virtù del principio di supremazia del Diritto comunitario su quello nazionale, sussiste un preciso obbligo per il giudice di interpretare il diritto interno alla luce della lettera e della ratio della disciplina comunitaria tenendo conto anche dei risultati cui è pervenuta la giurisprudenza comunitaria nell'opera di armonizzazione della legislazione statale dei diversi paesi membri dell'Unione europea. Pertanto – anche in considerazione del valore «normativo» delle pronunce interpretative della Corte di Giustizia – deve ritenersi che la nozione di ramo d'azienda elaborata nell'ambito della giurisprudenza comunitaria sia vincolante anche per il giudice nazionale.

Di conseguenza, il ramo d'azienda è configurabile in ipotesi concretamente diverse, sul presupposto imprescindibile dell'esistenza di un trasferimento di un'entità economica oggettiva che mantenga con il trasferimento la sua identità economica. Si deve trattare, quindi, della cessione di un'articolazione funzionalmente autonoma di un'entità organizzata e preesistente alla vicenda traslativa, identificabile e idonea a funzionare autonomamente e che mantenga con il trasferimento la propria identità. (2)

I

(Omissis)

Motivi della decisione

Preliminarmente si devono rigettare le eccezioni di incompetenza funzionale del giudice adito in quanto nel caso di specie le domande rientrano tra quelle di cui all'art. 409 cod. proc. civ. e comunque le domande di accertamento dell'insussistenza del trasferimento di azienda non hanno alcuna ricaduta sull'assetto patrimoniale della Selfin Spa in amministrazione straordinaria.

A) I fatti, nel loro nucleo essenziale, sono sostanzialmente pacifici. La ricorrente, dipendente di Sistemi Informativi sin dal 1° gennaio 2002 (a seguito di fusione per incorporazione di Selfin Spa), aveva svolto mansioni di formazione e vendita di corsi di formazione e coordinamento di progetti di formazione per le imprese private («settore mercato») fino all'aprile 2004, quando – chiusa la funzione di vendita esclusiva dei sistemi informativi Spa per la formazione – la ricorrente era passata a svolgere mansioni di vendita di prodotti per la p.a. locale nell'ambito della direzione Pal (cfr. ricorso e memoria difensiva, p. 7).

A seguito di procedura *ex art. 47*, legge n. 428/90, la Società Sistemi Informativi Spa aveva trasferito a Selfin Spa il ramo di azienda costituito dall'attività di rivendita di *software* e *system integration* della società cedente co-

stituito da strutture (*computer* portatili, *monitor*, tastiere, stampanti, *modem*, masterizzatori, *software*), da 78 lavoratori e da rapporti contrattuali [contratti di servizio, contratti passivi, licenze d'uso sui pacchetti applicativi (cfr. contratto di cessione prodotto in atti)].

Non hanno invece costituito oggetto di trasferimento: il settore vendita (Direzione vendita) che si occupava dell'acquisizione e della gestione del cliente, dell'elaborazione delle sue strategie e della vendita delle soluzioni informatiche suggerite; il settore prodotti che si occupava dell'effettiva installazione del prodotto informatico venduto, della gestione e dell'aggiornamento dei *software* e della formazione dell'utente; il settore tecnico che provvedeva al coordinamento dei progetti informatici (cfr. ricorso non contestato in tale parte dalle convenute). Nemmeno poi era stata ceduta la Direzione *Contracts & Negotiation Pricing Mgr*, la quale aveva una funzione di coordinamento (*cross*) e di supervisione in quanto competente al rilascio delle necessarie autorizzazioni, peraltro creata «essenzialmente per l'armonizzazione dei processi aziendali con quelli della controllante Ibm» (cfr. memoria difensiva Sistemi Informativi, p. 12).

Il trasferimento di azienda ha riguardato lavoratori collocati all'interno di tre diverse sedi (Milano, Roma, Verona) senza che però gli stessi venissero ospitati in una struttura idonea, non disponendo Selfin di una propria sede in quanto – secondo quanto affermato dalle stesse convenute – non necessaria, dovendo i lavoratori svolgere la propria attività presso le aziende clienti, ciò che però non è avvenuto nel caso dei lavoratori della sede di Roma che hanno continuato a svolgere la propria attività presso la sala *reception* e il refettorio della Sistemi Informativi (cfr. comunicazione in data 11 maggio 2005 del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza).

La particolarità della situazione logistica dei lavoratori trasferiti ha poi avuto quale esempio emblematico quello della ricorrente la quale per svolgere la propria attività lavorativa ha utilizzato il proprio *personal computer* (nonché *fax* e stampante) collegandosi direttamente da casa attraverso la propria linea telefonica (fatti questi dedotti in ricorso nemmeno contestati dalle convenute).

Dopo una pluralità di contestazioni provenienti dai clienti di Selfin circa l'inadempimento di questa ai propri obblighi contrattuali (cfr. lettera Datasiel in data 31 marzo 2005; cfr. lettera Ulss Verona 24 maggio 2005; Istituto sacra Famiglia 19 luglio 2005, *sub* documentazione ricorrente), con sentenza n. 1654 del 2 agosto 2005, il Tribunale di S. Maria Capua Vetere ha dichiarato lo stato di insolvenza di Selfin Spa *ex art. 3, d.lgs. n. 270/99*.

La ricorrente in data 4 novembre 2005 ha rassegnato le proprie dimissioni per giusta causa.

B) La domanda di accertamento dell'insussistenza del trasferimento di azienda è fondata. Com'è noto – giusta l'art. 2112 cod. civ., come novellato dall'art. 32, d.lgs. n. 276/2003 –, «si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità [...]. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento».

Da quanto precede, emerge con evidenza che i requisiti essenziali perché possa individuarsi nella cessione di un'attività economica organizzata un trasferimento di ramo di azienda, regolato da tale norma, sono che il ramo ceduto abbia le caratteristiche dell'articolazione funzionalmente autonoma e che quell'articolazione sia nella sua struttura preesistente al trasferimento e che conservi la sua identità al momento del trasferimento.

Il primo requisito è testuale.

Invece il secondo, presente nella norma nazionale del 2001, è stato eliminato nel 2003. Ma tale soluzione appare in palese contrasto con la Direttiva n. 2001/23/Ce del 12 marzo 2001, la quale, all'art. 1, paragrafo 1, lett. *b*, individua quale elemento della fattispecie l'entità economica – sia essa essenziale che accessoria – intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, la quale conservi la propria identità.

E non sembra che quella scelta del legislatore nazionale sia consentita essendo in palese contrasto con i criteri individuati da quello comunitario con una norma che ha tutti i caratteri della norma *self executing* tenuto conto della sua specificità.

Non ritiene questo giudice poi che, «ai fini della individuazione della fattispecie, sia rilevante la volontà (e identificazione) che di quell'articolazione aziendale sia stata fatta dalle parti contraenti al momento della cessione identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento».

Ciò per una serie di ragioni.

La prima è che vi è un palese contrasto tra la identificazione della fattispecie attraverso dati oggettivi (l'articolazione funzionalmente autonoma, la preesistenza e l'identità dell'articolazione) a quelli soggettivi di cui si discute (la valutazione fatta dalle parti contraenti).

Se il legislatore ha inteso vincolare la fattispecie a indici oggettivi non è possibile poi al tempo stesso che ne abbia voluto domandare la indivi-

duazione alle parti contraenti. Ciò è del resto coerente anche con il dettato normativo contenuto nella Direttiva n. 2001/23/Ce del 12 marzo 2001, appena esaminato.

Ma poi occorre porre mente al fatto che con la normativa sul trasferimento di azienda i legislatori sia nazionale che comunitario hanno voluto tutelare i diritti costituzionalmente garantiti del lavoratore, prevedendo che il rapporto di lavoro segue l'azienda ancorché muti il soggetto che ne abbia la titolarità. E ciò appunto per evitare che qualsiasi cessione di ramo o di azienda possa determinare la cessazione del rapporto di lavoro dei lavoratori ceduti con conseguenze pesantissime dal punto di vista sia soggettivo, del lavoratore, che economico-sociale per la collettività di lavoratori investita da tale fenomeno.

Ebbene, tali diritti del lavoratore non possono che essere collegati a una situazione fattuale obiettivamente individuabile la quale sia sempre riscontrabile dal giudice, al quale ne sia stata demandata la verifica; ciò che non potrebbe accadere nel caso in cui fosse assegnato ai due soggetti contraenti il potere di individuare il ramo di azienda da alienare.

Ma poi occorre porre mente al fatto che il requisito soggettivo implicherebbe che due soggetti potrebbero, con un accordo contrattuale, incidere negativamente su diritti costituzionalmente garantiti di una pluralità di lavoratori terzi rispetto al negozio traslativo; nella sostanza ne potrebbero in qualche modo disporre, e questa soluzione si pone in un contrasto irrisolvibile proprio con la normativa sul trasferimento di azienda, che invece ha inteso impedire che i lavoratori possano subire pregiudizio dal trasferimento di azienda o di un suo ramo.

La conclusione è allora che l'ultimo periodo dell'art. 2112 cod. civ. va interpretato nel senso che il trasferimento di ramo di azienda potrà considerarsi realizzato solo qualora il ramo ceduto abbia le caratteristiche dell'articolazione funzionalmente autonoma e sia nella sua struttura preesistente al trasferimento conservando la sua identità al momento del trasferimento.

C) Alla luce di quanto si è fin qui detto appare evidente che nel caso di specie non ricorre affatto un trasferimento di azienda.

Manca, infatti, del tutto l'autonomia economico-funzionale del ramo ceduto rispetto al resto del soggetto aziendale.

In verità quell'autonomia – l'onere probatorio la cui sussistenza grava certamente sulle convenute – non è nemmeno stata dedotta prima ancora che provata; ma poi è già l'esame dei fatti che induce a ritenere insussistente l'autonomia della parte ceduta.

Come si è prima visto in fatto la struttura della società si componeva del settore vendite, del settore prodotti, del settore assistenza e manuten-

zione del *software*, del settore tecnico che provvedeva al coordinamento dei progetti informatici.

A fronte di tale complessiva organizzazione produttiva – la quale aveva una sua completezza e unitarietà – alla Società Selfin sono state cedute le attività di manutenzione e di assistenza al cliente dei *software* in uso e non invece tutti gli altri settori, tra i quali va ricordata la Direzione *Contracts & Negotiation Pricing Mgr*, la quale aveva una funzione di coordinamento e di supervisione.

Proprio quest'ultima, infatti, avrebbe potuto essere qualificata come la indispensabile direzione che – coordinando tutte le altre sezioni – ne gestiva la necessaria funzionalità. Appare evidente pertanto che, di per sé sola, la sezione manutenzione e assistenza dei contratti ceduta non poteva ritenersi avere alcuna autonomia funzionale, come del resto le successive vicende hanno mostrato.

Non vi era alcuna struttura che – almeno a Milano (e Verona) – fosse idonea a ricevere i dipendenti e le apparecchiature (*computer*, stampanti, *monitor*, tastiere, *modem*, masterizzatori, *software*); e la ricorrente era stata costretta addirittura a operare usando la propria postazione di casa e utilizzando le proprie apparecchiature.

La Selfin non era riuscita sin da subito a operare, e già di qualche mese successivo al trasferimento sono le lettere delle amministrazioni che lamentavano l'inadempimento di Selfin nella gestione dei contratti; con la conseguenza che di quest'ultima il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere aveva dichiarato lo stato di insolvenza già ad agosto.

Ancora si deve osservare che con il trasferimento sono stati ceduti solo alcuni contratti del settore manutenzione e assistenza, e non anche tutti gli altri riferibili alle Pubbliche amministrazioni locali (Pal) e centrali (Pac), che – per stessa ammissione del procuratore speciale della società – Sistemi Informativi ha continuato a gestire in proprio (e «faccio presente che certamente Sistemi Informativi sta intrattenendo rapporti con pubbliche amministrazioni, ma si tratta di altri applicativi e servizi diversi da quelli oggetto della cessione»). Sicché non è dato comprendere come un ramo di azienda possa essere costituito solo da una parte di un settore aziendale: in tal modo, se davvero si consentisse a una società di scegliere quale parte di un settore cedere, allora si darebbe la possibilità alle aziende di operare quella individuazione soggettiva delle parti da cedere che, come si è prima visto, costituirebbe palese negazione dei diritti indisponibili dei lavoratori ceduti.

Ma poi vi è un ultimo dato – forse il più importante – che conferma le tesi della ricorrente, e cioè il fatto che era stato ceduto insieme a tutti gli altri il contratto della Dinoia nonostante che questa, pacificamente addetta al

settore vendite, non avesse alcuna competenza in merito all'attività di manutenzione e assistenza ceduta alla Selfin.

D) La difesa di Sistemi Informativi Spa ha poi eccepita la carenza di interesse della ricorrente in conseguenza delle dimissioni rassegnate nel novembre 2005.

L'eccezione è infondata.

L'insussistenza di un trasferimento di azienda fa sì che nel caso di specie non ci si trovi nell'ambito di operatività dell'art. 2112 cod. civ., bensì di quello di cui all'art. 1406 cod. civ., il quale però richiede – ai fini della efficacia della cessione – il consenso dell'altro contraente, nel caso di specie del tutto assente.

Pertanto, a seguito del (l'insussistente) trasferimento di azienda il rapporto di lavoro della Dinoia con Sistemi Informativi non è mai cessato. È vero, invece, che se ne è costituito un altro della ricorrente con Selfin. Le dimissioni che la Dinoia ha rassegnato nei confronti di Selfin ha certo posto fine a quello in essere tra questi due soggetti, ma non ha invece intaccato l'operatività di quello sussistente tra Dinoia e Sistemi Informativi tuttora efficace, seppure in uno stato di quiescenza.

Va pertanto condannata Sistemi Informativi Spa a riammettere immediatamente la ricorrente nel posto di lavoro in mansioni professionalmente equivalenti a quelle da ultimo svolte.

(*Omissis*)

II

(*Omissis*) Con ricorso, depositato in questa cancelleria in data 8 settembre 2005 e ritualmente notificato alla Sistemi Informativi Spa, e alla Selfin Spa, A. U., B. L., C. S., C. M., C. P., C. G., D'A. M., De R. M., Di C. M., Di M. A., D. M., F. F., F. L., F. O., G. M., G. G., M. L., M. A., M. A., M. S., M. A., N. M., P. M., P. R., R. I., R. L., S. A., T. M., Di G. M. P. e F. A. M. esponevano che: erano tutti dipendenti della Sistemi Informativi Spa presso la sede di Roma; la Sistemi Informativi Spa, facente parte del gruppo multinazionale Ibm, operava nel settore del *software* applicativo; sin dal 25 novembre 2008 era stata aperta una procedura di trasferimento di azienda in favore della Selfin Spa, di proprietà al 100% del gruppo Melfin con contratto stipulato in data 30 dicembre 2004 e a firma del notaio Miserocchi di Milano la Sistemi Informativi Spa cedeva un ramo d'azienda alla Selfin Spa, e, unitamente a questo, i loro contratti di lavoro; l'operazione di cessione di ramo d'azienda era illegittima, in quanto posta in essere in violazione della disciplina

inderogabile sancita dall'art. 2112, comma 5, cod. civ.; più specificamente, non era oggettivamente possibile individuare l'unità organizzativa ceduta da Sistemi Informativi Spa a Selfin Spa, e inoltre difettavano i requisiti necessari per poter affermare l'esistenza di un'articolazione funzionalmente autonoma richiesta dal legislatore ai fini dell'operatività della disciplina di cui all'art. 2112, comma 5, cod. civ., essendosi la Sistemi Informativi Spa limitata ad accorpare una serie di beni materiali, di contratti, di rapporti giuridici e di lavoratori provenienti da unità diverse, privi di un reale ed effettivo collegamento organizzativo e funzionale; mancava un luogo spaziale, una sede nella quale i lavoratori ceduti potevano continuare l'attività lavorativa; la disomogeneità delle attività svolte dai lavoratori interessati dalla cessione non consentiva di individuare quell'articolazione funzionalmente autonoma richiesta dalla norma in questione; nel negozio traslativo risultava inserita soltanto una frazione di un unitario contesto organizzativo; la parte ceduta, non disponendo di autonomia organizzativa e funzionale, non poteva operare sul mercato; il negozio di cessione non era realizzato per esigenze di ristrutturazione aziendale della Sistemi Informativi Spa, ma era concluso per poter disfarsi dal contesto aziendale di circa cento lavoratori, e dunque era servito, quale contratto in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 cod. civ., ad aggirare il sistema della legge n. 223/1991 in materia di licenziamenti collettivi; prova ne era che, dopo la cessione del ramo, la Selfin Spa era sottoposta, in data 2 agosto 2005, a causa di conclamata insolvenza, alla procedura di amministrazione straordinaria dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere: non configurando il compendio ceduto un'autonoma articolazione d'impresa ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., la cessione realizzata dalla Sistemi Informativi Spa integrava la fattispecie negoziale di cessione del contratto di cui all'art. 1406 cod. civ.; non avendo essi prestato il proprio consenso a detta operazione, la cessione del contratto di lavoro era da considerarsi nulla.

Tanto esposto i ricorrenti chiedevano a questo Tribunale che, accertata la nullità, per il difetto dei requisiti richiesti dalla legge, della cessione del ramo d'azienda operata con contratto stipulato il 30 dicembre 2004 tra Sistemi Informativi Spa e Selfin Spa, fosse dichiarato nullo il loro trasferimento alle dipendenze della Selfin Spa e fosse ripristinato il loro rapporto di lavoro con Sistemi Informativi Spa, con le mansioni corrispondenti alla specifica professionalità e livello di inquadramento posseduti all'atto nella cessione, con vittoria delle spese di lite, da distrarsi.

(Omissis)

Motivi della decisione

L'eccezione di carenza di interesse ad agire per intervenute dimissioni dalla Selfin Spa formulata con riguardo ai ricorrenti da entrambe le società con-

venute parti del contratto di cessione di ramo d'azienda (Sistemi Informativi Spa e Selfin Spa) è destituita di fondamento, in quanto, a prescindere da riflessi nella loro sfera patrimoniale individuale con riferimento alle retribuzioni maturate a loro favore dalla data del contratto di cessione fino alla data delle dimissioni, il singolo lavoratore, e quindi nella specie i ricorrenti, ha uno specifico e puntuale interesse a che il datore di lavoro non lo elimini dalla propria organizzazione aziendale al di fuori delle procedure previste a tal fine dall'ordinamento e segnatamente quelle di cui alla legge n. 223/1991, in tema di licenziamenti individuali.

L'interesse dei ricorrenti ad agire per far dichiarare la nullità del negozio da cessione discende anche dal fatto che dall'accoglimento delle proprie istanze deriva la prosecuzione del rapporto di lavoro con la Sistemi Informativi Spa.

Infine, non si può desumere una rinuncia alla reintegrazione presso la società cedente o un'accettazione degli effetti della cessione di ramo d'azienda solo per la risoluzione del rapporto con la società cessionaria, non essendo la decisione di recedere dal rapporto di lavoro con la Selfin Spa incompatibile con la volontà di iniziare e proseguire una causa nei confronti della cedente per sostenere la perdurante esistenza di un rapporto con quest'ultima.

Il ricorso è fondato per le ragioni di seguito esposte.

In ragione della conclusione del contratto di cessione di ramo d'azienda da Sistemi Informativi Spa a Selfin Spa – impugnato in questa sede – in data 30 dicembre 2004, alla fattispecie dedotta in causa è applicabile l'art. 2112 cod. civ. come innovato dall'art. 32 del d.lgs. n. 276 del 2003.

Secondo giurisprudenza di questo ufficio (Trib. Roma, Sezione IV lavoro, giudice Orrù, sentenza del 3 novembre 2005, in causa RG. 225791/2004), pienamente condivisa da questo giudice in quanto fondata su attenta disamina della normativa sia di carattere nazionale che comunitario e delle stesse fonti giurisprudenziali di entrambi gli ambiti, «ostano a una interpretazione della norma contenuta nell'art. 2112, comma 1, cod. civ., nel senso che sarebbe consentita la sua applicazione al trasferimento di qualsiasi articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, anche se non preesistente e soprattutto priva del requisito della conservazione della sua identità economica, identificata come tale solo al momento della sua cessione, sia ragioni di ordine squisitamente letterale sia ragioni di ordine sistematico».

Innanzitutto deve essere rilevato che, in ossequio alla *ratio* della norma fondata esclusivamente sulla garanzia di tutela del mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, l'operazione di individuazione dell'oggetto del trasferimento in termini di entità economica preesistente, idonea a mantenere con il trasferimento la propria identità, neces-

saria al fine dell'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. al trasferimento dell'azienda complessiva, a maggior ragione deve ritenersi necessaria nel caso di trasferimento del ramo d'azienda che altro non è se non una parte dell'azienda. La possibilità concessa al cedente e al cessionario di «identificare» l'articolazione funzionalmente autonoma dell'attività economica organizzata al momento del suo trasferimento, e in esclusiva funzione di esso, non può consentire, pertanto, la «creazione» di un ramo d'azienda mediante unificazione di elementi non riconducibili alla nozione di parte di azienda priva di una preesistente autonomia organizzativa ed economica. Il termine «identificare» utilizzato dal legislatore significa letteralmente accertare l'identità, riconoscere una realtà già esistente non certo costituente un'entità nuova. Il significato del termine «identificazione» contenuto nell'art. 2112 cod. civ. deve perciò essere interpretato con riferimento al trasferimento di parte dell'azienda – nonostante l'eliminazione dell'inciso «preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità» – congiuntamente e inscindibilmente alla previsione contenuta nella prima parte della norma relativa al trasferimento dell'intera azienda. Siffatta interpretazione del dato testuale, ai fini dell'identificazione concreta dell'oggetto del trasferimento, trova giustificazione e conferma anche in ragioni di ordine sistematico.

La nozione di ramo di azienda, originariamente ricostruita sul dato normativo contenuto nell'art. 2573 cod. civ. che disciplina il trasferimento di una parte dell'azienda come presupposto per il trasferimento del diritto di uso del marchio registrato, è stata successivamente elaborata dalla giurisprudenza in termini di possibilità di trasferire singole unità produttive, da considerare come «aziende» ai sensi e per gli effetti dell'art. 2112 cod. civ. Il legislatore nazionale ha più volte modificato l'art. 2112 cod. civ. in fase di recepimento della normativa comunitaria (Direttiva Ce n. 187/77, Direttiva Ce n. 50/98, e ora, senza sostanziali innovazioni, Direttiva Ce n. 23/2001) introducendo con il d.lgs. n. 18/2001 la nozione di ramo d'azienda. Nel nostro ordinamento, in virtù del principio di supremazia del Diritto comunitario su quello nazionale, sussiste un preciso obbligo per il giudice di interpretare il diritto interno alla luce della lettera e della *ratio* della disciplina comunitaria tenendo conto anche dei risultati cui è pervenuta la giurisprudenza comunitaria nell'opera di armonizzazione della legislazione statale dei diversi paesi membri dell'Unione europea. Pertanto – anche in considerazione del valore «normativo» delle pronunce interpretative della Corte comunitaria – deve ritenersi che la nozione di ramo d'azienda elaborata nell'ambito delle pronunce della Corte di Giustizia sia vincolante anche per il giudice nazionale. L'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia ha preso le mosse dalla Direttiva n. 187/77, che comprendeva nel suo ambito anche i

trasferimenti di «parti di stabilimenti». Analizzando le decisioni della Corte europea che hanno riguardato cessioni parziali di azienda, riferite a casi di cd. esternalizzazione nei quali erano ravvisabili la dismissione da parte dell'impresa di una certa attività, spesso ausiliaria, e la prosecuzione della stessa attività da parte di altro soggetto, si evince una interpretazione teleologica del dato normativo, in linea con la Direttiva n. 77/187 e con il suo art. 1, comma 1, che mira a garantire la continuità dei rapporti di lavoro esistenti nell'ambito di una «entità economica». La Corte europea ha ritenuto l'applicabilità della disciplina comunitaria esclusivamente alle cessioni, anche configuranti ipotesi concretamente diverse, sul presupposto imprescindibile dell'esistenza di un trasferimento di un'entità economica oggettiva che mantenga con il trasferimento la sua identità economica. Secondo la Corte il criterio determinante per accertare l'esistenza di un trasferimento ai sensi dell'art. 1, n. 1, della Direttiva n. 187/77 consiste nel fatto che un nuovo imprenditore prosegua o riprenda la gestione dell'entità in questione conservandone l'identità. Nel caso di processi produttivi ove l'elemento del personale è prevalente l'entità economica trasferita può conservare la sua identità anche solo con il trasferimento del personale senza necessità di trasferimento di beni materiali (cfr. sentenza 12 novembre 1992, causa C-209/1991, *Wastson Rask c. Christensen*; sentenza 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Suzen*; sentenza 10 dicembre 1998, cause riunite n. C-127/1996, C-229/1996 e C-74/1997, *Vidal*; sentenza 10 dicembre 1998, cause riunite n. C-173/1996 e C-247/1996, *Hidalgo*). Nel caso invece di realtà produttive ove, viceversa, è prevalente l'elemento dell'organizzazione materiale dei mezzi di produzione, l'entità trasferita conserva la sua identità anche in mancanza del trasferimento di tutto il personale che il cedente destinava all'esecuzione della stessa attività (sentenza 20 novembre 2003, causa C-340/01, *Carlito c. Sodexho*). In sostanza la Corte di Giustizia ha sempre privilegiato il dato oggettivo dell'identità della parte di impresa ceduta la cui consistenza deve essere identificata con riferimento specifico al tipo di impresa o stabilimento valutando complessivamente nella concreta vicenda circolatoria tutti gli elementi rilevanti allo scopo. La recente Direttiva n. 98/50 ha raccolto espressamente i risultati interpretativi già consolidati nella giurisprudenza della Corte e ha testualmente precisato che l'entità economica è da intendere come «insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria, che deve conservare con il trasferimento di parti di imprese o di stabilimenti la propria identità» (cfr. in proposito i «Considerando» che precedono l'articolo, a loro volta rievocati nelle premesse dell'ultima Direttiva «redazionale» del 12 marzo 2001, n. 23: in particolare, al n. 7). La conservazione della identità economica costituisce quindi l'elemento imprescindibile nell'interpretazione della Corte di Giustizia per l'applicazione della

Direttiva comunitaria n. 77/187 ai trasferimenti di articolazioni o parti dell'impresa (in tal senso, da ultimo, sentenza 26 maggio 2005, in causa C-478/03). Sulla base di queste considerazioni non può legittimamente sostenersi una nozione allargata di ramo di azienda tale da legittimare, attraverso il trasferimento, tutte le operazioni di «esternalizzazione» di servizi. Di certo ha invece il conforto della disciplina comunitaria una nozione più restrittiva di ramo di azienda, che, per essere tale, deve avere una sua autonomia funzionale, nel senso che deve presentarsi come una articolazione funzionalmente autonoma di una entità organizzata e preesistente. Il ramo di azienda, nella sua entità oggettiva deve perciò preesistere alla vicenda traslativa, nel senso che già prima esso, deve essere identificabile e idoneo a funzionare autonomamente e deve mantenere con il trasferimento la propria identità. In tal senso, come detto, si era unanimemente espressa la giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr., in particolare, Cass. 14 dicembre 1998, n. 12554, cit.; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207; Cass. n. 206/04).

I risultati interpretativi raggiunti devono essere tuttora confermati anche in esito alla modifica dell'art., 2112 cod. civ. a opera dell'art. 32, d.lgs. n. 276/03, sulla base della necessità di un'interpretazione adeguatrice della normativa nazionale alle direttive comunitarie e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Alla luce delle considerazioni finora svolte non può ritenersi che l'autonomia funzionale del ramo trasferito possa essere valutata con esclusivo riferimento al momento della sua cessione attraverso l'individuazione che di essa ne hanno fatto il cedente e il cessionario. Come già ritenuto da Cass. n. 206/04, non è perciò sufficiente ai fini dell'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. l'astratta idoneità del nucleo di beni o rapporti ceduti a essere organizzati per l'esercizio di un'attività essendo necessario che tale idoneità fosse preesistente e sia mantenuta con la cessione. Diversamente opinando, sarebbe la sola volontà dell'imprenditore a unificare un complesso di beni (di per sé privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica volta a uno scopo unitario), al solo fine di renderlo oggetto di un contratto di cessione di ramo di azienda, disponendo così unilateralmente in ordine alla disciplina sulla sorte dei rapporti di lavoro che invece l'art. 2112 cod. civ. ricollega necessariamente alla presenza di elementi oggettivi. Ne resta, dunque, confermato il principio giurisprudenziale dell'assimilazione tra azienda e parte di azienda, differenziate solo, come ovvio, sotto il profilo quantitativo, sicché resta escluso che un ramo di azienda possa essere costituito solo al momento del trasferimento e in esclusiva funzione di esso, con un'operazione strumentale indirizzata all'espulsione, per questa via indiretta, di lavoratori eccedenti, trasferiti a un cessionario che, strettamente legato all'impresa cedente da un contratto di appalto, sarebbe posto in condizione di modificare liberamente le preesistenti

condizioni di lavoro (contratti collettivi, condizioni di stabilità del posto di lavoro ecc.). L'interpretazione restrittiva della norma, pertanto, oltre a essere conforme ai principi del Diritto comunitario, è altresì l'unica possibile al fine di evitare abusi del sistema di riduzione del personale in esubero oltre i limiti posti dall'ordinamento positivo con la disciplina della mobilità e dei licenziamenti collettivi. L'interpretazione contraria della norma di cui all'art. 2112 cod. civ. legittimerebbe, per le ragioni suddette, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea in merito all'applicabilità della Direttiva n. 77/187 alle ipotesi di circolazione di parti dell'impresa senza conservazione della loro identità economica oggettiva.

Nel caso di specie non ritiene questo giudice che l'entità dei beni e del personale trasferiti dalla Sistemi Informativi Spa alla Selfin Spa con il contratto del 30 dicembre 2004 abbia caratteristiche proprie di un ramo di azienda come sopra enucleabile dalla normativa di riferimento. Dagli allegati al contratto di cessione di ramo d'azienda, in una con i nominativi dei 78 lavoratori facenti parte del gruppo dei ceduti (tra i quali vi sono gli odierni ricorrenti), si rileva che sono stati oggetto di cessione, quanto ai beni materiali e alle attrezzature, solamente più *personal computer* portatili, alcuni *monitor*, Cpu, tastiere, stampanti, *modem* e masterizzatori. Si rileva, inoltre, che il numero dei *monitor* ceduti non corrisponde a quello delle tastiere, dei *modem* o delle stampanti, il numero dei *personal computer* è inferiore a quello dei lavoratori, mancano i normali accessori di ufficio (telefoni, *fax*, fotocopiatrici ecc.), nonché gli arredi (sedie, scrivanie, librerie ecc.), senza considerare l'assenza di una reale nuova sede aziendale.

I beni tramite i quali la Selfin Spa avrebbe dovuto esercitare l'attività imprenditoriale ceduta sono scarni e di ridotto valore. La loro modesta consistenza è inidonea a suffragare l'autonomia imprenditoriale del ramo ceduto se solo si mediti sulla circostanza di come avrebbe potuto consentire l'operatività aziendale in tre sedi sparse in Italia (Roma, Verona, Milano).

Risulta, quindi, del tutto carente l'entità minima dei beni che consentirebbe di poter far ritenere integrato un ramo d'azienda, e segnatamente la «direzione prodotti Pal», in precedenza deputato alla gestione di tutti i contratti che prevedevano la vendita e/o i servizi legati ai prodotti Selfin.

A ragionare altrimenti si legittimerebbe ogni forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate tra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza a un ramo d'azienda oggettivamente autonomo (in tal senso Cass. n. 15105/02).

Per di più, nel ramo oggetto di trasferimento sono state agglomerate frazioni eterogenee dell'attività aziendale, non autosufficienti e non coordinate tra loro.

Quanto al personale, Sistemi Informativi Spa e Selfin Spa non hanno in alcun modo chiarito, sebbene ne fossero onerate, per quale ragione siano stati ceduti solo 57 lavoratori a fronte degli 86 che nell'organigramma di Sistemi Informativi Spa erano addetti alla «direzione prodotti Pal», senza considerare che dei 78 lavoratori ceduti 21 non erano dipendenti di detta direzione, come ammesso dalla stessa Sistemi Informativi Spa (p. 5 della sua memoria difensiva).

Inoltre, l'argomentazione della Sistemi Informativi Spa, secondo cui il ramo trasferito era costituito dal totale dei lavoratori che si occupavano dei pacchetti informativi sviluppati per la pubblica amministrazione, e che quindi erano dotati delle necessarie competenze professionali – argomentazione che ribadisce il contenuto dell'art. 4 del contratto di cessione ove tra i beni trasferiti è incluso il «*know-how* acquisito dai dipendenti» –, è rimasta una mera affermazione di principio non definita con idonee allegazioni utili per descrivere la professionalità dei ricorrenti considerata nella cessione del ramo d'azienda.

È opportuno rammentare come la Corte di Cassazione (in armonia con la Corte di Giustizia europea, sentenza 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Suzen*) abbia ammesso che possa configurarsi un trasferimento di ramo d'azienda anche nel caso di «passaggio presso la cessionaria di soli dipendenti», purché «stabilmente coordinati e organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare *know-how*» (così Cass. n. 206/04, nonché Cass. n. 15443/174; Cass. n. 6292/06). Posto, quindi, come in alcuni casi, in alcuni settori o aree produttive in cui le strutture assumono scarsa se non alcuna rilevanza (organizzazioni cd. *labour intensive*), si possa anche ritenere ammissibile la configurazione di una fattispecie di cui all'art. 2112 cod. civ. pure nel caso di trasferimento di un'entità costituita da soli dipendenti, senza beni materiali o con ridotti strumenti per l'esercizio dell'impresa (come si è riscontrato nel caso di specie), bisogna però porre in rilievo come la stessa Corte, nelle medesime pronunce, abbia precisato che, anche in siffatte ipotesi, «requisito indefettibile della fattispecie legale tipica delineata dal Diritto comunitario e dall'art. 2112 cod. civ. resta comunque l'elemento dell'organizzazione, intesa come legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra di esse e capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili», al punto che, piuttosto che parlare di trasferimento di azienda, sembrerebbe più corretto parlare di trasferimento di impresa (o ramo di impresa), rilevando come essenziale il dato dinamico e funzionale (Cass. n. 19842/03). L'articolazione, dunque, per avere autonomia funzionale, deve presentarsi come una sorta di piccola azienda, in grado di funzionare in modo autonomo, essendo quantitativa più che qualitativa la distinzione tra l'azienda e il suo ramo (Cass. n. 15105/2002).

Le società resistenti avrebbero dovuto provare l'esistenza di un'organizzazione che includesse i lavoratori, tanto da poterli considerare un'entità economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni e servizi, qualificabile, quindi, come un ramo d'azienda. Ma sul punto non risulta fornita alcuna utile allegazione probatoria, avendo le società convenute omissivo di descrivere in che modo i lavoratori ceduti potevano reputarsi come parte di un sistema organizzato, e non avendo descritto quale poteva essere il loro particolare *know-how*, la loro professionalità e i loro legami organizzativi.

Ciò posto, il ramo ceduto risulta consistere essenzialmente in un elevato numero di dipendenti (raggruppati in settori non omogenei, privi di una particolare organizzazione, di un peculiare *know-how* o professionalità, e operanti alcuni nella direzione prodotti Pal, altri addetti a diverse direzioni), ma non è munito di sufficienti beni strumentali per consentire allo stesso un'effettiva autonomia imprenditoriale.

L'operazione negoziale si rivela, quindi, illegittima per il difetto dell'autonomia funzionale del ramo come identificato dal cedente e dal cessionario al momento suo trasferimento.

Le finalità garantistiche da fenomeni di aggiramento della normativa sui licenziamenti collettivi e sull'esternalizzazione (cd. *outsourcing*), al quale risulta tuttora ispirato il disposto dell'art. 2112 cod. civ., risultano vanificate.

Non avendo i ricorrenti prestato il consenso alla cessione del proprio contratto di lavoro, come richiesto dall'art. 1406 cod. civ., deve, quindi, affermarsi la nullità del contratto di cessione, avuto riguardo a tutti i ricorrenti, stipulata in data 30 dicembre 2004 tra Sistemi Informativi Spa e Selfin Spa, con conseguente ripristino del rapporto di lavoro dei ricorrenti con Sistemi Informativi Spa dalla data del negozio di cessione d'azienda, nella precedente sede, con le precedenti mansioni, inquadramento e trattamento economico, detratto quanto percepito alle dipendenze della Selfin Spa.

(*Omissis*)

(1-2) LA PREESISTENZA È REQUISITO NECESSARIO DEL RAMO D'AZIENDA PER LEGITTIMARNE IL TRASFERIMENTO

1. — La recentissima giurisprudenza di merito, pronunciata in materia di trasferimento d'azienda, ha delimitato correttamente i confini della fattispecie «trasferimento di ramo di azienda», affermando la necessaria e imprescindibile sussistenza dei requisiti dell'autonomia funzionale e della preesistenza del ramo stesso, quale struttura che deve conservare nel trasferimento la propria identità.

In particolare, si fa riferimento alla sentenza del Tribunale di Milano del 29 febbraio 2008 e alla sentenza del Tribunale di Roma del 3 marzo 2008: pronunce, queste, di rilevante interesse e di straordinario impatto interpretativo, ove è fermamente

statuito il principio secondo il quale l'identificazione del ramo d'azienda deve consistere unicamente nel riconoscimento di una realtà già esistente.

L'importanza di tali decisioni nasce dal fatto che svolgono una funzione di correttivo e, al tempo stesso, di creazione normativa (Cfr. L. Lombardi-Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 379, che sostiene che «viva vox iuris è anche la giurisprudenza») preordinata a colmare le lacune o, meglio ancora, i maldestri (non si sa se più o meno consapevoli) interventi del legislatore italiano di recepimento delle direttive comunitarie.

Tali direttive – che rivestono un ruolo determinante come strumento di ravvicinamento delle legislazioni sociali degli Stati membri (*ex art. 100 del Trattato istitutivo Cee*) – hanno, a loro volta, aderito ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia Ce. È innegabile e decisiva l'influenza esercitata dalla giurisprudenza comunitaria sul contenuto delle direttive stesse mediante la propria attività creativa nel processo di produzione della normativa comunitaria (Sul punto si rinvia, in particolare, a R. Foglia, *L'attuazione giurisprudenziale del Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2002, pp. 218 ss.; Idem, *La fattispecie trasferimento d'azienda alla luce della nuova direttiva 98/50: profili definitivi e interpretativi*, in *Foro it.*, 2000, I, cc. 866 ss.; P. Lambertucci, *La configurazione dell'azienda nel Diritto comunitario e nel diritto interno, ai fini del suo trasferimento*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, pp. 127 ss.; Idem, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Giappichelli, Torino, 1999; S. Ciucciovino, *La nozione di «azienda trasferita» alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, pp. 893 ss.; R. Cosio, *Il trasferimento delle imprese nel Diritto comunitario: l'evoluzione degli orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 1998, IV, cc. 437 ss.; S. Scarponi, *Il dialogo fra giudice comunitario e giudice nazionale alla luce della direttiva sul trasferimento di azienda*, in *Studi in onore di Giuseppe Federico Mancini*, I, *Diritto del lavoro*, Milano, 1998, pp. 523 ss.; P. Pellissero, *L'«entità economica» come oggetto del trasferimento d'azienda: sviluppi recenti della giurisprudenza comunitaria e possibili riflessi sugli orientamenti nazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, pp. 63 ss.; Idem, *Trasferimento d'azienda fra Diritto comunitario e diritto interno. L'individuazione della fattispecie*, in *q. Riv.*, 1999, pp. 799 ss.; A. Pizzoferrato, *La nozione giuslavoristica di trasferimento d'azienda fra Diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, pp. 429 ss.; R. Romei, *op. cit.*, pp. 335 ss.).

Ma sul peculiare profilo del rapporto fra normativa nazionale e normativa comunitaria e sulle modifiche dell'art. 2112 cod. civ., intervenute per dare attuazione alle direttive comunitarie, ci soffermeremo più avanti, procedendo ora a esaminare il caso.

2. — Il caso – sottoposto al giudizio del Tribunale di Milano – trae origine dal comportamento scorretto e *contra legem* delle Società convenute (rispettivamente Selfin Spa e Sistemi Informativi Spa), per aver attuato una cessione di ramo di azienda priva dei requisiti di legittimità.

In realtà, la ricorrente dipendente di Sistemi Informativi Spa era adibita allo svolgimento di mansioni di formazione e vendita di corsi di formazione e coordinamento di progetti di formazione per le imprese private. Solo a partire dal 2004 – a seguito della chiusura della funzione di vendita esclusiva dei sistemi informativi per la formazione e del trasferimento a Selfin Spa del ramo d'azienda costituito dall'attività di rivendita di *software* e *system integration* della società cedente composto da strutture (*com-*

puter portatili, *monitor*, tastiere, stampanti, *modem*, masterizzatori, *software*), da 78 lavoratori e da rapporti contrattuali (contratti di servizio, contratti passivi, licenze d'uso sui pacchetti applicativi) – la dipendente si trovò a dovere svolgere mansioni di vendita di prodotti per la Pubblica amministrazione locale (in acronimo Pal) nell'ambito della direzione Pal.

In altri termini, sotto l'etichetta «trasferimento di ramo d'azienda», era stata realizzata un'operazione illegittima consistente nello smantellamento di segmenti di attività privi di autonomia funzionale preesistente e sostanzialmente rappresentati dalle attività di manutenzione e di assistenza al cliente dei *software* in uso presso le Pubbliche amministrazioni locali e centrali (in acronimo Pac). E ciò trova conferma nel fatto che i lavoratori – provenienti, fra l'altro, dalle tre diverse sedi di Milano, Roma e Verona – coinvolti nella vicenda traslativa non erano stati accolti in una sede idonea, dal momento che la Selfin non disponeva di una struttura idonea. E v'è di più. L'attività dei lavoratori trasferiti si restringeva a una mera assistenza presso le aziende clienti e, in ogni caso, comportava per i lavoratori stessi l'utilizzo del proprio *personal computer* (oltre che di *fax* e stampante) mediante collegamento diretto dalla propria abitazione tramite la propria linea telefonica.

Si è proceduto, infatti, a un mero assemblaggio di persone e funzioni limitate e alla loro esternalizzazione al solo fine di abbattere costi di gestione e di strutture, senza curarsi della mancanza del presupposto del requisito della preesistente autonomia funzionale del «pacchetto», denominato arbitrariamente ramo di azienda: circostanza che risulta comprovata anche dal mancato trasferimento del settore vendita (riguardante l'acquisizione e gestione del cliente, l'elaborazione delle sue strategie e la vendita delle soluzioni informatiche suggerite), del settore prodotti (concernente l'effettiva installazione del prodotto informatico venduto, la gestione e l'aggiornamento del *software* e della formazione dell'utente) e del settore tecnico (preordinato al coordinamento dei progetti informatici).

Della complessa organizzazione produttiva unitaria è stato ceduto un frammento – rappresentato dalla mera attività di manutenzione e assistenza al cliente dei *software* in uso – e non le altre parti (tra cui il settore vendite cui era adibita originariamente la ricorrente) concorrenti a comporre nel loro insieme l'autonomia funzionale, ivi compresa la Direzione *Contracts & Negotiation Pricing Mgr*, deputata alla funzione di coordinamento e di supervisione di tutte le sezioni nella loro unitarietà.

Altra vicenda, analoga a quella appena illustrata e che vede coinvolte le medesime società, è stata decisa dal Tribunale di Roma. Anche in questo caso era stata posta in essere una cessione illegittima di ramo d'azienda fra la Società Sistemi Informativi Spa e la Società Selfin Spa: non era, infatti, possibile individuare l'unità organizzativa ceduta.

La Società Sistemi Informativi Spa si è limitata – come si legge testualmente nella sentenza in commento – ad accorpare una serie di beni materiali, di contratti, di rapporti giuridici e di lavoratori provenienti da unità produttive diverse, privi di un reale ed effettivo collegamento organizzativo e funzionale. E ciò è comprovato dalla mancanza di una struttura e di una sede nella quale i lavoratori ceduti potessero operare e dalla disomogeneità delle competenze e delle attività proprie dei lavoratori interessati dal trasferimento. Detto diversamente, si trattava della cessione di una mera frazione di un unitario contesto organizzativo.

Tale frazione, fisiologicamente priva di autonomia organizzativa e funzionale, non era assolutamente idonea a operare sul mercato, ma serviva come strumento per eliminare dal contesto aziendale un centinaio di dipendenti.

Di conseguenza, l'operazione traslativa in esame rappresentava un negozio in frode alla legge (*ex art. 1344 cod. civ.*) diretto a eludere la disciplina in materia di licenziamenti collettivi (Cfr., sul punto, R. De Luca Tamajo, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002, p. 9). Non era, quindi, riconducibile nell'ambito dell'art. 2112 cod. civ. – che identifica la fattispecie autentica di trasferimento di azienda a garanzia dei diritti dei lavoratori –, ma rientrava a pieno titolo nell'alveo dell'art. 1406 cod. civ., che richiede il consenso del lavoratore ceduto per il perfezionamento della cessione del contratto.

L'esito delle vicende considerate si è concretato nella dichiarazione di nullità della cessione di ramo di azienda e nella conseguente prosecuzione dei rapporti di lavoro dei dipendenti illegittimamente trasferiti con la società cedente (Sistemi Informativi Spa), ma nella sede originaria e con stessa qualifica, stesse mansioni e medesimo trattamento corrisposti prima dell'arbitraria e illegittima cessione.

3. — La linea argomentativa posta alla base delle decisioni esaminate è riconducibile all'orientamento secondo il quale la normativa e la giurisprudenza sia nazionali sia comunitarie ostano a una interpretazione della norma contenuta nell'art. 2112, comma 1, cod. civ., secondo cui sarebbe consentita la sua applicazione al trasferimento di qualsiasi articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, anche se non preesistente e soprattutto priva del requisito della conservazione della sua identità economica, identificata come tale solo al momento della cessione. E ciò, perché la *ratio* della normativa – nazionale e comunitaria – in materia di trasferimento d'azienda è di tutelare i diritti del lavoratore previsti dalla Costituzione, mediante la garanzia di continuazione del rapporto di lavoro indipendentemente dal mutamento della titolarità soggettiva dell'azienda.

La *ratio* della tutela, che il legislatore si è preoccupato di assicurare, è da ricercarsi nell'inserzione del lavoratore in azienda, per effetto della quale il lavoratore resta legato alle sorti non tanto dell'imprenditore, quanto dell'azienda stessa. Ciò va letto alla luce dell'art. 46 Cost., che, sancendo il principio di collaborazione dei lavoratori alla gestione delle aziende [M. D'Antona, voce *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, vol. XXII, e in B. Caruso e S. Sciarra (a cura di), *Opere. Scritti sul Diritto sindacale*, Milano, 2000, vol. II, pp. 203 ss., specie 244 ss.], fonderebbe (pur senza nulla concedere a concezioni associative del contratto di lavoro, che resta pur sempre fondato su una tipica causa di scambio) l'esistenza di una sorta di comune interesse nell'impresa, rappresentato dal fine produttivo alla realizzazione del quale concorrono tutti i soggetti operanti nell'azienda: sia il datore di lavoro sia i lavoratori (F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, pp. 126 ss.).

In tale ottica, l'armonizzazione delle legislazioni nazionali, sia in generale sia con particolare riguardo all'ipotesi del trasferimento d'azienda, è un momento importante, che non deve essere assolutamente strumentalizzato per abbassare il livello di protezione dei diritti dei lavoratori. Circostanza che, invece, si sta verificando, dal momento che il nuovo testo dell'art. 2112 cod. civ., alla luce delle molteplici e spe-

cie ultime modificazioni, «tende a rappresentare un ombrello impugnato dall'imprenditore per conferire unità alle attività, alle strutture produttive e alla manodopera esternalizzata» (R. Romei, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 361).

Occorre, quindi, reagire – specie di fronte a una diffusa corsa alla flessibilità, alla precarizzazione dei rapporti di lavoro, all'esternalizzazione e all'uso strumentale della cessione di ramo d'azienda – circoscrivendo l'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. solo ed esclusivamente alle ipotesi legittimamente riconducibili alla fattispecie «trasferimento di azienda o di ramo di azienda», al fine di garantire, in piena conformità allo spirito e al dettato della normativa comunitaria, una ragionevole tutela ai lavoratori coinvolti in autentiche vicende traslative, a prescindere dal loro consenso. La disciplina da considerare, infatti, rappresenta il punto di equilibrio e/o compromesso fra l'esigenza di tutela delle condizioni di lavoro dei prestatori di lavoro interessati e l'esigenza di rispetto della libertà di iniziativa economica, che si estrinseca nella circolazione dell'impresa. Pertanto, l'interpretazione – qui condivisa e precedentemente sostenuta (Si permetta di rinviare ad A. Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2004) – dell'art. 2112 cod. civ. è di arginare le pericolose modifiche intervenute mediante la cancellazione materiale del requisito della preesistenza e la previsione secondo cui la parte d'azienda da trasferire, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, possa essere identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento (*ex art. 32, d.lgs. n. 276/2003*); e ciò, per impedire lo stravolgimento dello spirito della norma e la riduzione del lavoro a merce («*Il lavoro non è una merce*». *Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, pp. 295 ss.). Si profila, infatti, un forte contrasto fra la scelta compiuta dal legislatore italiano di eliminare, mediante il decreto delegato n. 276/2003, il requisito della preesistenza e i principi sanciti dalla normativa comunitaria in materia (A. Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 482).

Nel testo della Direttiva comunitaria n. 98/50/Ce è puntualizzato inequivocabilmente che l'impresa o parte dell'impresa oggetto del trasferimento deve conservare la propria identità (principio ribadito nella successiva Direttiva n. 2001/23/Ce). Ciò significa che l'identità deve preesistere al fine di poter essere conservata, in quanto non si può conservare logicamente un qualcosa che non esiste già prima del trasferimento da effettuare e «che si crea sulla base dell'accordo fra cedente e cessionario» [C. Cester, *Commento all'art. 1, comma 2, lett. p). Trasferimento di ramo d'azienda, direttive comunitarie e garanzia dei diritti dei lavoratori*, in M. T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, p. 93]. Interpretazione, questa, che sembra trovare decisa conferma nell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia Ce (Sentenza *Spijkers*, 18 marzo 1986, causa C-24/85, in *Racc. uff.*, 1986, p. 1119, punto 13), secondo cui l'entità economica organizzata in modo stabile non si può limitare all'esecuzione di un'opera determinata (Corte di Giustizia Ce 19 settembre 1995, causa C-48/94, *Reygaard*, in *Racc. uff.*, 1995, p. I-2745, punto 20), ma deve consentire l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo (Corte di Giustizia Ce 24 gennaio 2002, causa C-51/00, *Temco*, in *Foro it.*, 2002, IV, 142, punto 23). In altri termini, si deve trattare di un'entità adeguatamente strutturata (Sentenza *Suzen*, Corte di Giustizia Ce

11 marzo 1997, C-13/95, in *Racc. uff.*, 1997, pp. 1259 ss., e in *Foro it.*, 1998, IV, cc. 437 ss., con nota di R. Cosio) e autonoma e caratterizzata necessariamente da stabilità (Corte di Giustizia Ce 10 dicembre 1998, causa C-74/97, *Gomez Montana*, in *Mass. Giur. lav.*, 1999, pp. 98 ss., in particolare pp. 105 ss., punti 26-27); stabilità che logicamente nega qualsiasi tipo di improvvisazione di quella parte di azienda interessata dal trasferimento (Corte di Giustizia Ce 20 novembre 2003, *Abler*, C-340/2001, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 184).

È importante la posizione assunta dai giudici di merito nazionali che – in perfetta sintonia con la legislazione e la giurisprudenza comunitarie e in contrasto con la lettera dell'art. 32 del d.lgs. n. 276 del 2003 – svolge un ruolo di interpretazione e di supplenza normativa, eliminando equivoci nascenti da una disamina meramente letterale dell'art. 2112 cod. civ. E ciò, «in un tempo in cui la questione del lavoro torna al centro di ogni progetto di società futura» [M. D'Antona, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Contrattazione, rappresentatività, conflitto*, in G. Ghezzi (a cura di), *Scritti sul Diritto sindacale*, Roma, 2000, pp. 265 ss.], sia interna che internazionale (in particolare comunitaria).

Alla luce dei criteri elaborati a livello comunitario e tenendo conto della primazia del Diritto comunitario sul diritto interno, il ramo d'azienda è individuabile in un'articolazione funzionalmente autonoma, vale a dire in una «piccola azienda» (Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, in *D&L*, 2002, pp. 905 ss.; F. Scarpelli, *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, pp. 150 ss.), non potendosi configurare come «il prodotto di uno smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate fra loro, né una espulsione di ciò che si riveli essere pura e semplice eccedenza di manodopera» (C. Cester, *Trasferimento di ramo d'azienda, direttive comunitarie e garanzia dei diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 86). Perché in tal caso non è invocabile l'art. 2112 cod. civ., ma si rientra a pieno titolo nell'ambito dell'art. 1406 cod. civ., ove si realizza – con l'imprescindibile consenso del contraente ceduto – una successione a titolo particolare del cessionario nella stessa posizione contrattuale (F. Gazzoni, *Manuale di Diritto privato*, Napoli, 1994, p. 971) del cedente; successione, questa, che presuppone la permanenza del rapporto, che si deve trasferire del tutto inalterato dal cedente al cessionario (M. Bianca, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, cit., p. 677), senza che si possa invocare la disciplina sul trasferimento d'azienda a soccorso e/o a giustificazione di qualche eventuale variazione del trattamento inerente al rapporto di lavoro oggetto di cessione.

Nel caso *de quo*, non è ravvisabile un vero «trasferimento» (ipotesi assai frequente, soprattutto quando si cede un ramo di azienda) e, quindi – rimanendo al di fuori della fattispecie –, è necessario il consenso del prestatore di lavoro per tutelare quest'ultimo da alterazioni radicali delle condizioni di lavoro, mancando il momento di tutela significativo costituito dalla informazione e consultazione sindacale, attuata in maniera ampia, seria e forte.

Non è, infatti, possibile ricondurre nell'ambito di applicazione dell'art. 2112 cod. civ. l'esternalizzazione come forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate tra loro (Trib. Padova 5 febbraio 2007, in q. *Riv.*, 2008, n. 1, pp. 197 ss., con nota di E. Barraco), di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, con identificazione dei lavoratori coinvolti sulla base delle mansioni svolte e non dell'inerenza del rapporto a un «ramo di azienda che sia oggettivamente tale già prima del tra-

sferimento» (Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, cit., p. 914; così pure Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, in *Not. giur. lav.*, n. 4/2004).

Anche perché «*l'autonomia funzionale* di un compendio di beni organizzati per la produzione non dipende dalla volontà di parti private, almeno quanto non può dipenderne la legge di caduta dei gravi di galileiana memoria» (P. Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *www.cgil.it*, p. 16).

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

TRIBUNALE ROMA, 20 novembre 2007, Sez. lav. – Est. Delle Donne – De A. S. (avv.ti Panici, Guglielmi, Salvagni, Giuliani) c. Cronos Italia Srl (avv.ti Maresca, Grassi, Bonomo).

Appalto – Subentro di nuovo appaltatore – Trasferimento d'azienda – Sussistenza – Conseguenza: applicazione dell'art. 2112 cod. civ. – Contratto di inserimento – Causa – Adattamento al contesto lavorativo – Mancanza del progetto di inserimento – Nullità del contratto.

È configurabile un trasferimento d'azienda ex art. 2112 cod. civ. quando, pur trattandosi di successione nell'appalto di un servizio ex art. 29, d.lgs. n. 276/03, risulta in concreto dimostrato l'avvenuto trapasso di elementi significativi per la gestione del servizio stesso.

Il trasferimento d'azienda non è escluso ove l'acquisizione del personale dal precedente appaltatore non è avvenuto per legge, contratto collettivo nazionale di lavoro o clausola del contratto di appalto, bensì per libero atto di volontà della società subentrante. (1)

L'utilizzo di un contratto di inserimento (nella specie contratto di inserimento per le sole lavoratrici, ex art. 54, lett. e, d.lgs. n. 276/2003), privo del progetto individuale di inserimento rende il contratto di lavoro da subito a tempo indeterminato per mancanza di causa. (2)

(Omissis)

Ritiene il giudicante di dover affermare che è configurabile, nella fattispecie, un trasferimento d'azienda ex art. 2112 cod. civ. in quanto, pur trattandosi di successione nell'appalto di un servizio, risulta in concreto dimostrato l'avvenuto trapasso di elementi significativi per la gestione del servizio stesso (vedi Corte d'App. Perugia 17 giugno 2004).

Peraltro, la disciplina normativa postula soltanto che il complesso organizzato dei beni dell'impresa – nella sua obiettiva identità – sia passato a un diverso titolare in forza di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio dovendosi così prescindere da un rapporto contrattuale diretto tra l'imprenditore uscente e quello che subentra nella gestione (vedi Cass. 12 gennaio 2005, n. 493).

Dunque il trasferimento di azienda di cui all'art. 2112 cod. civ. è ravvisabile in ogni caso in cui, ferma restando nel suo nucleo essenziale l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, si verifichi la sostituzione della persona del titolare, quale che sia il mezzo tecnico-giuridico attraverso il quale tale sostituzione si attui (Cass. 29 agosto 2005, n.

17418; Cass. 22 dicembre 2005, n. 28381). D'altro canto, in applicazione del canone dell'interpretazione adeguatrice della norma di diritto nazionale alla norma di Diritto comunitario (stante la modifica di cui all'art. 47, legge n. 428/1990, che ha recepito la Direttiva comunitaria n. 77/187/Cee, a sua volta successivamente modificata dall'art. 1, d.lgs. n. 18/01) e in considerazione dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee con le sentenze 25 gennaio 2001, C-172/99, 26 settembre 2000, C-175/99, e 14 settembre 2000, C-343/98, nonché 20 novembre 2003, *Abler*, deve ritenersi applicabile l'art. 2112 cod. civ. anche nei casi in cui il trasferimento d'azienda non derivi dall'esistenza di un contratto tra cedente e cessionario, purché si accerti l'esistenza di una cessione di elementi materiali significativi tra imprese.

Di fatto, la società qui convenuta si è «sostituita» (senza soluzione di continuità) alla cooperativa Opera Roma nella gestione e nella titolarità di tutti gli apparati strumentali necessari per la prestazione del servizio, vale a dire dei luoghi operativi e della strumentazione.

A ciò deve aggiungersi, altresì, il personale già in forza alla precedente cooperativa.

A tale proposito, l'eccezione di parte convenuta in ordine al disposto di cui all'art. 29, d.lgs. n. 276/03, è infondata.

(*Omissis*)

Giova evidenziare che tale norma – inserita nella disciplina dell'appalto – definisce un dibattito aperto da tempo in giurisprudenza circa l'ipotesi di subentro in base a disposizioni di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola contrattuale, di un nuovo appaltatore con conseguente acquisizione del personale già impiegato nell'appalto precedente.

La predetta norma, dunque, stabilisce che in tal caso non si verifica un'ipotesi di trasferimento d'azienda.

Non è stata, cioè, ravvisata in tale fattispecie un'ipotesi di trasferimento d'azienda per mancanza di un'organizzazione di mezzi funzionale a una attività economica preesistente e che conserva nel trasferimento la propria identità.

Nel caso in esame, però, tale norma può applicarsi per diverse ragioni.

In primo luogo, va evidenziato che l'acquisizione del personale dal precedente appaltatore non è avvenuto per legge, Ccnl o clausola del contratto di appalto (che nella fattispecie non è stato comunque prodotto), bensì per libero atto di volontà della società qui convenuta.

Inoltre, la norma pare riferirsi – come si è già detto – alla questione insorta in giurisprudenza secondo la quale risulta compatibile il trasferimento d'azienda con il trasferimento della sola «forza-lavoro» purché dotata di un particolare *know how* (vedi Cass. n. 206/04).

Nel caso in esame, però, l'assunzione dei lavoratori già in forza al vecchio appaltatore non è il solo dato significativo della «successione» nel servizio in favore di Telecom Italia, per le ragioni già evidenziate.

Infatti, l'insieme dei cespiti prima utilizzati dalla cooperativa Opera Roma e poi passati (in virtù di contratti di fornitura e locazione con terzi) nella disponibilità della convenuta è già di per sé idoneo a configurare un'entità economica funzionalmente autonoma; l'utilizzo di una pluralità di contratti collegati appare perseguire un preciso scopo: quello, cioè, di ottenere i medesimi effetti di un trasferimento dell'attività ma senza seguire le procedure di consultazione obbligatoria (cd. cessione di fatto).

E allora, la norma invocata dalla società convenuta non risulta conferente nella fattispecie, fermo restando – a parere del giudicante – che l'esclusione tassativa dell'ipotesi *ex* art. 2112 cod. civ. riguarda solo i fenomeni di acquisizione esclusivamente del personale e non il passaggio di un'organizzazione di mezzi funzionale a un'attività economica che nel trasferimento conserva la propria identità.

In sostanza, il legislatore ha escluso che possa qualificarsi tale il mero passaggio del personale (ma non ha potuto di certo escludere la fattispecie *ex* art. 2112 cod. civ. qualora ricorrano ben altri elementi), con la conseguenza che solo in quel caso non si può applicare la disciplina protezionistica di cui all'art. 2112 cod. civ. e occorre che ogni lavoratore esprima il proprio consenso all'assunzione presso il nuovo appaltatore.

Va peraltro segnalato che la più recente giurisprudenza comunitaria ha rinvenuto un'ipotesi di trasferimento d'azienda anche in un caso in cui non era avvenuta alcuna cessione di beni aziendali, ma solo la riassunzione da parte della nuova appaltatrice di una parte del personale della appaltatrice uscente, così rovesciando la tesi dell'insussistenza nella specie del presupposto giuridico per l'applicabilità della disciplina sul trasferimento d'azienda di cui alla Direttiva n. 77/187 (Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, n. 51/00, *Temco*, nonché Corte di Giustizia 20 novembre 2003, n. 340/01, *Abler*).

Residua, pertanto, qualche dubbio sulla perfetta aderenza della disposizione in esame al «diritto vivente comunitario».

E allora, l'interpretazione di questo giudicante in ordine alla citata norma interna non può che essere conforme (e non in contrasto) con il Diritto comunitario, sì da preferire la lettura maggiormente conforme a quest'ultimo, così come dettato anche dalla Suprema Corte di legittimità (vedi Cass. n. 7120/02).

Nel caso in esame, allora, non può che operare la detta disciplina protezionistica, tenuto pure conto che parte convenuta non era «obbligata» alle dette riassunzioni per legge, Ccnl o clausola contrattuale, sicché non

sussistono comunque i presupposti per l'applicazione dell'invocato art. 29 sopra richiamato.

(*Omissis*)

Posto, allora, che la convenuta non aveva l'obbligo per legge di assumere la ricorrente, giova evidenziare che l'assunzione è avvenuta in data 1° marzo 2005 in virtù di un contratto di inserimento, peraltro previsto nell'Accordo 24 febbraio 2005 in atti. Lamenta la ricorrente la nullità/an-nullabilità di tale contratto atteso che operando nella detta attività appal-tata con esperienza di oltre due anni non aveva alcun bisogno di essere in-serita o reinserita.

(*Omissis*)

Il progetto allegato al contratto della ricorrente ripete in maniera pe-dissequa il dettato normativo, utilizzando di fatto mere clausole di stile, e indica quale risultato finale del progetto di inserimento le mansioni di «impiegata operatrice da destinarsi alle operazioni di *customer care*» che la ricorrente aveva svolto per oltre due anni antecedenti e fino al giorno pre-cedente la stipula di detto progetto.

Anche la parte relativa alla «ulteriore formazione» è assolutamente ge-nerica, indicando notizie non meglio specificate e l'uso di applicativi informatici che la ricorrente – è pacifico – già utilizzava. In sostanza la ri-corrente con il detto contratto di inserimento ha continuato a svolgere le stesse mansioni precedenti con gli stessi strumenti e nulla è specificato nel progetto individuale in ordine all'«adeguamento» delle sue competenze professionali a un contesto lavorativo ove era inserita fino al giorno pre-cedente la stipula di un nuovo contratto di lavoro.

Né è dato conoscere quali fossero nel progetto gli elementi di «valo-rizzazione» delle professionalità già acquisite dalla lavoratrice.

(*Omissis*)

Peraltro, tali considerazioni hanno carattere assorbente ed esimono il giudicante dal deliberare in ordine alla discriminazione per sesso lamen-tata da parte attrice.

Anche a voler ritenere fondata tale doglianza – ed effettivamente la vi-cenda desta notevoli perplessità e dubbi sulla correttezza dell'operato della convenuta – in ogni caso si perverrebbe alla medesima conseguenza: un motivo illecito di assunzione (l'utilizzo di un contratto a termine per le donne in luogo del contratto a tempo indeterminato utilizzato per i soli uomini) che rende il contratto di lavoro da subito a tempo indeterminato.

(*Omissis*)

(1-2) APPALTO, TRASFERIMENTO D'AZIENDA
E CONTRATTO DI INSERIMENTO PER SOLE DONNE:
UN ESEMPIO, MAL RIUSCITO, DI *LAW SHOPPING*?

1. — *Fatto* — La sentenza si segnala per tre ragioni: la prima perché precisa che le tutele codicistiche in tema di trasferimento d'azienda non sono derogabili quando l'obbligo di assumere il personale dipendente dal precedente appaltatore sia stabilito al di fuori delle ipotesi tassative previste dall'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/03; la seconda perché ritiene nullo per mancanza di *causa* (e non di forma) il contratto di inserimento al lavoro privo della indicazione specifica del progetto; la terza perché, ancorché con un *obiter dictum*, ritiene discriminatorio il contratto di inserimento stipulato soltanto per le donne.

La complessa vicenda può essere riassunta come segue.

La società convenuta, che svolge attività di *call center* in *outsourcing*, ha siglato un accordo sindacale con le segreterie confederali regionali per garantire una opportunità di lavoro agli *ex* soci di una cooperativa già appaltatrice del servizio che aveva programmato il suo scioglimento anticipato. La società subentrante nell'appalto, interessata all'apertura di una unità produttiva nel Lazio, si impegnavo ad assumere gli *ex* soci; in particolare 126 lavoratori, con contratti di lavoro a tempo indeterminato senza periodo di prova, e 131 lavoratrici, con contratti di inserimento senza periodo di prova, per la durata di 18 mesi e l'impegno alla scadenza alla trasformazione degli stessi in contratti di lavoro a tempo indeterminato.

Dei 131 contratti di inserimento stipulati con le lavoratrici al fine di accedere ai benefici di legge, soltanto 100 venivano trasformati in contratti di lavoro a tempo indeterminato.

Tra gli esclusi, vi è anche la ricorrente.

2. — *Le allegazioni delle parti* — Al fine di ottenere il riconoscimento di un unico rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato parte attrice riconduce la fattispecie in esame al trasferimento d'azienda essendo a suo dire mutata nel tempo esclusivamente la figura dell'imprenditore, ferma restando la dotazione strumentale, la dotazione del personale, dell'attività e «*mission* imprenditoriale», svolta nello stesso posto con le medesime attrezzature e con le medesime persone, con conseguente frode alla legge sia in relazione al fittizio frazionamento del rapporto di lavoro, sia alla omessa procedura di cui all'art. 47, legge n. 428/90.

All'opposto, parte convenuta, richiamando l'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/03, deduce che la società si è aggiudicata l'appalto ma non ha acquistato né immobili, né impianti, né apparati *hardware* o altro dalla cooperativa uscente, e di avere beni strumentali di proprietà così come una propria organizzazione imprenditoriale. Sicché trattandosi di mera successione nell'appalto non troverebbe applicazione la disciplina dell'art. 2112 cod. civ. Eccepisce infine l'intervenuta cessazione del rapporto di lavoro della ricorrente in forza delle dimissioni rassegnate alla società cooperativa prima che questa deliberasse lo scioglimento anticipato.

3. — *Il dato decisivo della vicenda* — Il giudice, accogliendo la tesi di parte ricorrente, ritiene che la fattispecie possa configurare un trasferimento d'azienda.

Ciò che rileva per il giudicante è che la società convenuta si sia sostituita senza soluzione di continuità alla cooperativa nella gestione di tutti gli apparati strumentali necessari per la prestazione del servizio, vale a dire sia dei luoghi operativi che della strumentazione. Ma il dato decisivo per la vicenda qualificatoria è che il passaggio del personale già in forza presso la disciolta cooperativa sia avvenuto su base volontaria al di fuori dei casi tassativi indicati dall'art. 29, comma 3, cit. La norma dell'art. 29, comma 3, infatti, introduce nel nostro ordinamento una deroga espressa alla disciplina e alle garanzie dell'art. 2112 cod. civ. quando l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore avvenga in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto.

4. — *La fonte dell'obbligazione di assumere i lavoratori* — Sulla base di questa premessa, il Tribunale esclude che la fattispecie esaminata costituisca una ipotesi derogatoria della disciplina codicistica, per due motivi.

Il primo, perché nel caso di specie l'acquisizione del personale dal precedente appaltatore non è avvenuta per legge, contratto collettivo o clausola del contratto di appalto ai sensi dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/03 (che nella fattispecie non è stato neppure prodotto), *ma per libero atto di volontà negoziale della società convenuta*.

Il secondo, perché ha accertato l'esistenza di una cessione di elementi materiali significativi tra le due imprese per la gestione del servizio (conf. Cass. 13 gennaio 2005, n. 493).

Il primo aspetto della decisione, ora richiamato, sembra il punto centrale della controversia, al di là dell'accertamento dell'effettivo passaggio dei cespiti o dei beni strumentali, su cui torneremo.

Come sottolinea il Tribunale, il vincolo per il subentrante alla assunzione dei lavoratori trova la sua fonte in un atto negoziale della società convenuta, che, aggiungiamo, per un mero quanto comprensibile calcolo economico ha deciso di investire in una Regione, il Lazio, ammessa al godimento degli incentivi alla occupazione femminile nei territori che presentano le caratteristiche di cui al Regolamento Ce n. 2204/2002 (d.m. 17 novembre 2005, artt. 2 e 3), con riferimento ai quali le donne sono considerate soggetti svantaggiati (agevolazione contributiva superiore al 25%).

L'accordo, infatti, è stipulato con la chiara finalità, da un lato, di offrire una opportunità di lavoro agli *ex* soci che altrimenti sarebbero stati licenziati e, dall'altro, di godere dei benefici di legge introdotti dal d.lgs. n. 276/03 per le nuove tipologie contrattuali con finalità di inserimento e formazione (contratto di inserimento e apprendistato).

La fattispecie, apparentemente neutra, desta più di un sospetto se si guarda bene la cronologia dei contratti, collegati al punto tale che l'accordo sindacale precede di soli 5 cinque giorni lo scioglimento anticipato della cooperativa; la lavoratrice rassegna le sue dimissioni e, il giorno dopo viene assunta dalla società convenuta, che subentra nella gestione del servizio utilizzando all'uopo l'intera compagine aziendale della cooperativa. Inoltre, l'accordo sindacale negoziato a livello regionale consente l'accesso a contratti formativi (inserimento e apprendistato) e, nel contempo, l'utilizzo degli incentivi fiscali. Esso, infine, ha consentito di evitare i licenziamenti dei lavoratori e, dunque, la procedura di cui agli artt. 4 e 24, legge n. 223/91 (solo per inciso si ricorda che l'art. 7, comma 4-*bis*, della legge 28 febbraio 2008, n. 31, ha escluso la suddetta pro-

cedura in caso di acquisizione di personale già impiegato nel medesimo appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore a condizione che sia garantita l'invarianza del trattamento economico e la piena occupazione).

5. — *Una ipotesi di dumping contrattuale?* — In questo contesto, il Tribunale ha escluso che l'accordo stipulato tra le segreterie regionali e l'aspirante appaltatore potesse incidere sul diritto dei lavoratori alla continuazione del rapporto di lavoro in capo al cessionario, in deroga a quanto stabilito dall'art. 2112 cod. civ. Nonostante ciò, ha disatteso *in parte* *qua* la domanda attrice perché la ricorrente, come del resto tutti gli altri soci, hanno rassegnato volontariamente le dimissioni. Né queste, aggiungiamo, sono state impugnate perché, come è facile intuire, il contratto di inserimento è stato accettato dalle lavoratrici in funzione della preminenza dell'esigenza di salvaguardia del posto di lavoro sull'interesse alla continuità del rapporto.

Tale vicenda mostra chiaramente come l'inserimento al lavoro, da un lato, possa costituire l'origine di un inaccettabile *dumping* contrattuale e, dall'altro, possa originare una odiosa concorrenza tra i lavoratori che vede — nel caso in esame — contrapposti gli uomini alle donne. Tale impressione può essere mitigata dalla considerazione che la deroga convenzionale alla continuità di lavoro è ammessa entro limiti tassativi (Vedi art. 29, comma 3, e art. 47, comma 5, legge n. 428/90) che si reputano legittimi ove rispondenti al Diritto comunitario.

6. — *La qualificazione del contratto* — Giunti a questo punto, vale la pena soffermarsi a esaminare la giurisprudenza che si è più volte occupata della non facile distinzione tra contratto d'appalto e trasferimento d'azienda o di un suo ramo.

Entrambi i suddetti contratti commerciali utilizzati da imprese che prediligono modelli di produzione in *outsourcing* rispetto a quelli *in house* pongono un problema di qualificazione. Facendo un parallelismo con gli orientamenti giurisprudenziali relativi alla qualificazione del contratto di lavoro, si può dire che appare isolato l'orientamento che tende a dare risalto al *nomen iuris* o alla volontà delle parti nel procedimento di accertamento della fattispecie (Cass. 2 ottobre 2006, n. 21287, in *Foro it.*, 2007, I, 106, con nota di Perrino e Cosio, *La cessione del ramo d'azienda dopo il d.lgs. n. 276/03: prospettive di riforma*. La Corte di Cassazione, in argomento, afferma che la distinzione tra contratto d'appalto e trasferimento d'azienda — entrambi idonei al cd. *outsourcing* — può fondarsi sull'elemento soggettivo o volontaristico) stante la prevalenza del metodo tipologico mutuato dall'insegnamento della Corte di Giustizia, secondo la quale, per poter determinare se sussistano o no le caratteristiche di un trasferimento di un'entità economica organizzata in modo stabile, dev'essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, tra le quali rientrano in particolare il tipo d'impresa o di stabilimento, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi materiali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività (Si veda sentenza 10 maggio 1992, causa C-29/91, *Redmond Stinchting*, punto 24; sentenza 11 marzo 1997, causa C-13/95, in *Riv. it. dir. lav.*, II, p. 651, con nota di Faleri; *Suzen*, punto 13; sentenza 20 marzo 2003, C-

340/01, *Abler*, in *Foro it.*, IV, 2004, 184, con nota di Ricci, punto 33; in dottrina si veda Senatori, *Successione nell'appalto e trasferimento d'azienda: il vincolo comunitario*, in *q. Riv.*, 2004, I, p. 593, e *ivi* nota 52). Anche nel nostro ordinamento, sembra prevalente l'orientamento che affida l'individuazione della fattispecie concreta a indici oggettivi (Osserva al riguardo Senatori, *op. cit.*, p. 603, che «l'assunto della necessaria oggettività dell'accertamento viene contraddetto allorché si distinguano, sul piano degli effetti, le assunzioni effettuate per esclusiva volontà del nuovo appaltatore da quelle cui egli è tenuto in forza di una precedente pattuizione: nel secondo caso, la "sterilizzazione" *ope legis* di uno degli elementi qualificanti della fattispecie finisce per attribuire alle clausole di riassunzione, e quindi ai soggetti che le stipulano, una funzione indirettamente dispositiva del campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda»), e qui il dibattito si concentra sulla nozione obiettiva di azienda e di ramo d'azienda e sulla soglia minima idonea a identificarla, molto discussa in dottrina [La dottrina sul punto è copiosa. Si veda, da ultimo, Pizzoferrato, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, in Bessone (a cura di), *Trattato di Diritto privato, Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, vol. II, coordinato da Perulli, 2007, Torino, p. 597; Barraco, *Le modificazioni del rapporto di lavoro. Le modificazioni soggettive: il trasferimento d'azienda*, in F. Carinci (diretto da), *Commentario*, vol. II, Torino, 2007, p. 1463, e qui gli ulteriori riferimenti bibliografici].

7. — *La giurisprudenza comunitaria* — Il dibattito è fortemente influenzato dalla giurisprudenza comunitaria (Si veda, da ultimo, Novella, Vallauri, *Il nuovo art. 2112 cod. civ. e i vincoli del Diritto europeo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 177) secondo la quale l'oggetto del trasferimento d'azienda può ricomprendere sia elementi patrimoniali (materiali o immateriali), sia personali, purché idonei a configurare un gruppo organizzato di dipendenti specificamente adibiti all'espletamento di un compito comune (Si veda sentenza 10 dicembre 1998, in C-127/96, *Vidal*, in *Racc.*, 1998, I, p. 8237, e 10 dicembre 1998, in C-173/96, *Hidalgo*, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Unione europea*, n. 1285; da ultimo cfr. sentenza 20 marzo 2003, C-340/01, *Abler*, in *Foro it.*, IV, 2004, 184, punti 41 e 42; sentenza 24 gennaio 2002, causa C-51/00, *Temco Service*, in *Foro it.*, IV, 2002, 142, punti 25 e 26, sentenza 24 novembre 2005, causa C-366/04, *Guney Gorres*, in *Foro it.*, 2006, IV, 128, punti 31-35).

8. — *La nuova nozione di azienda* — Anche la giurisprudenza italiana ritiene configurabile un trasferimento d'azienda qualora siano trasferiti i soli dipendenti della cedente purché le loro attività siano collegate in maniera stabile e funzionale, attraverso l'organizzazione impressa dall'imprenditore [Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842, in *Foro it.*, 2004, I, 1095, con nota di Cosio; Tribunale Padova, 5 febbraio 2007, in *q. Riv.*, 2008, p. 197, con nota di Barraco; ma anche Romei, *Somministrazione, appalto e trasferimento d'azienda*, in Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, 2006, p. 173]; ciò anche qualora il mutamento della titolarità dell'impresa avvenga a seguito di subentro di un nuovo appaltatore in un appalto di servizi con passaggio di beni di non trascurabile entità (Cass. 13 gennaio 2005, n. 493, in *Dir. rel. ind.*, 2005, con nota di Valente; in *Foro it.*, 2005, I, 690, con nota di Perrino; in *Or. giur. lav.*, 2005, p. 275, con nota di Alvino), a condizione, dunque, che venga dimostrato, in concreto, l'avvenuto trapasso di elementi significativi per la ge-

sione del servizio stesso. Tali elementi possono identificarsi anche nella sola forza-lavoro ove l'attività trasferita si fondi essenzialmente sulla mano d'opera (Corte d'App. Perugia 16 giugno 2004, in *D&L*, 2005, p. 783).

9. — *Irrelevanza del rapporto contrattuale diretto* — In argomento, è stato precisato che, pur non essendo indispensabile per la configurabilità di un trasferimento d'azienda un rapporto contrattuale diretto tra cedente e cessionario, è pur sempre necessario che non vi sia discontinuità nell'esercizio dell'impresa (Cass. 7 dicembre 2006, n. 26215, in *Lav. giur.*, 2007, p. 483, con nota di Ghirardi) e vi sia trasferimento di tutto il complesso dei beni dell'impresa nella sua entità obiettiva attraverso una vicenda giuridica riconducibile alla successione in senso ampio (Trib. Milano 7 luglio 2006, in *Or. giur. lav.*, 2006, I, p. 593).

10. — *Trasferimento d'azienda e appalto* — È pur vero che il legislatore italiano, facendo proprio un orientamento giurisprudenziale (Cass. 24 febbraio 1992, n. 2285, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 202, con nota di Nogler; Cass. 8 febbraio 1993, n. 1518, in *Riv. it. dir. lav.*, II, p. 834, con nota di Pinto; Cass. 18 marzo 1996, n. 2254, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, p. 395, con nota di Romei, Cass. 29 novembre 1996, n. 10688, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, p. 572, con nota di Lambertucci; Cass. 20 novembre 1997, n. 11575), ha disposto espressamente al comma 3 dell'art. 29 che «l'acquisizione di personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda». Ciò vuol dire che le garanzie di cui all'art. 2112 del codice civile (conservazione dei diritti maturati presso il cedente, responsabilità solidale per i crediti maturati, divieto di licenziamento per effetto del trasferimento, contratto collettivo applicabile) sono escluse quando per effetto della successione nel contratto di appalto la garanzia della occupazione è stabilita dalla legge, dal contratto collettivo nazionale o dal contratto di appalto. Riteniamo che le tre ipotesi indicate dalla norma dell'art. 29, comma 3, trattandosi di deroghe, debbano essere interpretate restrittivamente [*Contra* Maresca, *Commento all'art. 32. Modifica all'art. 2112, comma quinto, codice civile*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro, Commentario* coordinato da Pedrazzoli, Bologna, 2004, p. 392, e Gagnoli, *Contratti di appalto di servizi e trasferimento di azienda*, in Aa.Vv., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, 2, Milano, 2005, p. 195].

Ne resterebbero esclusi gli accordi collettivi *territoriali* o *aziendali* e le assunzioni di personale su base volontaria. In tal caso, come conferma la sentenza del Tribunale di Roma, troverebbe nuovamente applicazione la disciplina codicistica con conseguenze più favorevoli per il lavoratore.

Per le ragioni ora esposte, non ha trovato accoglimento la prospettazione di parte convenuta che, sulla base di un accordo regionale, ha inteso escludere la riconducibilità della fattispecie al trasferimento d'azienda. Questo dimostra che la norma dell'art. 29, comma 3, non determina alcuna certezza per gli imprenditori che se ne avvalgono con la speranza di superare l'alea di un ricorso giudiziale, proposto dai dipendenti, al fine di far dichiarare la sussistenza di un trasferimento d'azienda. A tale riguardo, non è bastato neppure far dimettere i lavoratori per marcare il rapporto tra precedente e nuovo appaltatore.

11. — *Questioni sulla conformità della regola al diritto comunitario* — La norma desta molti dubbi applicativi stante la sua stretta connessione con il Diritto comunitario, considerato altresì che la nozione dematerializzata di azienda può coincidere anche con un gruppo organizzato di lavoratori.

Secondo una interpretazione [Scarpelli, *Appalto e distacco*, in Gragnoli, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, p. 439] la norma dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276/03 sarebbe del tutto inutile proprio sulla base della giurisprudenza italiana che in materia «ha sempre affermato che il semplice subentro di una di una nuova impresa nell'appalto (se non vi è anche subentro nella titolarità del relativo complesso organizzativo, da intendersi alla luce delle recenti evoluzioni legislative) non costituisce trasferimento d'azienda ex art. 2112 cod. civ.» a meno che non sia ravvisabile in concreto il subentro nella titolarità della articolazione funzionalmente autonoma.

In effetti, proprio sulla base della Direttiva n. 2001/23, che richiede che il trasferimento si fondi su una «cessione contrattuale» stipulata tra vecchio e nuovo titolare dell'attività o su un atto di fusione, vi è chi sostiene la piena compatibilità del comma 3 dell'art. 29 con la Direttiva comunitaria e auspica un *revirement* della Corte di Giustizia (Ichino, *Appalto*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 328). Insomma, siccome la successione nell'appalto non rientra nella fusione contrattuale o cessione, il legislatore la sottrae all'applicazione dell'art. 2112 cod. civ.

Nel caso di successione di due diversi appaltatori, infatti, non esiste una relazione contrattuale diretta tra il primo e il secondo appaltatore, in quanto il titolo giuridico che legittima il subentrante va rinvenuto nel diverso e autonomo rapporto negoziale tra l'appaltante e il secondo appaltatore. Ciò non solo quando il secondo appaltatore subentri con una organizzazione propria di uomini e di mezzi, ma anche nel caso in cui in forza di legge, di contratto collettivo o di clausola del contratto di appalto, vi sia acquisizione di personale già impiegato dal precedente appaltatore (C. Cester, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in Aa.Vv., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, a cura di M. T. Carinci, C. Cester, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, vol. II, Milano, 2004, p. 250).

All'opposto si fa notare [Andreoni, *Impresa modulare, trasferimento di azienda, appalti interni; la soft law sul ciclo di produzione*, in Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 196; Maresca, *op. cit.*, pp. 380 e 382; Speciale, *Appalti e trasferimento d'azienda*, in D. Garofalo, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di Diritto del lavoro*, Bari, 2006, p. 552, Novella, Vallauri, *op. cit.*, pp. 186 ss.] che l'inciso «cessione contrattuale» deve essere letto alla luce della giurisprudenza comunitaria [Che il legislatore italiano tende invece a contrastare: Bavaro, *Il trasferimento d'azienda e dramma di azienda*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, 2006, pp. 233 ss.], da cui si evince che affinché la Direttiva n. 77/187 trovi applicazione non è necessario che esistano rapporti contrattuali diretti tra il cedente e il cessionario posto che il trasferimento può attuarsi anche in più fasi per effetto della mediazione di un terzo [Corte di Giustizia Ce 7 marzo 1996, *Merckx*, in *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 362, con nota di Ingelse; Corte di Giustizia Ce C-172/9, *Oy Liikenne*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 490, con nota di Passalacqua; Corte di Giustizia Ce C-

29/1991, *Redmond Stichting*, in *Racc.*, 1992, p. 3189; Corte di Giustizia Ce 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/96 e 247/96, *Hidalgo*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 98; Corte di Giustizia Ce 14 settembre 2000, n. 343/98, *Collino*, in *Foro it.*, 2001, IV, 154; cit. da Andreoni, *op. cit.*, p. 197, e sentenza *Abler*, 20 novembre 2003, cit. da Maresca; per la giurisprudenza italiana si veda, da ultimo, Cass. 13 gennaio 2005, n. 493, cit., e Trib. Firenze (ord.) 15 ottobre 2006, in *D&L*, n. 3, 2006, con nota di Pirelli]. Di tal che troverebbe comunque applicazione la disciplina codicistica se «il nuovo appaltatore utilizza la stessa struttura organizzativa del precedente titolare del contratto di appalto» perché in tal caso è la stessa legge (l'art. 2112) a obbligare il subentrante ad assumere i lavoratori già impiegati in precedenza se tra i due soggetti sussista una cessione di beni materiali o immateriali (Speziale, *op. cit.*, p. 552, e qui i rif. bibliografici; Ichino, *op. cit.*, p. 328; Scarpelli, *op. cit.*, p. 440; Santoro Passarelli, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 205, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*; Ciucciovino, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. n. 18/2001*, in *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli di sistema*, Napoli, 2002, p. 117). Proprio sulla base dei principi della Direttiva, vi è chi considera la norma dell'art. 29, comma 3, recessiva e, dunque, in contrasto con questa, e auspica come conseguenza la disapplicazione della norma nei casi in cui la Direttiva abbia efficacia orizzontale, o un risarcimento del danno per l'azzeramento della anzianità di servizio nei confronti dello Stato italiano in conseguenza della immediata applicazione del disposto comunitario (Andreoni, *op. cit.*, p. 198; Speziale, *op. cit.*, p. 551; Senatori, *op. cit.*, p. 610).

12. — *Contratto di inserimento* — Il Tribunale, come anticipato, affronta inoltre il delicato tema della individuazione degli elementi della fattispecie «contratto di inserimento» e consente una breve riflessione sull'apparato sanzionatorio e sui profili di illegittimità dello stesso qualora si appalesi discriminatorio. Il tema, cui possiamo solo accennare, riguarda la causa (che dovrebbe essere di mero scambio lavoro-retribuzione stante la scarsa rilevanza della funzione formativa) e la funzione del contratto di inserimento/reinserimento che, come è noto, è un contratto di lavoro diretto a realizzare, mediante un progetto individuale di adattamento delle competenze professionali del lavoratore a un determinato contesto lavorativo, l'inserimento ovvero il reinserimento nel mercato del lavoro relativamente a determinate categorie di lavoratori indicati specificamente nella norma (art. 54, comma 1, d.lgs. n. 276/03).

Limitando le nostre considerazioni al profilo sanzionatorio, va ricordato che la norma dell'art. 56 prevede la *nullità* del contratto con conseguente conversione dello stesso in contratto a tempo indeterminato soltanto nel caso della assoluta carenza del progetto di inserimento, limitandosi, all'opposto, a prevedere una mera sanzione pecuniaria nel caso di gravi inadempienze nella realizzazione del progetto (art. 55, comma 4).

Ciò detto, ritiene il Tribunale di Roma che la *carenza* del progetto determini la *nullità* del contratto per mancanza di *causa* e lo renda da subito a tempo indeterminato. Merita di essere ricordato che nel caso in esame la ricorrente era già inserita e pienamente «adattata» al «determinato contesto lavorativo», possedendo già la professionalità che invece avrebbe dovuto apprendere in esecuzione del progetto di inserimento, in quanto impiegata nelle medesime mansioni da oltre due anni. Tanto è vero che viene escluso il periodo di prova. Questo, a detta del Tribunale, fa venir meno la finalità

del contratto, vale a dire il reinserimento, atteso che la ricorrente aveva lavorato fino al giorno precedente la stipula del contratto con la convenuta, operando pertanto senza alcuna interruzione nel servizio di *customer care*. Ciò è in contrasto con l'art. 55, ove è prevista, quale condizione essenziale per l'assunzione, la sussistenza di un progetto individuale finalizzato a garantire l'adeguamento delle competenze professionali al contesto lavorativo attraverso la formazione sul lavoro. Ebbene, osserva il Tribunale che: «nella fattispecie il detto progetto appare assolutamente generico ed “evanescente”, anche in relazione alla peculiare situazione della odierna ricorrente che era già parte integrante di un'attività produttiva che [...] era mutata esclusivamente nella titolarità imprenditoriale». In sintesi, la ricorrente era già inserita e pienamente «adattata» al «determinato» contesto lavorativo, possedendo già le professionalità che avrebbe dovuto apprendere in esecuzione del progetto di inserimento in quanto impiegata nelle medesime mansioni da anni.

13. — *Il progetto individuale di inserimento: requisito di sostanza o di forma?* — Sembra, tuttavia, che i due profili di illegittimità del contratto, vale a dire la mancanza del progetto e la mancanza della formazione, siano nel caso in esame impropriamente sovrapposti, posto che ai fini della nullità rileva solo la carenza del progetto assumendo la mancata formazione una rilevanza qualificatoria che non è dato riscontrare né nella norma — che parla di formazione eventuale —, né nella Circolare del Ministero del lavoro n. 31/04, né, infine, nell'Accordo interconfederale 11 febbraio 2004.

Questo dovrebbe confermare che soltanto il progetto è un elemento *essenziale* della fattispecie e che l'omissione del progetto costituisce un vizio genetico al pari della carenza della forma (Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo n. 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *q. Riv.*, I, 2003, p. 913; D. Garofalo, *Il contratto di inserimento*, in F. Carinci, *Commentario*, cit., p. 1967, e qui i riferimenti bibliografici e una analitica disamina dei contratti collettivi; Balletti, *Contratto di inserimento*, in *La riforma...*, cit., p. 648). Non condivide questa opinione chi ritiene, all'opposto, che, «se il piano (o il progetto) avesse rilievo “centrale”, la contraddizione tra effettivo svolgimento del rapporto e *nomen iuris* (il contratto di inserimento è un contratto nominato, sottotipo o articolazione del tipo “contratto di lavoro”) dovrebbe dar luogo alla riqualificazione del contratto. Ma così non è: una cosa sono i requisiti di forma (in cui entra anche la definizione per iscritto del piano), altra cosa sono quelli di sostanza: se l'effettivo svolgimento di un rapporto difforme dal piano non incide sulla validità del contratto, il piano non costituisce un elemento essenziale del sottotipo contrattuale» [Ballestrero, *A proposito di inserimento al lavoro e contratti a contenuto formativo*, in Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa?*, Bologna, 2004, p. 80].

14. — *Profili di discriminazione indiretta del contratto di inserimento per sole donne* — Insomma il Tribunale sembra aderire alla opinione secondo la quale l'inserimento arricchisce il contenuto della causa del contratto di lavoro subordinato, inserendo tale ulteriore elemento nel sinallagma contrattuale (Balletti, *op. cit.*, p. 648).

Resta da verificare se l'inserimento o il reinserimento giustifica la disparità di trattamento tra lavoratori assunti a tempo indeterminato e lavoratrici assunte, invece, con un contratto a tempo determinato.

Il Tribunale, incidentalmente, ritiene la questione assorbita dalla precedente deliberazione, ma afferma che si perverrebbe comunque al medesimo risultato, vale a dire la nullità del contratto, per motivo illecito di assunzione.

Su questo punto, su cui è difficile non concordare, si può brevemente osservare che l'equazione donna/lavoratore svantaggiato, ancorché nei limiti territoriali di cui al d.m. 17 novembre 2005, può comportare delle conseguenze aberranti in considerazione del fatto che il sistema previsto dall'art. 54, comma 3, il quale introduce una serie di deroghe alla stabilizzazione del rapporto di lavoro, legittima una forte contrazione della occupazione femminile. In pratica le agevolazioni contributive, se, da un lato, consentono un vantaggio competitivo per le imprese che si avvalgono di lavoro femminile nelle aree individuate dal d.m. 17 novembre 2005, cit., nei fatti legalizzano pratiche discriminatorie nella misura in cui si traducono in una contrazione delle tutele e della occupazione. La previsione normativa dell'art. 54, lett. e, potrebbe allora tradursi in una discriminazione indiretta fondata sul sesso proprio in ragione della elevata percentuale di donne impiegate nelle attività definite di *customer care*, che per il ricordato meccanismo normativo dell'art. 54, comma 3, che garantisce un marcato *turn over* nelle assunzioni con contratto di inserimento, sono destinate a perdere la loro occupazione nella misura in cui non sono più convenienti. Insomma il contratto di inserimento per le donne non sembra una opportunità per affermarsi nel mondo del lavoro perché può tradursi in una mera misura di svantaggio per le donne confermando la loro acclarata debolezza. Per questa ragione, un sistema basato esclusivamente su una riduzione del prelievo contributivo sulle lavoratrici può essere fonte di indiretti effetti discriminatori, in quanto tali contrastanti con il sistema delineato dal legislatore comunitario ancorché coerente con quello stesso sistema in tema di aiuti di Stato (In dottrina si veda, da ultimo, Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2008; D. Garofalo, *op. cit.*; Garattoni, *Misure per il sostegno i lavoratori svantaggiati, contratto di inserimento e contratti di appalto*, in *Lav. dir.*, 2006, p. 311; Borelli, *Riforma del mercato del lavoro e Diritto europeo: normativa antidiscriminatoria e sugli aiuti di Stato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 291).

Lucia Valente

*Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi «La Sapienza»*

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Grande Sezione, 18 dicembre 2007 – Pres. Skouris, Est. Cunha Rodrigues, Avv. Gen. Trstenjak – Procedimenti riuniti C-396/05 (D. H.), C-419/05 (M. M.) e C-450/05 (P. W.) c. Deutsche Rentenversicherung Bund.

Previdenza sociale – Regolamento n. 1408/71/Cee – Allegati III e VI – Libera circolazione delle persone – Artt. 18 Ce, 39 Ce, e 42 Ce – Pensioni di vecchiaia – Periodi contributivi maturati al di fuori della Repubblica federale di Germania – Esportabilità.

Ai pensionati che hanno maturato periodi di contribuzione secondo la legislazione della Repubblica federale di Germania per lavoro prestato in territori occupati nel periodo 1939/1945 non sono opponibili clausole di residenza per la corresponsione di pensioni di vecchiaia. (1)

(Omissis)

1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sulla validità degli allegati III e VI del Regolamento (Cee) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal Regolamento (Ce) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118/97 (*Gazz. Uff. Ce*, 1997, L 28, p. 1, in prosieguo il «Regolamento n. 1408/71»).

2 Tali domande sono state sollevate nel contesto di una controversia tra i ricorrenti nelle cause principali, da una parte, e il *Deutsche Rentenversicherung Bund* (ente pensionistico federale, in prosieguo: la *Rentenversicherung*), dall'altra, riguardo al diniego di detto ente di prendere in considerazione, ai fini del pagamento di pensioni di vecchiaia, i periodi contributivi maturati, rispettivamente, dalla sig.ra Habelt (causa C-396/05) nel territorio dei Sudeti, dal mese di gennaio 1939 al mese di aprile 1945, dalla sig.ra Möser (causa C-419/05) in Pomerania, dal 1° aprile 1937 al 1° febbraio 1945, in un pe-

riodo in cui tali territori, che non sono compresi nell'attuale Repubblica federale di Germania, facevano parte dei territori in cui era applicabile la normativa previdenziale del *Reich* tedesco, nonché dal sig. Wachter (causa C-450/05) in Romania, dal mese di settembre 1953 al mese di ottobre 1970, in ragione della circostanza che i ricorrenti nelle cause principali hanno fissato la propria residenza in uno Stato membro diverso dalla Repubblica federale di Germania.

Contesto normativo

Normativa comunitaria (Omissis)

Cause principali e questioni pregiudiziali

Causa C-396/05

24 Dalla decisione di rinvio emerge che la sig.ra Habelt, cittadina tedesca, è nata il 30 gennaio 1923 a Eulau (Jilové), nel territorio dei Sudeti, che all'epoca faceva parte della Cecoslovacchia e, oggi, della Repubblica ceca.

25 Dal mese di gennaio 1939 al mese di maggio 1946, ha lavorato a Eulau. Riguardo al periodo dal 1° gennaio 1939 al 30 aprile 1945, ha versato contributi obbligatori ai sensi delle leggi del *Reich* in materia di assicurazione vecchiaia, vale a dire la legge che disciplinava la previdenza sociale dei dipendenti privati (*Angestelltenversicherungsgesetz*), alla *Reichsversicherungsanstalt für Angestellte* (ente previdenziale del *Reich* per i dipendenti privati, in prosieguo: la *RfA*). Tale ente, situato a Berlino, era, dopo l'annessione del territorio dei Sudeti da parte del *Reich*, l'istituzione previdenziale competente. Dal 5 maggio 1945 al 13 maggio 1946, la ricorrente è stata soggetta al regime di previdenza obbligatorio in Cecoslovacchia. Dopo essere stata espulsa dal territorio dei Sudeti, ha vissuto nel territorio della Repubblica federale di Germania.

26 Dal 1° febbraio 1988, la sig.ra Habelt percepisce una pensione di vecchiaia dalla *Bundesversicherungsanstalt für Angestellte* (ente previdenziale federale per i dipendenti privati, in prosieguo: la *Bundesversicherungsanstalt*), divenuta, dal mese di ottobre 2005, *Rentenversicherung*. Nel computo dell'importo della pensione erano considerati, inizialmente, oltre ai periodi dedicati all'educazione della prole e ai contributi volontari, i contributi obbligatori versati in ragione dell'attività svolta dall'interessata nel territorio dei Sudeti dal 1° gennaio 1939 al 30 aprile 1945, nonché i periodi pensionistici maturati all'estero ai sensi del *Frg* per l'attività soggetta a contributi obbligatori svolta in Cecoslovacchia fra il 5 maggio 1945 e il 13 maggio 1946.

27 Dopo il trasferimento della sig.ra Habelt in Belgio, il 1° agosto 2001, la *Bundesversicherungsanstalt* decideva di calcolare nuovamente la pensione della ricorrente e le corrispondeva, dal 1° dicembre 2001, una pensione mensile di importo lordo pari a DEM 204,50 (EUR 104,56), riducendo in tal modo di DEM 438,05 (EUR 223,96) al mese la pensione corrisposta sino a quel momento.

28 Il reclamo presentato dalla sig.ra Habelt avverso la decisione in cui la sua pensione veniva nuovamente calcolata veniva respinto dalla *Bundesversicherungsanstalt*. Secondo tale ente, nell'ipotesi di versamento di una pensione da parte del regime legale di assicurazione vecchiaia a un beneficiario abitualmente residente all'estero, devono essere prese in considerazione le disposizioni speciali sul versamento, previste all'art. 113, n. 1, punto 1, del *Sgb VI*. A termini di tale disposizione, i punti pensione personali degli amministratori sono convertiti in punti pensione per i periodi contributivi maturati nel territorio tedesco, vale a dire i periodi contributivi per i quali sono stati versati contributi ai sensi del diritto tedesco successivo al 1945 e i periodi contributivi assimilati a questi ultimi nel capitolo V del *Sgb VI*.

29 La *Bundesversicherungsanstalt* ha pertanto ritenuto che, poiché i periodi contributivi maturati dall'interessata tra il mese di gennaio 1939 e il mese di aprile 1945 per un'attività lavorativa svolta nel territorio dei Sudeti non erano stati pagati ai sensi del diritto tedesco applicabile dopo il 1945, occorreva riferirsi all'art. 271 del *Sgb VI* che determina i contributi versati precedentemente al 9 maggio 1945 che devono essere considerati come periodi contributivi maturati sul territorio della Repubblica federale di Germania ai sensi dell'art. 113, n. 1, punto 1, del *Sgb VI*.

30 (*Omissis*)

33 Secondo il giudice del rinvio, la situazione oggetto della causa principale è ricompresa nella sfera di applicazione *ratione personae, materiae e temporis* del Regolamento n. 1408/71.

34 Non scorrendo alcuna giustificazione alla restrizione, qui controversa, del principio dell'esportabilità delle prestazioni di previdenza sociale garantito dal Trattato Ce, il *Sozialgericht Berlin* decideva di sospendere il giudizio e di sollevare dinanzi alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se il disposto dell'allegato VI, parte D (precedentemente parte C), [intitolata] "Germania", del Regolamento n. 1408/71 [...] sia compatibile con il Diritto comunitario superiore, in particolare con il principio della libera circolazione – nel caso in esame, con il principio dell'esportabilità delle prestazioni di cui all'art. 42 Ce – nella parte in cui esclude il pagamento di una pensione per periodi contributivi maturati nel territorio del *Reich*».

Causa C-419/05

35 La sig.ra Möser, cittadina tedesca, è nata il 2 gennaio 1923 a Pniewo, in Pomerania. Nel 1946 è fuggita dalla zona di occupazione russa per stabilirsi sul territorio dell'attuale Repubblica federale di Germania, ove percepisce, dal 1° febbraio 1988, una pensione di vecchiaia da parte della *Bundesversicherungsanstalt*. Inizialmente, il calcolo di tale pensione si fondava, segnatamente, sui periodi contributivi obbligatori maturati dall'interessata dal 1° aprile 1937 al 1° febbraio 1945 per attività svolte in Pomerania, su una parte del territorio in cui erano applicabili le leggi sulla previdenza sociale del *Reich* tedesco, attualmente appartenente alla Repubblica di Polonia.

36 Dopo il trasferimento della sig.ra Möser in Spagna, il 1° luglio 2001, la sua pensione di vecchiaia veniva ricalcolata con effetto a decorrere dal 1° settembre 2001. La conseguente riduzione di EUR 143,15 di tale pensione era motivata con la circostanza che, atteso che l'interessata risiedeva all'estero, i periodi contributivi maturati al di fuori del territorio dell'attuale Repubblica federale di Germania non avrebbero potuto essere presi in considerazione. Dal 1° giugno 2004, la sig.ra Möser risiede in Gran Bretagna.

37 Dopo molteplici tentativi di ottenere una pronuncia sul suo reclamo, il 17 maggio 2002 la sig.ra Möser presentava ricorso per carenza dinanzi al giudice del rinvio. Con pronuncia 14 luglio 2003, la *Bundesversicherungsanstalt* respingeva il reclamo.

38 Il 9 agosto 2003, la sig.ra Möser adiva il giudice del rinvio chiedendo l'annullamento di tale decisione. Il giudice *a quo*, sulla base delle medesime considerazioni svolte nella causa C-396/05 e dopo aver rilevato che l'interessata non aveva nemmeno diritto a percepire una pensione di vecchiaia ai sensi del sistema pensionistico polacco, decideva di sospendere il giudizio e di sollevare dinanzi alla Corte una questione pregiudiziale formulata negli stessi termini di quella deferita alla Corte nella causa C-396/05.

Causa C-450/05

39 Il sig. Wachter è nato in Romania nel 1936. È cittadino austriaco e beneficia dello *status* di sfollato (espatriato) ai sensi del *Bundesvertriebenengesetz* (legge federale tedesca in materia di sfollati, in prosieguo: il *Bvg*).

40 Nel 1970 lasciava la Romania per trasferirsi a lavorare in Austria, dove tuttora risiede. Nel mese di novembre 1995, la *Bundesversicherungsanstalt*, ai sensi del *Frg*, riconosceva i periodi lavorativi e contributivi maturati dal sig. Wachter in Romania, dal mese di settembre 1953 al mese di ottobre 1970, quali periodi contributivi obbligatori nell'ambito dell'assicurazione vecchiaia tedesca, atteso che l'interessato gode dello *status* di sfollato ai sensi del *Bvg*.

41 Nel mese di giugno 1999, il sig. Wachter chiedeva il versamento di una pensione di vecchiaia con decorrenza dal 1° agosto 1999, data in cui avrebbe compiuto 63 anni. Tale domanda veniva respinta argomentando che i periodi contributivi maturati presso un ente straniero e che danno diritto a una pensione secondo le modalità previste dal *Frg* non possono dar luogo al versamento di una pensione all'estero. I regolamenti comunitari che hanno sostituito la Convenzione del 1966 tra Germania e Austria non disporrebbero diversamente.

42 Il ricorso presentato dal sig. Wachter avverso tale pronunzia dinanzi al *Sozialgericht Berlin* è stato respinto con decisione 9 luglio 2001.

(*Omissis*)

51 Con una nota pervenuta il 3 febbraio 2006, il giudice *a quo* ha presentato il seguente chiarimento relativamente alla questione pregiudiziale:

«1. Per allegato III, parti A e B, punto 35, [intitolato] “Germania-Austria”, lett. *e*, del Regolamento n. 1408/71 – secondo la nuova numerazione degli allegati del Regolamento n. 1408/71 in seguito all’ampliamento dell’Unione del 1° maggio 2004: punto 83 – si intende la versione vigente fino all’entrata in vigore del Regolamento (Ce) 5 maggio 2005, n. 647. La normativa contenuta nell’allegato corrisponde all’art. 14, n. 2, lett. *b*, della [Convenzione del 1995 tra Germania e Austria], al quale anche si riferisce la questione pregiudiziale, in relazione al quadro normativo pertinente nel 1999 (compimento del 63° anno).

2. L’allegato VI, parte C [intitolata] “Germania”, punto 1, del Regolamento (Cee) n. 1408/71 corrisponde all’allegato VI, parte D [intitolata] “Germania”, punto 1, del Regolamento n. 1408/71 dopo la nuova numerazione a seguito dell’ampliamento dell’Unione del 1° maggio 2004».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla questione pregiudiziale nei procedimenti C-396/05 e C-419/05

(*Omissis*)

85 Alla luce delle suesposte considerazioni, la questione sollevata deve essere risolta nel senso che le disposizioni dell’allegato VI, parte C, punto 1, del Regolamento n. 1408/71 sono incompatibili con la libera circolazione delle persone, in particolare con l’art. 42 Ce, nella parte in cui consentono, in circostanze come quelle oggetto delle cause principali, di subordinare il computo, ai fini del pagamento delle prestazioni di vecchiaia, di periodi contributivi maturati, tra il 1937 e il 1945, su parti del territorio in cui era applicabile la normativa previdenziale del *Reich* tedesco, ma situate al di fuori del territorio della Repubblica federale di Germania, al requisito che il beneficiario sia residente sul territorio di tale Stato membro.

Sulla questione pregiudiziale nel procedimento C-450/05

86 Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se, da una parte, le disposizioni di cui all'allegato III, parti A e B, punto 35, lett. e, del Regolamento n. 1408/71 siano compatibili con gli artt. 39 Ce e 42 Ce, e, dall'altra, se le disposizioni di cui all'allegato VI, parte C, punto 1, dello stesso Regolamento siano compatibili con la libera circolazione delle persone, e in particolare con l'art. 42 Ce, nella parte in cui tali disposizioni consentono, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, di subordinare il computo, ai fini del pagamento delle prestazioni di vecchiaia, di periodi contributivi maturati ai sensi del *Frg*, tra il 1953 e il 1970, in Romania, al requisito che il beneficiario sia residente sul territorio della Repubblica federale di Germania.

Sulla validità delle disposizioni di cui all'allegato III, parti A e B, punto 35, lett. e, del Regolamento n. 1408/71

87 Conformemente all'art. 7, n. 2, lett. c, del Regolamento n. 1408/71, le disposizioni delle convenzioni di sicurezza sociale menzionate nell'allegato III di tale Regolamento rimangono in vigore, nonostante l'art. 6 dello stesso Regolamento, secondo cui, nel quadro del suo campo di applicazione quanto alle persone e del suo campo di applicazione quanto alle materie, quest'ultimo si sostituisce, in linea di principio, alle convenzioni sulla sicurezza sociale che vincolano due o più Stati membri.

88 In forza dell'allegato III, parti A e B, punto 35, lett. e, del Regolamento n. 1408/71, l'art. 4, n. 1, della Convenzione del 1966 tra Germania e Austria rimane applicabile nel caso in cui la prestazione sia già stata concessa o possa essere concessa al 1° gennaio 1994, o se la persona interessata abbia stabilito la propria residenza in Austria anteriormente al 1° gennaio 1994 e la concessione di pensioni a titolo delle assicurazioni pensioni e infortuni sia iniziata anteriormente al 31 dicembre 1994. L'applicabilità del citato art. 4, n. 1, nonostante l'art. 6 del Regolamento n. 1408/71, concerne la normativa tedesca che, secondo il giudice del rinvio, prevede che i periodi contributivi maturati al di fuori del territorio della Repubblica federale di Germania non danno luogo o danno luogo soltanto a determinate condizioni al pagamento di prestazioni, quando i beneficiari non risiedono su tale territorio.

89 Tali disposizioni del citato allegato III corrispondono a quelle dell'art. 14, n. 2, lett. b, della Convenzione del 1995 tra Germania e Austria, entrata in vigore il 1° ottobre 1998, in forza delle quali l'art. 4, n. 1, della Convenzione del 1966 tra Germania e Austria resta applicabile nelle ipotesi previste da tale allegato.

(*Omissis*)

107 Come rilevato al precedente punto 63, una prestazione può essere considerata di natura previdenziale se è attribuita ai beneficiari prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali, in base a una situazione definita *ex lege*, e se si riferisce a uno dei rischi espressamente elencati nell'art. 4, n. 1, del Regolamento n. 1408/71.

108 Dalla giurisprudenza della Corte richiamata al precedente punto 65 risulta anche che disposizioni come quelle dell'art. 4, n. 4, del Regolamento n. 1408/71 devono essere interpretate restrittivamente.

109 Se è pur vero che, nell'ipotesi di prestazioni che si fondano sui periodi contributivi ai sensi del *Frg*, contrariamente alle prestazioni di cui trattasi nelle cause C-396/05 e C-419/05, non sono stati versati contributi in forza della normativa tedesca in materia di assicurazione vecchiaia, da ciò non consegue, tuttavia, che le prestazioni che si fondano sui periodi ai sensi del *Frg* siano escluse dalle prestazioni previste dall'art. 4, n. 1, del Regolamento n. 1408/71.

110 È pacifico che la finalità del *Frg* consiste nell'integrazione degli assicurati che hanno maturato periodi contributivi ai sensi di tale legge nel regime legale pensionistico tedesco, ove tali assicurati vengono considerati come se avessero maturato in Germania detti periodi contributivi.

111 Peraltro, se è pur vero che vi sono situazioni in cui le prestazioni corrisposte ai sensi del *Frg* possono essere considerate come intese ad alleviare situazioni difficili sorte da avvenimenti legati al regime nazista e alla Seconda Guerra mondiale, ciò non si verifica riguardo a una situazione come quella del sig. Wachter.

112 A ciò si aggiunge che il pagamento delle prestazioni controverse ai beneficiari che non possiedono la residenza sul territorio della Repubblica federale di Germania non è discrezionale, se non altro in quanto l'art. 272, nn. 1 e 2, del *Sgb VI* prevede che le pensioni per periodi contributivi ai sensi della *Frg*, in linea di principio, sono corrisposte all'estero quando i beneficiari siano nati prima del 19 maggio 1950 e abbiano stabilito la propria residenza abituale all'estero prima del 19 maggio 1990.

113 A prescindere dalla circostanza che sono stati versati contributi a enti previdenziali di uno Stato terzo, le prestazioni controverse non possono essere considerate quali prestazioni a favore delle vittime della guerra o delle sue conseguenze ai sensi dell'art. 4, n. 4, del Regolamento n. 1408/71.

114 Conseguentemente, le prestazioni in causa devono essere qualificate, alla luce delle caratteristiche evidenziate ai precedenti punti 110-112, al pari di quelle oggetto delle cause C-396/05 e C-419/05, come prestazioni di vecchiaia e ai superstiti ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. *c* e *d*, del Regolamento n. 1408/71, sicché tale Regolamento, in linea di principio, è applicabile e, segnatamente, è applicabile il suo art. 10, a termini del quale la revoca delle

clausole di residenza è garantita «salvo quanto diversamente disposto dal presente Regolamento».

115 Orbene, come si è precedentemente rilevato, l'allegato VI, parte C, punto 1, di tale Regolamento prevede proprio che le disposizioni dell'art. 10 di suddetto Regolamento non pregiudicano le disposizioni in virtù delle quali i periodi maturati fuori del territorio della Repubblica federale di Germania non danno luogo o danno luogo soltanto a determinate condizioni al pagamento di prestazioni quando i titolari risiedono fuori di questo territorio.

116 Conseguentemente, un soggetto che si trovi nella situazione del sig. Wachter non beneficia del diritto al versamento delle prestazioni controverse se risiede al di fuori del territorio della Repubblica federale di Germania. In primo luogo, l'allegato VI, parte C, punto 1, del Regolamento n. 1408/71 consente subordinare il computo dei periodi maturati al di fuori del territorio di tale Stato membro alla residenza sul territorio dello Stato medesimo. In secondo luogo, l'interessato non può chiedere la revoca della clausola di residenza in forza dell'art. 4, n. 1, della Convenzione del 1966 tra Germania e Austria, atteso che l'allegato III, parti A e B, punto 35, lett. e, del Regolamento n. 1408/71 non disciplina una situazione come quella del sig. Wachter. In terzo luogo, la Convenzione del 1995 tra Germania e Austria si limita a riprendere, all'art. 14, le summenzionate disposizioni dell'allegato III.

117 Il giudice del rinvio si chiede se una situazione siffatta non comporti l'incompatibilità delle disposizioni di tale allegato III con gli artt. 39 Ce e 42 Ce, nella parte in cui la perdita del diritto a prestazioni di vecchiaia ai sensi del *Frg* da parte di un beneficiario come il sig. Wachter dipende dall'inapplicabilità dell'art. 4, n. 1, prima frase, della Convenzione del 1966 tra Germania e Austria, a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento n. 1408/71 in Austria e della Convenzione del 1995 tra Germania e Austria, applicabile a far data dal 1° ottobre 1998.

118 Ai punti 22, 23 e 29 della sentenza 7 febbraio 1991, causa C-227/89, *Rönfeldt* (*Racc.*, p. I-323), la Corte ha avuto modo di affermare che, se è pur vero che gli artt. 6 e 7 del Regolamento n. 1408/71 mettono chiaramente in luce che la sostituzione del Regolamento n. 1408/71 alle disposizioni delle convenzioni previdenziali stipulate tra gli Stati membri ha una portata tassativa e non ammette alcuna deroga, salvo i casi espressamente ricordati dal Regolamento, rimane tuttavia da accertare se siffatta sostituzione, allorché sfocia nel collocare i lavoratori, per quanto riguarda taluni loro diritti, in una situazione meno favorevole di quella di cui godevano nel regime precedente, sia compatibile con il principio della libera circolazione dei lavoratori enunciato agli artt. 39 Ce e 42 Ce. Infatti, detti articoli vanno interpretati nel senso che ostano a che un lavoratore perda vantaggi previden-

ziali a causa dell'inapplicabilità, per effetto dell'entrata in vigore del Regolamento n. 1408/71, delle convenzioni vigenti tra due o più Stati membri e integrate nel loro diritto nazionale.

119 La Corte ha ulteriormente precisato che tale principio non può applicarsi, tuttavia, ai lavoratori che hanno esercitato il loro diritto alla libera circolazione solo successivamente all'entrata in vigore di detto Regolamento (vedi, in particolare, sentenza 9 novembre 1995, causa C-475/93, *Thévenon*, *Racc.*, p. I-3813, punto 28).

120 Nella causa principale, risulta pacifico che l'interessato si è stabilito in Austria al fine di ivi vivere e lavorare prima dell'entrata in vigore, in tale Stato membro, del Regolamento n. 1408/71, le disposizioni del quale, salvo eccezioni, si sono sostituite a quelle della Convenzione del 1966 tra Germania e Austria. Non è ammissibile che tale sostituzione possa, eventualmente, privare un soggetto nella situazione del sig. Wachter dei diritti e dei benefici di cui gode in virtù di tale convenzione.

121 La circostanza che tale soggetto non sia emigrato da uno Stato membro a un altro, ma abbia lavorato e vissuto in Romania prima di stabilirsi e di lavorare in Austria senza aver mai vissuto né lavorato in un altro Stato membro non osta all'applicazione degli artt. 39 Ce e 42 Ce.

122 Come la Corte ha avuto occasione di rilevare al punto 15 della sentenza 30 aprile 1996, causa C-214/94, *Boukhalfa* (*Racc.*, p. I-2253), le norme di Diritto comunitario possono trovare applicazione in relazione ad attività lavorative esercitate al di fuori del territorio della Comunità quando il rapporto di lavoro conservi un nesso abbastanza stretto con tale territorio (vedi, in tal senso, in particolare, sentenze 12 luglio 1984, causa C-237/83, *Prodest*, *Racc.*, p. 3153, punto 6; 27 settembre 1989, causa C-9/88, *Lopes da Veiga*, *Racc.*, p. 2989, punto 15, e 29 giugno 1994, causa C-60/93, *Aldewereld*, *Racc.*, p. I-2991, punto 14). Tale principio va inteso nel senso che esso riguarda parimenti i casi in cui il rapporto di lavoro presenta un sufficiente collegamento con il diritto di uno Stato membro e, di conseguenza, con le pertinenti norme del Diritto comunitario.

123 Ciò si verifica in una situazione come quella di cui alla causa principale. Da una parte, i periodi contributivi maturati dall'interessato in Romania sino al 1970 sono stati assimilati a periodi contributivi ai sensi della normativa tedesca dato il suo *status* di sfollato, ai sensi del *Bvg*. Dall'altra, nei limiti in cui una persona nella situazione del sig. Wachter si sia stabilita in Austria nel 1970 al fine di vivere e lavorare in tale Stato beneficiando, in forza della Convenzione del 1966 tra Germania e Austria, del diritto a prestazioni di vecchiaia tedesche in forza dei periodi del *Frg* all'età della pensione, nel 1999, le norme relative alla libera circolazione delle persone si applicano a una situazione siffatta.

124 Alla luce delle suesposte considerazioni, si deve concludere che la perdita, ai sensi dell'allegato III, parti A e B, punto 35, lett. e, del Regolamento n. 1408/71, nonché della Convenzione del 1995 tra Germania e Austria, del diritto a prestazioni di vecchiaia che risulta dalla Convenzione del 1966 tra Germania e Austria, quando l'interessato si è stabilito in Austria precedentemente all'entrata in vigore del Regolamento n. 1408/71 in tale Stato membro, viola gli artt. 39 Ce e 42 Ce.

125 La prima parte della questione sottoposta alla Corte deve pertanto essere risolta nel senso che le disposizioni dell'allegato III, parti A e B, punto 35, lett. e, del Regolamento n. 1408/71 sono incompatibili con gli artt. 39 Ce e 42 Ce, nella parte in cui consentono di subordinare, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, in cui il beneficiario è residente in Austria, il computo, ai fini del pagamento delle prestazioni di vecchiaia, di periodi contributivi maturati ai sensi del *Frg*, tra il 1953 e il 1970, in Romania, al requisito che il beneficiario sia residente sul territorio della Repubblica federale di Germania.

Sulla validità dell'allegato VI, parte C, punto 1, del Regolamento n. 1408/71

126 È pacifico che il trasferimento di residenza e di luogo di lavoro del sig. Wachter in uno Stato membro diverso dalla Repubblica federale di Germania ha avuto come conseguenza il rifiuto di prendere in considerazione, ai fini della sua pensione di vecchiaia, i periodi contributivi maturati dall'interessato tra il mese di settembre 1953 e il mese di ottobre 1970 in Romania. Una conseguenza siffatta, legittimata dalle disposizioni dell'allegato VI, parte C, punto 1, del Regolamento n. 1408/71, rende più difficile, se addirittura non impedisce, l'esercizio, da parte dell'interessato, del suo diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione e costituisce, pertanto, un ostacolo a tale libertà.

127 Al fine di giustificare un tale diniego, la *Rentenversicherung* e il governo tedesco fanno valere, in sostanza, i medesimi argomenti invocati nel contesto delle cause C-396/05 e C-419/05, riguardo ai periodi contributivi maturati su parti del territorio in cui erano applicabili le leggi previdenziali del *Reich* tedesco (vedi *supra*, punto 77).

128 Per i motivi esposti ai precedenti punti 81 e 82, e in quanto il governo tedesco ha omesso di dimostrare che il computo dei contributi controversi ai fini del calcolo delle prestazioni di vecchiaia di cui trattasi nella causa principale inciderebbe in modo significativo sul finanziamento del sistema previdenziale tedesco, tale argomento deve essere respinto.

129 Occorre, pertanto, risolvere la seconda parte della questione nel senso che le disposizioni dell'allegato VI, parte C, punto 1, del Regolamento n. 1408/71 sono incompatibili con la libera circolazione delle persone, in par-

ticolare con l'art. 42 Ce, nella parte in cui consentono di subordinare, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, il computo, ai fini del pagamento delle prestazioni di vecchiaia, di periodi contributivi maturati ai sensi del *Frg*, tra il 1953 e il 1970, in Romania, al requisito che il beneficiario sia residente sul territorio della Repubblica federale di Germania.

(*Omissis*)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) Le disposizioni dell'allegato VI, parte C, intitolata «Germania», punto 1, del Regolamento (Cee) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal Regolamento (Ce) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118/97, sono incompatibili con la libera circolazione delle persone, in particolare con l'art. 42 Ce, nella parte in cui consentono, in circostanze come quelle oggetto delle cause principali, di subordinare il computo, ai fini del pagamento delle prestazioni di vecchiaia, di periodi contributivi maturati, tra il 1937 e il 1945, su parti del territorio in cui era applicabile la normativa previdenziale del *Reich* tedesco, ma situate al di fuori del territorio della Repubblica federale di Germania, al requisito che il beneficiario sia residente sul territorio di tale Stato membro.

2) Le disposizioni dell'allegato III, parti A e B, punto 35, intitolato «Germania-Austria», lett. e, del Regolamento n. 1408/71, come modificato, sono incompatibili con gli artt. 39 Ce e 42 Ce, nella parte in cui consentono di subordinare, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, in cui il beneficiario è residente in Austria, il computo, ai fini del pagamento delle prestazioni di vecchiaia, di periodi contributivi maturati ai sensi della legge sulle pensioni maturate mediante contribuzione all'estero (*Fremdrentengesetz*) tra il 1953 e il 1970 in Romania, al requisito che il beneficiario sia residente sul territorio della Repubblica federale di Germania.

3) Le disposizioni dell'allegato VI, parte C, intitolata «Germania», punto 1, del Regolamento n. 1408/71, come modificato, sono incompatibili con la libera circolazione delle persone, in particolare con l'art. 42 Ce, nella parte in cui consentono di subordinare, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, il computo, ai fini del pagamento delle prestazioni di vecchiaia, di periodi contributivi maturati ai sensi della legge sulle pensioni maturate mediante contribuzione all'estero, tra il 1953 e il 1970 in Romania, al requisito che il beneficiario sia residente sul territorio della Repubblica federale di Germania.

(*Omissis*)

(1) IL CARATTERE PARADIGMATICO DELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
IN MATERIA DI LIBERA CIRCOLAZIONE

La sentenza in epigrafe, al di là della molteplicità dei casi trattati e delle numerose normative esaminate, nazionali e internazionali, che determinano un'inevitabile difficile lettura, si colloca in realtà nel tradizionale alveo tracciato da decenni dalla giurisprudenza della Corte in materia di libera circolazione dei lavoratori. L'ambito di applicazione del Regolamento (Cee) n. 1408/71 e dei relativi allegati viene individuato tenendo conto della loro finalità, che consiste nell'attuazione piena ed effettiva del principio della libera circolazione dei lavoratori (attivi e pensionati) stabilito dagli artt. 30 Ce e 42 Ce.

La Corte verifica in primo luogo: le prestazioni in oggetto (pensioni) sono previdenziali? Rientrano esse, pertanto, nell'ambito di applicazione del Regolamento (Cee) 1408/71? Poi, una volta individuate, essa affronta le questioni delle limitazioni (eccezioni) poste dagli Stati membri, mediante allegati al Regolamento (Cee) 1408/71, alla loro esportabilità, e della compatibilità di tali eccezioni con il principio della libera circolazione, di cui agli (attuali) artt. 30 e 42 Ce.

Poste in questi termini le questioni pregiudiziali esaminate possono apparire quasi superflue: il carattere di pensioni di vecchiaia delle prestazioni *de quibus* appare in modo piuttosto evidente; il diritto alla libera circolazione dei lavoratori è stato, fin dai primi passi della costruzione europea, oltre mezzo secolo fa, un riferimento essenziale e costante. L'erogazione delle prestazioni previdenziali non può essere soggetta a clausole di residenza.

Ma l'ente e il governo tedesco non pongono la questione negli stessi termini: la definizione *ratione materiae* delle prestazioni in questione spetta al diritto nazionale, che va applicato tenendo conto della *ratio* delle relative norme positive; le prestazioni *de quibus*, secondo la legge tedesca, non hanno carattere previdenziale preminente, in quanto rappresentano una riparazione post-bellica, sottratta all'applicazione del principio comunitario della libera circolazione dei lavoratori.

Nell'ambito dei sistemi giuridici della *civil law* quasi sempre le questioni relative alla *ratione materiae* vengono risolte stabilendo gerarchia delle fonti giuridiche e bipartizione *norma generale/norma speciale*.

Solo recentemente anche nei paesi di *civil law* (Italia, Germania, Belgio) le problematiche relative alla qualificazione *ratione materiae* sono ricondotte all'applicazione di principi costituzionali e possono essere oggetto di giudizio di costituzionalità, anche se le Corti spesso preferiscono imboccare la via dell'interpretazione, rigettando i sospetti di incostituzionalità, quando almeno un'interpretazione, tra le diverse possibili, è compatibile con il dettato della norma costituzionale.

Nell'applicazione delle convenzioni internazionali il problema delle qualificazioni non viene risolto, ma evitato, ricorrendo a un criterio nominalistico: le stesse convenzioni, direttamente o mediante documenti diplomatici, scambi di note ecc., o accordi amministrativi collegati, fanno riferimento nominativo, con elenchi, anche molto dettagliati, alle diverse fattispecie, rimanendo di fatto ciascuna legge nazionale competente da sola a stabilire l'effettivo ambito di applicazione *ratione materiae*.

I regolamenti comunitari, al pari delle convenzioni internazionali, spesso contengono riferimenti di tipo formale (nominativo) sia per quanto riguarda i soggetti (gli enti) competenti dei singoli Stati membri, che le prestazioni (o altre circostanze). Tuttavia, per il loro carattere di strumento semplicemente attuativo del Trattato (I regolamenti si potrebbero classificare, per tale motivo, come fonti secondarie), essi non hanno capacità di classificazione autoritativa *ratione materiae*.

Si potrebbe dire che il potere regolamentare europeo è più l'esercizio di una funzione che di un potere. La Corte di Giustizia delle Comunità europee può discostarsi dalle classificazioni contenute nei regolamenti (specialmente quando si tratta di allegati), dichiarando tali classificazioni *ratione materiae* incompatibili con il Trattato o (più frequentemente), mediante interpretazione, circoscrivendole, in modo da escludere alcune fattispecie, o dilatandole, in modo da includerne altre.

Non è un caso che tra le decisioni più incisive della Corte molte riguardino la libera circolazione e l'esportabilità, in generale, delle prestazioni di sicurezza sociale; non è un caso che tali questioni siano state sottoposte alla Corte fin dall'inizio della sua esistenza. Non sarebbe esagerato affermare che la giurisprudenza della Corte in materia di libera circolazione abbia un carattere paradigmatico per l'esercizio del suo potere giurisdizionale anche nelle altre materie.

Il nesso tra territorio e ordinamento giuridico positivo, di tipo liberale-ottocentesco, configura insieme un modo rigoroso di concepire lo Stato e la legalità: la norma giuridica definisce formalmente un numero infinito di fattispecie astratte, con processo espansivo, tendente alla perfezione formale, ma anche alla completezza, fino a coprire (idealmente) tutti gli aspetti della realtà. Si può dire, in un certo senso, che la dimensione territoriale coincida con la sfera di intervento dell'ordinamento giuridico.

Si è discusso molto sui motivi di tale espansione (Esigenza di razionalità pura e di certezza del diritto?, volontà di controllo socio-economico?, perfezione organizzativa della vita sociale?), ma si è anche constatata una crisi crescente di tale modello (Cfr. G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Roma-Bari, 2007; N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004).

Nella sentenza in epigrafe la Corte non solo non prende come riferimento una definizione formale di «lavoratore» e di «pensione» (Il Diritto europeo non dispone né potrebbe disporre di tali definizioni), ma utilizza nozioni meta-giuridiche, fatti e circostanze, per misurare la compatibilità di norme nazionali con il principio europeo della libera circolazione: le persone di cui trattasi hanno lavorato e hanno versato contribuzione previdenziale. Per la Corte sono queste circostanze di fatto i riferimenti essenziali e sufficienti per definirli lavoratori e, successivamente, pensionati, da tutelare applicando il principio europeo della libera circolazione dei lavoratori.

Per l'ente tedesco la particolarità della normativa che riguarda la copertura previdenziale dei lavoratori che avevano prestato la loro attività nei paesi occupati in periodo bellico consiste proprio nel riferimento simultaneo al territorio e all'ordinamento giuridico. Se viene meno uno dei due il beneficio pensionistico viene escluso per l'applicazione della cd. clausola di residenza.

C'è in questa sentenza, come in molta giurisprudenza della Corte, un capovolgimento rispetto alla tesi proposta dall'organismo e dal rappresentante dello Stato tedesco in nome dell'ordinamento giuridico nazionale. Per la Corte il diritto alla tutela e l'esigenza di effettività del principio giuridico europeo non possono cedere davanti al

formalismo della norma positiva nazionale; non è neppure indispensabile o utile cercare soluzioni di tipo interpretativo. Il diritto alla libera circolazione si pone apertamente, senza approfondimenti di tipo formale, come criterio di valutazione giuridica, per stabilire i limiti di applicazione della norma positiva. Le argomentazioni *ratione materiae* dell'ente tedesco vengono così rigettate non solo quando utilizzano riferimenti di tipo formale-letterale, ma anche, e soprattutto, in un certo senso quando si ricorre alla ricostruzione della *ratio* della norma.

Un precedente interessante di questo approccio della Corte di Giustizia delle Comunità europee, relativo proprio ai diritti dei lavoratori, si trova, nel Medioevo, nelle Costituzioni di Melfi di Federico II di Svevia, Re di Sicilia. C'è in esse l'affermazione di un principio giuridico, finalizzato a stabilire il diritto del lavoratore al salario e alla libertà, con la conseguente paralisi di ogni diritto o titolo contrario: «Poiché molto spesso con il pretesto del lecito si tenta l'illecito, per togliere ogni velleità di frode, stabiliamo che a nessuno, in qualunque terra o feudo in possesso di un conte, barone, uomo d'armi, ecclesiastico o secolare, sia lecito obbligare una persona a prestare alcun servizio, neanche in base a precedente diritto, soggezione e altrui dominio; qualunque servizio deve essere compensato con un reddito in danaro o con qualche altro bene» (F. Tardioli, *Le Costituzioni di Melfi*, Roma, 1985, p. 176).

Federico II interviene dall'esterno, in un contesto giuridico ormai secolare, romano-barbarico longobardo e bizantino, con norme innovative, che, pur non cancellando completamente le strutture sociali e politiche pre-esistenti, superano tutta una serie di vincoli giuridici particolari, spesso addirittura locali, e creano un nuovo *status* di libertà in tutto il Regno, facendone il primo Stato moderno italiano.

Occorre sottolineare un certo «paradosso»: le questioni pregiudiziali poste dai giudici *a quibus* hanno rilevanza, in Diritto europeo, per il fatto che l'ordinamento giuridico nazionale (tedesco) è intervenuto per risarcire i lavoratori che, nel periodo bellico, avevano versato la contribuzione previdenziale a un Ente di diritto tedesco (ora soppresso) per il lavoro svolto nei loro rispettivi paesi, occupati dal regime nazista.

Nessuna norma o principio di Diritto europeo obbliga direttamente gli Stati nazionali a istituire sistemi risarcitori di tale tipo. Tuttavia gli ordinamenti nazionali europei, che prevedono tali risarcimenti, devono erogarli nel rispetto del principio della libera circolazione.

Questo paradosso si spiega tenendo presente la particolare genesi del diritto dei lavoratori (Ormai sia dipendenti che autonomi, ma inizialmente solo dipendenti) alla libera circolazione in Europa: la condizione di lavoratore configura uno *status* europeo in grado di paralizzare le eventuali discriminazioni (esclusioni) poste dall'applicazione delle normative nazionali.

Tale condizione di lavoratore, per la tutela della libera circolazione, non va individuata con criteri formali, ma viene riconosciuta e tutelata secondo una nozione meta-giuridica di lavoratore, più ampia di quella giuridica e mutuata dalla realtà socio-economica.

Nei casi trattati dalla sentenza in epigrafe l'applicazione del principio della libera circolazione è fondata su due circostanze di fatto «positive» (la prestazione di attività lavorativa e il versamento della relativa contribuzione previdenziale) e da una limitazione giuridica nazionale «negativa», giudicata dalla Corte contraria al Diritto europeo (vincolo di residenza e divieto di esportabilità).

Rispetto al controllo di legittimità costituzionale, in occasione di risposta a questioni pregiudiziali, previsto dalla Carta costituzionale italiana, l'opera del giudice europeo è diversa, in quanto relativamente rari sono, sul terreno dei diritti fondamentali europei, gli imperativi a contenuto «positivo» (non semplicemente programmatici), mentre sono molto frequenti gli imperativi finalizzati soprattutto a evitare discriminazioni o esclusioni (libertà intesa come diritto al diritto).

La tutela della libera circolazione dei lavoratori è dettata appunto più dalla volontà di costruire la realtà politico-giuridica europea eliminando le barriere interne che dalla attitudine dell'Unione europea ad affermare diritti positivi. Ciò sarebbe in realtà molto difficile considerata la molteplicità degli ordinamenti giuridici degli Stati dell'Unione e la loro diversità, specialmente dopo l'allargamento dell'Unione.

Più in generale, la sentenza pone sia il problema delle prospettive della relazione tra Diritto europeo e ordinamenti giuridici nazionali, sia dell'evoluzione di entrambi.

Anche se la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di libera circolazione dei lavoratori è abbastanza costante, i casi trattati nella sentenza del 18 dicembre 2007 presentano alcuni elementi di specialità, per il periodo ormai lontano in cui si situano le circostanze evocate (occupazione nazista di paesi circostanti), per il rinvio alle problematiche della riparazione di danni bellici, assunta spontaneamente dalla Repubblica federale tedesca, anche al di là di obblighi internazionali, e per la diversa genesi dei diritti fatti valere.

Tale specialità comporta una riflessione sul particolare sviluppo del Diritto europeo e quindi sul carattere paradigmatico della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee in materia di libera circolazione.

L'affermazione dei diritti fondamentali, dall'Illuminismo in poi (Per esempio, Costituzione americana, Dichiarazione di diritti dell'uomo, Costituzione Repubblicana italiana ecc.), si realizza mediante riferimenti politico-antropologici che, pur discostandosi dai tradizionali fondamenti di tipo teologico-metafisico, mantengono caratteri di generalità e di assolutezza.

Già Grozio, al di là del linguaggio ancora tradizionale, aveva anticipato questa tendenza, arrivando a concepire un diritto universale di guerra a sfondo antropologico.

Il Trattato di Roma, istitutivo della prima Comunità europea, senza trascurare obiettivi di pace e di sviluppo, inaugura una convergenza di Stati nazionali caratterizzata concretamente da riferimenti economici. Tale caratteristica permane ancora oggi nell'Unione dei 27 Stati.

Anche il diritto dei cittadini europei (e delle loro famiglie) alla libera circolazione dei lavoratori ha contenuto prevalentemente economico; i relativi diritti in materia di sicurezza sociale hanno identica giustificazione.

Tale «vocazione» economica del Trattato di Roma discosta il Diritto europeo, fin dalla nascita, dal tradizionale binomio Stato-Diritto (Stato di diritto e diritto dello Stato) e conseguentemente dal positivismo giuridico ottocentesco, e configura libertà simili a quelle garantite dalla *Magna Charta Libertatum* inglese del 1215.

In tale contesto i diritti e le libertà non si definiscono riferendoli a sistemi organici e onnicomprensivi («ordinamenti giuridici»), ma tendono a concretarsi con categorie meta-giuridiche, di vario tipo, a contenuto prevalentemente socio-economico.

Già nel Settecento il *contratto sociale*, cui allude l'Illuminismo francese, archivia il concetto tradizionale di sovranità e si ispira al pensiero utilitaristico inglese, agli antipodi di ogni concezione metafisica.

La tendenza «contrattualistica» segna oggi l'evoluzione post-moderna sia della *civil law* che della *common law*: «Se non è possibile far derivare una norma attributiva di potere legittimo da un altro potere che non sia potere di fatto, non vedo altro modo per tenere ferma la superiorità della norma sul potere legittimo, se non considerando l'obbligo di obbedienza contenuto nella norma come frutto della stessa volontà dei consociati [...]. Si torna così alla prospettiva contrattualistica» (M. Bovero, *Introduzione*, in *Ricerche politiche*, Milano 1982, p. XXI).

La giurisprudenza non si trova allora tanto impegnata in ricostruzioni scientifiche logico-sistematiche, ma viene chiamata spesso a effettuare una ponderazione di tipo economico-sociale: «L'essenza della decisione interpretativa consiste nel considerare le conseguenze di soluzioni alternative. Non ci sono interpretazioni logicamente corrette; l'interpretazione non è un processo logico» [R. A. Posner, *The problem of Jurisprudence*, Cambridge (Mass.), Harvard Un. Press, 1990, p. 459].

L'attenzione alla rilevanza socio-economica dei diritti non è dettata tanto da motivazioni di tipo filosofico (una sorta di materialismo storico-giuridico), ma nasce dall'evoluzione del pensiero giuridico in un contesto nel quale tramonta la concezione ottocentesca dello Stato nazionale: «Concentrandosi sulle dinamiche dei meccanismi di mercato, i gius-economisti hanno posto meno attenzione alla concezione giuridica di diritti come modello normativo o descrittivo, e si sono invece esclusivamente concentrati sulle condotte incoraggiate dai diversi sistemi di regole. Secondo questi studiosi, i diritti soggettivi sono diventati semplici metafore per l'analisi economica del diritto» (G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, p. 159).

Il settore dell'economia, che può apparire minimo, se commisurato alla complessità dell'esistenza umana, materiale e spirituale, sembra prestarsi meglio di altri a garantire coesistenza e solidarietà effettiva, sia pure in termini utilitaristici.

La cancellazione delle frontiere interne in Europa, per ampliare le opportunità di lavoro e di progresso economico (libera circolazione), segna la supremazia del singolo, sia pure considerato nella sola dimensione di cercatore di lavoro e con una «minima» soggettività giuridica effettiva, nei confronti della complessa realtà politico-giuridica dello Stato (territorio, ordinamento giuridico, amministrazione burocratica), che incarna la massima espressione del diritto positivo.

Ciò che non hanno potuto realizzare affermazioni astratte di diritti fondamentali, ispirate a concezioni etico-metafisiche, l'Europa sta cercando di renderlo effettivo facendo transitare i lavoratori attraverso le frontiere, con i loro progetti, i loro desideri di migliorare e con le loro... pensioni.

Antonio Mazziotti
Avvocato in Napoli

CASSAZIONE, 11 marzo 2008, n. 6436, Sez. lav. – Pres. De Luca, Rel. Miani Canevari, P.M. Abbritti (conf.) – Ministero della salute c. A. M. G.

Danni da trasfusioni e da vaccinazioni obbligatorie – Indennizzo *ex lege* n. 210/1992 – Ritardo nel pagamento – Risarcimento del danno non patrimoniale – Danno esistenziale – Configurabilità – Esclusione.

Il danno non patrimoniale deve essere risarcito non solo nei casi previsti dalla legge ordinaria, ma anche nei casi di lesione di valori della persona umana costituzionalmente protetti (come la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero). Nel caso degli indennizzi di cui alla legge n. 210/1992, tuttavia, i benefici in questione riguardano prestazioni di natura assistenziale, poste a carico dello Stato in ragione del dovere di solidarietà sociale, e che non hanno quindi natura risarcitoria, né possono essere qualificate, per la loro funzione, come strumenti direttamente rivolti alla garanzia del diritto alla salute. (1)

(Omissis)

A. M. G. e litisconsorti hanno convenuto in giudizio con separati ricorsi il Ministero della salute chiedendo il riconoscimento dei benefici previsti dalla legge 25 febbraio 1992, n. 210, a favore dei soggetti danneggiati a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati, con la condanna della parte convenuta al pagamento delle somme dovute oltre interessi e rivalutazione.

Il giudice adito accoglieva le domande con decisione che la Corte d'Appello riformava parzialmente con la sentenza oggi impugnata. Il giudice dell'appello, mentre escludeva il diritto alla rivalutazione per l'indennità integrativa speciale e fissava la decorrenza degli interessi dal 121° giorno dalla domanda, riconosceva il diritto degli attori in primo grado al risarcimento del danno non patrimoniale per il ritardo nella erogazione delle prestazioni in esecuzione della sentenza di I grado, qualificando il pregiudizio subito come danno esistenziale. Avverso questa sentenza il Ministero della salute propone ricorso per cassazione con unico motivo. Gli intimati non si sono costituiti.

Motivi della decisione

Il motivo di ricorso, con denuncia dei vizi di violazione e falsa applicazione degli artt. 2059 e 2947 cod. civ., nonché del d.l. n. 669 del 1996, art. 14, come modificato dalla legge n. 388 del 2000, art. 147, nonché difetto di motivazione, investe la decisione con cui è stato riconosciuto il diritto degli appellanti al risarcimento del danno per la mancata esecuzione della sentenza di primo grado; ristoro attribuito a titolo di «danno esistenziale», sul rile-

vo che gli interessati sono soggetti gravemente malati, che hanno diritto a migliorare la loro qualità di vita utilizzando l'indennizzo.

L'amministrazione ricorrente rileva che i danni non patrimoniali possono essere risarciti al di fuori dei casi individuati espressamente dalla legge quando siano lesi interessi attinenti direttamente ai valori della persona, di rilevanza costituzionale; nella specie, la Corte territoriale ha confuso il piano del diritto alla salute, tutelato mediante lo strumento indennitario della legge n. 210 del 1992, con l'interesse alla sollecita esecuzione della sentenza di primo grado.

Non risulta poi dimostrato il danno derivato dalla mancata tempestiva esecuzione della sentenza di primo grado, non essendo stato considerato lo *spatium* previsto dalla disciplina dettata in tema di esecuzione forzata nei confronti pubbliche amministrazioni dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30, art. 14, modificato dalla legge 23 dicembre 2000, n. 388, art. 147; né è stato verificato se i creditori avessero provveduto a notificare il titolo esecutivo.

Il ricorso merita accoglimento per le seguenti considerazioni.

Secondo il principio richiamato dalla sentenza impugnata, il danno non patrimoniale deve essere risarcito non solo nei casi previsti dalla legge ordinaria, ma anche nei casi di lesione di valori della persona umana costituzionalmente protetti (come la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero). Nel caso di specie, il beneficio in questione riguarda peraltro una prestazione di natura assistenziale, posta a carico dello Stato in ragione del dovere di solidarietà sociale, e che non ha quindi natura risarcitoria, né può essere qualificata, per la sua funzione, come strumento direttamente rivolto alla garanzia del diritto alla salute.

Risulta quindi infondata la pretesa a un risarcimento per il ritardo nella corresponsione della prestazione, ulteriore a quello già attribuito a titolo di rivalutazione dell'indennizzo e interessi.

La sentenza impugnata deve essere quindi cassata in relazione al motivo accolto; non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito con il rigetto delle domande proposte da G. A. M., B. D., F. M., relative al risarcimento del danno per il ritardo nel pagamento delle prestazioni.

Va confermata la statuizione sulle spese del giudizio di primo grado, mentre non si deve provvedere sulle spese del giudizio di appello e del giudizio di cassazione.

Per questi motivi

La Corte accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e decidendo nel merito rigetta le domande proposte da G. A. M., B. D., F. M., relative al risarcimento del danno per il ritardo nel paga-

mento delle prestazioni. Conferma la statuizione sulle spese del giudizio di primo grado. Nulla per le spese del giudizio di appello e del giudizio di cassazione.

(*Omissis*)

(1) RIFLESSIONI SULLA RISARCIBILITÀ DEL DANNO NON PATRIMONIALE DA
RITARDATA EROGAZIONE DELL'INDENNIZZO *EX LEGE* N. 210/92

La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, nega il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla ritardata corresponsione dell'indennizzo *ex lege* n. 210/92.

Pur riconoscendo che il danno non patrimoniale deve essere risarcito in ogni caso di lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti, nella fattispecie in esame ne viene negata la risarcibilità esclusivamente in ragione della natura indennitaria e assistenziale dell'emolumento, che, assolvendo a funzioni di solidarietà sociale, è definito come uno strumento non «direttamente volto alla garanzia del diritto alla salute».

La sintetica motivazione induce alcune riflessioni sulla funzione della tutela *de qua*, anche alla luce di una interpretazione sistematica e costituzionalizzata della legge n. 210/92, nonché sull'efficacia del sistema indennitario-risarcitorio nello specifico ambito considerato.

La legge n. 210/92, come noto, prevede un indennizzo per quanti abbiano riportato una menomazione permanente all'integrità psico-fisica a causa di vaccinazione obbligatoria, trasfusioni e somministrazione di emoderivati.

La tutela offerta dalla suddetta legge «opera su un piano diverso da quello in cui si colloca quella civilistica in tema di risarcimento del danno [...]. Per quanto qui interessa, al fine di evidenziare la distanza che separa il risarcimento del danno dall'indennità prevista dalla legge denunciata, basta rilevare che la responsabilità civile presuppone un rapporto tra fatto illecito e danno risarcibile e configura quest'ultimo, quanto alla sua entità, in relazione alle singole fattispecie concrete, valutabili caso per caso dal giudice, mentre il diritto all'indennità sorge per il sol fatto del danno irreversibile [...]. Ferma la possibilità per l'interessato di azionare l'ordinaria pretesa risarcitoria, il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha dunque previsto una misura economica di sostegno aggiuntiva, in un caso di danno alla salute, il cui ottenimento dipende esclusivamente da ragioni obiettive facilmente determinabili, secondo parametri fissi, in modo da consentire agli interessati in tempi brevi una protezione certa nell'*an* e nel *quantum*, non subordinata all'esito di un'azione di risarcimento del danno, esito condizionato all'accertamento dell'entità e, soprattutto, alla non facile individuazione di un fatto illecito e del responsabile di questo» (Corte Cost., sentenza n. 423/00).

Il fondamento della tutela indennitaria *de qua* viene rinvenuto dalla giurisprudenza nel dovere di solidarietà sociale gravante sulla collettività, e quindi sullo Stato, *ex artt.* 2 e 32 Cost.

Infatti la violazione del fondamentale diritto alla salute impone un intervento riparatore che, pur non risarcendo interamente il pregiudizio subito, assicuri un equo ri-

storo, per consentire di far fronte con tempestività alle cure necessarie e all'assistenza, in adempimento «dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» postulati dalla Carta fondamentale (M. Dragone, *Responsabilità medica da trasfusione e da contagio*, Giuffrè, 2007).

Ma se è vero che è la solidarietà sociale a sostenere l'intervento pubblico, è altrettanto vero che esso reagisce alla lesione di un diritto proprio dell'individuo, con funzioni di tutela rispetto a esso.

La Corte di Cassazione ha recentemente affermato che «la norma fondamentale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 210/1992, nel suo riferimento a lesioni o infermità dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, esprime chiaramente il concetto di danno alla salute, secondo la definizione dell'art. 32 Cost.» e che «il danno alla salute – e non già l'incapacità lavorativa generica – rappresenta l'unità di misura che deve potere essere applicata al fine del riconoscimento dell'indennizzo» (Cass. 4 maggio 2007, n. 10214, in q. *Riv.*, 2007, IV).

L'indennizzo, quindi, è areddituale, non ristora pregiudizi di tipo patrimoniale derivanti da una incapacità, generica o specifica, di guadagno ma ristora la lesione del primario diritto alla salute, rappresentandone uno strumento di tutela diretta.

Proprio l'aredditalità dell'indennizzo impone di considerare l'assistenza sociale in discorso non più come una forma di beneficenza a tutela degli indigenti, ma, superata la tradizionale distinzione tra assistenza e previdenza, come lo strumento mediante il quale lo Stato realizza l'idea di «sicurezza sociale», approntando misure idonee a garantire, a tutti i cittadini, la liberazione dal bisogno nel quale versino. Tale garanzia è infatti ritenuta condizione indispensabile per lo sviluppo della personalità umana e per il godimento dei diritti civili e politici (M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, 1998, pp. 11 ss.).

L'idea della sicurezza sociale ha trovato accoglimento nel nostro ordinamento mediante ricezione nella Carta fondamentale (artt. 3, 4, 31, 32 e 38). In particolare l'art. 38 Cost. garantisce a tutti i cittadini i mezzi necessari per vivere (cd. minimo esistenziale) e, ai lavoratori, mezzi adeguati alle loro esigenze di vita. La distinzione, operata dall'art. 38 Cost., tra cittadini e lavoratori, deve essere interpretata alla luce dell'art. 3 Cost., per cui, nell'evoluzione del nostro ordinamento guidata dai principi costituzionali, «si è giunti alla realizzazione, almeno ogni volta che entrano in gioco beni essenziali – come ad esempio la salute [...] di un'adeguata tutela degli interessi dei cittadini non lavoratori, riconoscendo anche a essi un diritto perfetto alle prestazioni» (M. Persiani, cit., p. 23).

L'intervento dello Stato, quindi, sia esso di carattere assistenziale che previdenziale, è finalizzato alla «liberazione dal bisogno» nell'ottica della sicurezza sociale.

Il concetto di bisogno, per effetto della mutata coscienza sociale e per l'intensificarsi della tutela della persona, non è più ancorato a una riduzione di capacità lavorativa e quindi al detrimento del patrimonio dell'individuo derivante dall'impossibilità di lavorare. Bisogno è anche quello determinato da una malattia e/o menomazione che possa incidere sulla personalità dell'individuo e nella sua naturale estrinsecazione nella vita relazionale.

La correttezza di tale interpretazione del bisogno è confermata dall'introduzione, nell'ambito della tutela contro gli infortuni e le malattie professionali, dell'indennizzo del danno biologico (d.lgs. n. 38/00). Il fondamento di tale misura previdenziale vie-

ne rinvenuto, anche, nell'art. 38 Cost., ma è fuori dubbio, stante il carattere reddituale della prestazione, disancorata – tanto nell'elargizione quanto nella quantificazione – da criteri legati alla capacità di guadagno, che non indennizza una perdita patrimoniale conseguente alla lesione psico-fisica ma la lesione psico-fisica in sé, comprensiva degli aspetti dinamico-relazionali (Questi ultimi intesi in modo standardizzato, come conviene al sistema indennitario, senza alcuna personalizzazione rispetto al caso concreto. Per approfondimenti A. Lupi, *Prospettive e problematiche del danno differenziale dopo il d.lgs. n. 38/00*, in q. *Riv.*, 2007, supplemento al n. 2, pp. 183 ss.).

Ne consegue che i «mezzi adeguati alle esigenze di vita», garantiti dal citato precetto costituzionale (comma 2), non coincidono necessariamente con un bisogno tipicamente patrimoniale.

Allo stesso modo, sia il riconosciuto indennizzo per le malattie silenti, ovvero prive di sintomi e pregiudizi funzionali attuali (Cass. 4 maggio 2007, n. 10214, in q. *Riv.*, 2007, IV), sia l'indennizzo ai congiunti del danneggiato *ex lege* n. 229/05 (legge vaccinazioni), sembrano suggerire l'accoglimento di un concetto di bisogno inteso in modo più ampio; «l'evento può produrre un danno biologico, ed essere generatore di bisogno per tale sola ragione, ma può anche generare uno stato di indigenza esistenziale cui l'ordinamento pone riparo attraverso interventi di solidarietà sociale finalizzati alla garanzia dell'uguaglianza sostanziale tra tutti i cittadini» (A. Federici, *Le prestazioni di sicurezza sociale e la rilevanza dei bisogni esistenziali conseguenti al cd. danno da contagio: il caso delle patologie silenti nel sistema di indennizzo in favore di soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie trasfusioni ed emoderivati*, in q. *Riv.*, 2007, IV, pp. 746 ss.).

Alla luce di questa nuova interpretazione del «bisogno», diventa meno condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che fonda l'indennizzo *ex lege* n. 210/92 sugli artt. 2 e 32 Cost., negando ogni riferimento all'art. 38 della Carta fondamentale. Se l'art. 38 si riferisce a un bisogno non necessariamente economico, la tutela dallo stesso apprestata copre aree molto più ampie dell'indigenza assoluta di cui al suo comma 1 e dell'indigenza relativa di cui al comma 2. L'art. 38 si presenta quindi come un referente necessario, insieme agli artt. 2, 3 e 32 Cost., dell'indennizzo *de quo* (A. Federici, cit.).

Le considerazioni sopra svolte consentono di leggere criticamente la motivazione della sentenza in commento: non solo l'indennizzo è uno strumento di tutela diretta del fondamentale diritto alla salute e, potremmo dire, della libertà e dignità della persona, ma la sua natura assistenziale, nel significato ampio e costituzionalizzato che sopra si è offerto, rende ancora più doverosa la tempestiva erogazione.

Infatti, se la prestazione attua la liberazione dal bisogno, nell'ottica della sicurezza sociale che è prerogativa dello Stato, allora la tardiva disponibilità della stessa incide negativamente sulla realizzazione della persona e sul godimento dei diritti civili e politici cui essa è preordinata, determinando un danno non patrimoniale di tipo esistenziale.

Il danno esistenziale rappresenta ormai un'autonoma categoria di danno, rientrando nell'ambito del danno non patrimoniale, ampiamente accolta e riconosciuta nel sistema della responsabilità civile (Tra le tante, Ss.Uu., 24 marzo 2006, n. 6572, Cass. Civ. 12 giugno 2006, n. 13546, Cass. Civ. 06 febbraio 2007, n. 2546, Ss.Uu., n. 13546/07. *Contra* Cass. Civ. 20 aprile 2007, n. 9519, Cass. Civ. 4 ottobre 2005, n. 19354).

Si sostanzia nel pregiudizio che la lesione di valori costituzionalmente garantiti produce sul «fare areddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per l'espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno» (Cass., Ss.Uu., n. 6572/06).

Se esistono dei valori e dei diritti tutelati dalla Costituzione suscettibili, se violati, di arrecare un pregiudizio non patrimoniale, il risarcimento di tale ingiusto danno si pone come tutela minima prestata dall'ordinamento al diritto violato. La violazione di interessi di rango costituzionale esige infatti il massimo livello di riparazione del danno non patrimoniale anche laddove il danno che ne derivi non sia emergente ma di futura affermazione (Trib. Modena, Sezione II, 20-21 maggio 2008).

Tale tutela non può essere dunque compromessa né limitata.

Ebbene, il diritto all'indennizzo *ex lege* n. 210/92 è un diritto soggettivo (Ss.Uu., 26 gennaio 2000, n. 9, Cass., ord., 21 settembre 2005, n. 18606. Tale qualificazione conferma il superamento, cui prima si è accennato, della differenza tra assistenza e previdenza; infatti, «nell'assistenza sociale, gli assistiti erano titolari di un interesse legittimo, se non addirittura di un mero interesse, mentre soltanto nella previdenza sociale era riconosciuto ai lavoratori un diritto soggettivo alla prestazione»; M. Persiani, cit., p. 23).

Rispetto a tale diritto grava sullo Stato un'obbligazione *ex lege* che trova la sua fonte nella legge ordinaria e in quella fondamentale. Ne consegue che la mancata erogazione dell'indennizzo non solo non estingue o estingue tardivamente l'obbligazione, ma, prima ancora, viola i valori costituzionali che dell'indennizzo rappresentano il fondamento.

Se, poi, tale violazione è causativa di un danno esistenziale allegato e provato non v'è ragione alcuna di negare il risarcimento richiesto (Sulla prova del danno esistenziale si veda, tra le tante, Ss.Uu., n. 6572/06, Ss.Uu., n. 13546/07, Cass. 8 ottobre 2007, n. 20987, Cass. 6 febbraio 2007, n. 2546, Cass. 12 giugno 2006, n. 13546).

Seppure con le differenze derivanti dalla disciplina specifica e dai referenti costituzionali, si ritiene estendibile alla fattispecie in discorso l'argomentazione del Tribunale di Lecce, il quale riconosce il danno esistenziale derivante da ritardato pagamento dell'indennità di maternità. Secondo il giudicante: «... il comportamento dei convenuti è stato gravemente inadempiente: il datore di lavoro non ha adempiuto all'obbligo – previsto dalla legge – di anticipare l'indennità in questione richiesta dalla dipendente; l'istituto (Inps) non ha pagato – venendo meno alla propria funzione istituzionale – la prestazione richiesta pur in presenza dell'inadempimento datoriale [...]. Non vi è chi non veda che dall'immotivato inadempimento di entrambi i convenuti sia derivato alla ricorrente un danno gravissimo, essendo stata violata la sua dignità di persona umana [...]. Il tipo di danno che la ricorrente ha subito è senza dubbio non patrimoniale e di tipo esistenziale. Il pagamento della indennità di maternità al lavoratore dipendente è oggetto sì di un obbligo che ha contenuto patrimoniale, ma il cui adempimento esatto ha una funzione anche non patrimoniale...». Il danno *de quo*, secondo il giudice di prime cure, è conseguenza indiretta e mediata dell'inadempimento, con le conseguenze e gli effetti di cui all'art. 1223 cod. civ. nella sua interpretazione giurisprudenziale, e deve pertanto essere risarcito (Trib. Lecce, sentenza 18 aprile 2006, in www.laprevidenza.it. Anche il giudice amministrativo ri-

conosce il danno esistenziale da ritardata erogazione; si veda Consiglio di Stato, Sezione IV, 18 gennaio 2006, n. 125, in tema di ritardato pensionamento: in questo caso la forzata prosecuzione dell'attività lavorativa viola una posizione tutelata dall'ordinamento, comportando una modificazione peggiorativa della qualità dell'esistenza. Per approfondimenti e bibliografia, P. Menga, *Danno esistenziale e giudice amministrativo*, in *www.altalex.it*).

Una volta accertato il diritto e la correlativa obbligazione della p.a., la risarcibilità del danno da tardivo adempimento dovrebbe essere rimesso alle ordinarie regole civilistiche. Escluderla in funzione della natura indennitaria e assistenziale dell'emolumento comporta una deroga ingiustificata a tali regole generali.

È doveroso ricordare, allorché si discorra in tema di obbligazioni della p.a., che l'attività della stessa deve sempre svolgersi nei limiti posti dalla legge e dalla norma generale del *neminem laedere*. Tale ultima norma si connota in modo ancor più rigoroso per la p.a. in virtù del precetto di cui all'art. 97 Cost., che impone di non ledere i diritti costituzionalmente garantiti dei soggetti coinvolti nel suo operato.

Nel caso di specie, la p.a., anche a fronte di una condanna giudiziale al pagamento, ha mantenuto un comportamento colposamente omissivo. Tale comportamento contrasta con l'obbligo, accertato anche in sede di giudizio, di corrispondere l'indennizzo, e con gli obblighi generici di protezione rispetto al verificarsi dell'evento lesivo lamentato.

Infatti, stante la funzione dell'indennizzo, che mira a sollevare il soggetto leso dallo stato di bisogno nel quale versa, la tempestività del pagamento non solo è prerogativa del sistema indennitario, ma è anche funzionale al sistema assistenziale e al disegno costituzionale, cui la p.a. deve dare, per quanto di sua spettanza, compiuto adempimento.

La natura dell'emolumento pertanto, lungi dall'escludere la risarcibilità del danno, ne rappresenta una ragione di sostegno.

Si è già rilevato come la tutela risarcitoria non può essere limitata a meno di non sacrificare la tutela del diritto cui essa è preordinata. Nel nostro caso oggetto di tutela è la persona, intesa sia come realtà biologica sia come centro di interessi esistenziali e relazionali.

La realizzazione di tale tutela, per gli eventi lesivi di cui alla legge n. 210/92, è affidata al concorso tra indennizzo e risarcimento (*Ex pluribus*, Ss.Uu., 11 gennaio 2008, n. 5819). Tale concorso è necessario se si considera che l'indennizzo non ripara tutto il danno ma si limita a offrire un «equo ristoro».

È discusso se le due forme di tutela siano o meno cumulabili. A sostegno della prima soluzione deporrebbe il dato letterale «l'indennizzo è cumulabile con ogni altro emolumento a qualsiasi titolo percepito» (art. 2, comma 1, legge n. 210/92), oltre alla considerazione che la diversa fonte delle due obbligazioni, la diversità dei soggetti obbligati e la finalità assistenziale dell'indennizzo, ne comporterebbe la piena cumulabilità (Trib. Roma, 26 settembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 2900). La seconda soluzione invece, accolta dalla giurisprudenza maggioritaria, ritiene sia necessario scorporare dall'importo del risarcimento civilistico quanto percepito a titolo di indennizzo, al fine di evitare duplicazioni risarcitorie e ingiuste locupletazioni da parte del danneggiato (Trib. Catania 23 gennaio 2007, n. 266; Trib. Catanzaro 17 maggio 2005; Trib. Roma 30 agosto 2005; Trib. Roma 8 gennaio 2003. Quest'ultima so-

luzione è aderente alla soluzione accolta dalla giurisprudenza nel caso di lesioni conseguenti a infortunio o malattia professionale).

Nell'ambito di questo sistema bipartito, trascendendo dalle problematiche connesse alla cumulabilità dei due strumenti e alle voci di danno civilistico sulle quali incidere nelle operazioni di scorporo, sembra che la negazione del risarcimento per ritardata erogazione dell'indennizzo *ex lege* n. 210/92 apra una nuova falla nella tutela della «persona».

La tutela risarcitoria è soggetta ai tempi dell'accertamento, della condanna e dell'esecuzione giudiziale.

L'indennizzo dovrebbe essere più tempestivo, ma, se diviene anch'esso oggetto di accertamento giudiziale e se la connessa sentenza non viene ottemperata, anche questa tutela sarà comunque tardiva rispetto ai bisogni alla cui liberazione è preposta.

Medio tempore il soggetto danneggiato è privo di tutele e, verosimilmente, le sue abitudini di vita subiranno ulteriori modificazioni peggiorative per l'indisponibilità delle somme e per lo stato di incertezza che questa produce.

L'indisponibilità delle somme, infatti, è suscettibile di «modificare l'agire del singolo», nel senso che egli non può fare ciò che avrebbe voluto e avrebbe avuto diritto di fare disponendo delle somme, ledendo il diritto della persona a esprimere la propria personalità *ex art. 2 Cost.* Si pensi, a titolo d'esempio, a malattie che comportano una stigmatizzazione sociale e trasmissibili per contagio. La tempestività dell'indennizzo consentirebbe al danneggiato di limitare gli effetti del pregiudizio sociale sulla sua vita ordinaria, cambiando residenza o introducendosi in comunità ove la sua condizione venga accettata.

Limitare il risarcimento del danno da tardiva erogazione al danno patrimoniale (interessi e rivalutazione) significa negare, contro ogni evidenza, lo stato di «indigenza esistenziale» (L'espressione è di A. Federici, cit.) nel quale i soggetti danneggiati versano.

Se pure questo fosse compatibile con una visione tradizionale dell'assistenza pubblica, funzionale a sollevare il cittadino dalla sola indigenza economica, non è più sostenibile nell'accezione che tale tutela assume oggi nel programma costituzionale di valorizzazione della persona e di realizzazione della sicurezza sociale.

Il bisogno cui l'indennizzo è rivolto non è esclusivamente un bisogno economico, ma un bisogno legato alla persona e alla personalità, la cui integrità, dignità e libera estrinsecazione devono considerarsi quali elementi ineliminabili del modello di Stato delineato dalla Costituzione.

A questo si aggiunga che il diritto alla prestazione è un diritto soggettivo cui si deve riconoscere ordinaria tutela civilistica anche per quanto concerne i danni, ultronei, conseguenti il suo mancato/inesatto/tardivo soddisfacimento.

Alla luce di queste considerazioni, deve concludersi che il danno da ritardata erogazione delle prestazioni non può risolversi nel solo danno patrimoniale e che la natura assistenziale dell'emolumento, per i caratteri propri del sistema indennitario e per la sua funzione, lungi dal giustificare strettoie risarcitorie, dovrebbe invece legittimare, ulteriormente, la risarcibilità del danno sofferto, nell'ottica di una piena tutela dell'interesse protetto.

CASSAZIONE, 7 marzo 2008, n. 6212, Sez. lav. – Pres. De Luca, Rel. De Matteis, P.M. Fuzio (concl. conf.) – V. M. e V. V. c. Inail.

Infortunio sul lavoro – Azione di regresso Inail – Artt. 10 e 11 d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 – Applicabilità.

La speciale azione di regresso spettante, iure proprio all'Inail, ai sensi degli artt. 10 e 11 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, è esperibile non solo nei confronti del datore di lavoro, ma anche verso i soggetti responsabili o corresponsabili dell'infortunio a causa della condotta da essi tenuta in attuazione dei loro compiti di preposizione o di meri addetti all'attività lavorativa, a prescindere dal titolo contrattuale e dalla tipologia lavorativa che li lega al datore di lavoro (principio affermato in fattispecie in cui l'Inail aveva esperito l'azione di regresso nei confronti del responsabile di fatto dell'organizzazione e della prevenzione in azienda indipendentemente dal vincolo che lo legava al datore di lavoro). (1)

(Omissis)

Il Tribunale di Verbania ha accolto l'azione di regresso, per euro 291.145, proposta dall'Inail nei confronti di V. M., quale datore di lavoro di P. G., deceduto sul lavoro il *(Omissis)*, e di suo fratello V. V., quale responsabile di fatto dell'organizzazione e della prevenzione, in occasione dell'espletamento dell'attività lavorativa nella quale il P. è deceduto.

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso in appello il solo V. V., dolendosi che il Tribunale di Verbania abbia accolto l'azione di regresso dell'Inail nei propri confronti, che non è né proposto, né dipendente del datore di lavoro dell'infortunato, ma imprenditore autonomo, nei cui confronti l'Inail avrebbe dovuto esperire la generale azione di surroga di cui all'art. 1916 cod. civ.

La Corte d'Appello di Torino, con sentenza 5 maggio/6 giugno 2005, n. 859, ha respinto l'appello, ritenendo la qualificazione dell'azione promossa dall'Inail del tutto irrilevante ai fini dell'individuazione dell'oggetto della pretesa avanzata, in quanto l'obbligo di risarcimento trova fondamento nel generale principio dell'art. 2043 cod. civ. Il giudice d'appello ha affermato che la diversa qualificazione dell'azione avrebbe avuto rilievo solo sulla competenza funzionale (che non sarebbe spettata al giudice del lavoro), ma ha rilevato che sul punto si è formato il giudicato, perché il Tribunale di Verbania ha respinto, con sentenza non definitiva del 2 luglio 2003, l'eccezione di incompetenza funzionale, quale giudice del lavoro, sollevata da V. V.; questa sentenza è passata in giudicato, dal momento che il V. non ha effettuato alcuna riserva d'appello, come prescritto dall'art. 340 cod. proc. civ., in relazione all'ipotesi di cui all'art. 279 cod. proc. civ., comma 2, n. 4.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per Cassazione il V., con unico motivo.

L'Istituto intimato si è costituito con controricorso, resistendo; ha proposto ricorso incidentale condizionato.

Motivi della decisione

Devono esser riuniti il ricorso principale e il ricorso incidentale proposti avverso la stessa sentenza, ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ.

Con unico motivo il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 1916 cod. proc. civ.; d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, artt. 10 e 11, censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto esperibile l'azione di regresso verso soggetti terzi, diversi dal datore di lavoro o suoi dipendenti.

Il motivo non è fondato.

In origine, soggetto passivamente legittimato rispetto all'azione di regresso poteva essere unicamente il datore di lavoro, per qualunque altro soggetto configurandosi, viceversa, la legittimazione passiva all'azione di surroga (Cass., Sezioni Unite, 6 maggio 1952, n. 1267).

L'ampliamento della sfera di responsabilità del datore di lavoro *ex art. 10 del T.U.*, di cui sono note le vicende legislative e giurisprudenziali, ha avuto un effetto di ampliamento corrispondente del diritto di regresso dell'Istituto assicuratore. La sentenza n. 22 del 1967 della Corte Costituzionale – ampliando l'area della responsabilità civile indiretta del datore e segnatamente ricomprendendovi il fatto illecito di qualunque suo dipendente – ha corrispondentemente esteso anche l'ambito dell'azione di regresso dell'Inail (Cass. 7 febbraio 1992, n. 11336); siamo però ancora nell'ambito dei dipendenti del datore di lavoro.

Le Sezioni Unite, con la sentenza 16 aprile 1997, n. 3288, hanno compiuto un passo ulteriore, definendo l'azione di regresso o di surroga non più in relazione all'appartenenza al rapporto previdenziale-assicurativo, ma in relazione alla circostanza che il terzo responsabile dell'infortunio sia interno o esterno al rischio protetto dall'assicurazione obbligatoria. È così pervenuta alla qualificazione in termini di regresso dell'azione dell'Istituto nei confronti non solo del direttore tecnico dell'impresa, dipendente della stessa, ma altresì dell'amministratore, così ampliando l'area soggettiva (passiva) di operatività della speciale azione di regresso a soggetti non dipendenti del datore di lavoro.

La giurisprudenza di legittimità successiva alle Sezioni Unite citate ha ritenuto, in maniera costante, che l'azione di regresso è esperibile altresì verso i soggetti responsabili o corresponsabili dell'infortunio, in quanto abbiano rappresentato organi o strumenti mediante i quali il datore di lavoro ha vio-

lato l'obbligo di garantire la sicurezza nel luogo di lavoro, senza che a ciò sia di ostacolo la possibile affermazione della loro responsabilità solidale, atteso che l'art. 2055 cod. civ. consente la diversità dei rispettivi titoli di responsabilità (contrattuale per il datore di lavoro ed extracontrattuale per gli altri) (Cass., Ss.Uu., 16 aprile 1997, n. 3288; Cass. 9 dicembre 1997, n. 12457; 24 giugno 1998, n. 6220; 9 novembre 1999, n. 12447; 9 gennaio 2001, n. 220; Cass. 18 agosto 2004, n. 16141).

La possibilità per il datore di lavoro di avvalersi nell'assolvimento dell'obbligo di sicurezza di soggetti a lui legati con diverse tipologie contrattuali (d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, artt. 8, comma 4, e 8-*bis*) ha posto il problema della esperibilità dell'azione di regresso nei confronti di siffatti soggetti.

La dottrina, nell'esaminare il diverso problema della direzione dell'azione di regresso nei rapporti trilaterali, che hanno fatto irruzione nell'ordinamento giuslavoristico italiano (legge 24 giugno 1997, n. 196, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, artt. 20 ss.), con orientamento espresso da più Autori, ha ritenuto che l'azione di regresso possa essere esperita nei confronti del responsabile di un obbligo di sicurezza nei confronti del lavoratore, inserito nella propria organizzazione produttiva, come la impresa utilizzatrice.

Questa Corte ritiene tale soluzione corrispondente al principio di effettività e di responsabilità che governa il sistema di tutela infortunistica, e in linea con i precedenti citati.

La stessa conclusione deve essere adottata per i soggetti che il datore di lavoro abbia chiamato a collaborare operativamente, a vario titolo, nell'assolvimento del proprio obbligo di sicurezza, quali organi o strumenti mediante i quali egli avrebbe dovuto garantire la sicurezza nel luogo di lavoro, anche se a lui non legati da rapporto di lavoro dipendente, in quanto interni al rischio assicurato. Tale conclusione è avvalorata dagli aspetti penali della vicenda. La condanna del V. V. per concorso in reato proprio (omicidio colposo), passata in giudicato, presuppone la imputabilità della partecipazione di costui alla condotta omissiva del fratello M.

Non vi è pertanto dubbio che l'Inail potesse esperire azione di regresso nei confronti del V. V., che la sentenza impugnata, con accertamento di fatto insindacabile in questa sede di legittimità, ha accertato essere responsabile di fatto dell'organizzazione e della prevenzione in azienda, indipendentemente dal vincolo contrattuale e dalla tipologia lavorativa che legava il V. V. al fratello V. M., datore di lavoro.

Il ricorso va pertanto respinto.

Il rigetto del ricorso principale comporta l'assorbimento del ricorso incidentale condizionato.

Le spese processuali seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

Per questi motivi

rigetta il ricorso principale, assorbito l'incidentale; condanna il ricorrente principale alle spese del presente giudizio liquidate in euro 16,00 oltre euro 7.000,00 per onorari di avvocato, oltre accessori.

(*Omissis*)

(1) SULL'AMPLIAMENTO DEI CONFINI DELL'AZIONE DI REGRESSO DELL'INAIL

Il T.U. 30 giugno 1965, n. 1124, prevede una particolare disciplina per la regolamentazione della responsabilità civile del datore di lavoro per l'infortunio sul lavoro occorso a un suo dipendente nel complesso formato dagli artt. 10, 11 e 112. Si tratta di una disciplina speciale che esclude l'applicabilità in materia delle contrastanti norme civilistiche. L'art. 10 T.U. pone alla base di tale sistema l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro. Tale esonero cede, però, di fronte alla circostanza che l'evento dannoso sia avvenuto per fatto costituente reato perseguibile d'ufficio commesso dal datore di lavoro stesso o da coloro che egli ha incaricato della direzione e sorveglianza del lavoro. In caso, quindi, di sussistenza della responsabilità penale potrà essere proposta, da parte del lavoratore infortunato o dei suoi aventi causa, l'azione volta al riconoscimento del danno cosiddetto differenziale *ex art. 10 T.U.*, comma 7; vale a dire per il danno subito eccedente le indennità liquidate dall'Inail. In tale evenienza, poi, all'Istituto spetterà, *ex art. 11 T.U.*, l'azione di regresso, autonoma dall'azione del lavoratore per il maggior danno e volta a ottenere il rimborso delle indennità corrisposte all'infortunato, dovendosi ritenere non rientranti nella copertura previdenziale le prestazioni rese a seguito di un comportamento penalmente rilevante (Corte d'App. Palermo 17 novembre 1972). La caduta dell'esonero e l'attribuzione dell'autonoma azione di regresso sono rette anche da ragioni di politica prevenzionale ravvisate nell'esigenza di stimolare efficacemente l'adozione da parte del datore di lavoro delle misure di sicurezza sul lavoro (Corte Cost. n. 134/1971). La normativa speciale impone, quindi, all'Istituto di indennizzare il lavoratore infortunato anche per gli eventi derivanti da azioni penalmente sanzionate, salvo, però il diritto dell'Inail di agire nei confronti del datore di lavoro. Come è stato efficacemente sottolineato (Marando, *Responsabilità, Danno e Rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Giuffrè, 2003) il diritto dell'Istituto ben può essere inquadrato nella figura generale, seppure in tal caso regolata dalla legge speciale, dell'azione di regresso essendone riscontrabili le caratteristiche tipiche consistenti nel pagamento di un debito altrui, dato che l'Istituto nell'adempire a un obbligo di legge non fa altro che anticipare delle prestazioni ricadenti nella sfera di responsabilità del datore di lavoro, e nel diritto operante all'interno del rapporto assicurativo verso un soggetto che è parte di tale rapporto. I termini entro i quali è possibile avanzare l'azione di cui si tratta sono, poi, disciplinati dall'art. 112 T.U.

Parimenti, nell'ambito delle azioni messe a disposizione dall'ordinamento a favore dell'Istituto erogante la prestazione indennitaria si colloca la generale azione di surro-

ga di cui all'art. 1916 cod. civ., esperibile dall'Inail nei confronti, in linea generale, di soggetti estranei al rapporto assicurativo. Sancisce, infatti, l'art. 1916 cod. civ. che l'assicuratore il quale ha pagato l'indennità è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili, pur se il titolo di responsabilità non derivi da un fatto illecito (Cass. n. 6560/1988). Nonostante la rubrica dell'articolo, è opinione costante in giurisprudenza che tale azione non dia vita a una vera e propria surrogazione, la quale ha come presupposto il pagamento di un debito altrui, perché l'assicuratore, corrispondendo l'indennizzo all'assicurato, non adempie alla prestazione risarcitoria incombente sul terzo responsabile civile, ma a una propria obbligazione derivante dal rapporto assicurativo, dovendosi, invece, riscontrare nella norma di cui si tratta una peculiare forma di successione particolare nel diritto di credito, che si attua nel momento in cui viene comunicato al terzo responsabile l'avvenuto pagamento dell'indennizzo e la volontà di surrogarsi nei diritti di quest'ultimo (*Ex multis*, Cass. n. 6797/2003; Cass. n. 15022/05). L'azione ex art. 1916 cod. civ. comporta, quindi, l'acquisto a titolo derivativo dei diritti spettanti all'assicurato mentre, come detto, il diritto al regresso ex art. 11 T.U. spetta all'Istituto *iure proprio* avendo fonte esclusiva nella citata legislazione speciale.

Il quadro normativo così brevemente delineato ha subito, nel corso degli anni, modifiche e integrazioni a opera delle ripetute successive interpretazioni dettate *in primis* dalla Corte Costituzionale e in secondo luogo dagli interventi della Corte di Cassazione. Si è così assistito a un progressivo ampliamento dell'area di applicazione dell'azione di regresso ex art. 11 T.U. e contemporaneamente alla collegata diminuzione del campo di applicazione dell'azione di surroga ex art. 1916 cod. civ.

Con la sentenza in commento la Suprema Corte si pone nel solco della giurisprudenza maggioritaria e propende per un ulteriore aumento dei soggetti nei confronti dei quali l'azione di regresso può essere avanzata. Il giudice di legittimità afferma, quindi, il principio in base al quale l'Inail può proporre l'azione ex art. 11 T.U. non solo nei confronti del datore di lavoro colpevole del sinistro ma anche nei confronti di colui che risulti di fatto responsabile dell'organizzazione del lavoro e della prevenzione degli infortuni, e ciò a prescindere dalla natura del rapporto che lo lega al datore di lavoro. La Suprema Corte propende, quindi, per un'interpretazione legata all'effettività dei rapporti identificando i soggetti legittimati passivi, travalicando la lettera della norma, non più in relazione all'appartenenza del rapporto previdenziale-assicurativo, ma in relazione alla circostanza che il soggetto sia interno o esterno al rischio protetto dall'assicurazione obbligatoria. Il criterio discrezionale non è più, quindi, quello dell'incombente degli oneri previdenziali o della dipendenza del soggetto responsabile dal medesimo datore di lavoro del danneggiato, bensì quello della sottoposizione del danneggiante all'obbligo di garantire la sicurezza. Tale orientamento comporta una forte espansione del campo di applicazione dell'azione di regresso a detrimento di quella di surroga. La tendenza all'ampliamento della sfera di operatività dell'azione di regresso ha origini remote. Un primo intervento in materia si è avuto con la sentenza n. 22 del 1967, in cui la Corte Costituzionale ha provveduto a estendere l'area di responsabilità del datore di lavoro anche a quei comportamenti, eziologicamente collegati all'infortunio e penalmente sanzionati, commessi da qualsiasi suo dipendente, eliminando la necessità che il dipendente stesso fosse preposto alla direzione e sorveglianza del lavoro. Tale decisione ha influito direttamente, estendendoli, sui confini dell'azione di regresso

dell'Inail. Successivamente, al fine di sanare un contrasto insorto all'interno della Suprema Corte, si è avuto l'intervento delle Sezioni Unite n. 3288/1997. Con tale decisione il giudice di legittimità, dopo aver osservato che l'azione proposta dall'Inail contro i lavoratori diversi dall'infortunato responsabili dell'illecito compiuto in esecuzione del lavoro cui erano preposti si configura come azione di regresso e non di surroga, in quanto si riferisce a fattispecie nelle quali l'Istituto agisce in via autonoma *iure proprio*, afferma, a sanare il precedente contrasto, che: «Appare preferibile, pertanto, la interpretazione secondo la quale il legislatore abbia inteso attribuire l'azione di regresso all'Inail nei confronti di tutti coloro (beninteso nell'ambito del rapporto di lavoro, o, più precisamente, nell'ambito del rischio coperto [...]) che abbiano commesso fatti astrattamente configurabili come reati perseguibili di ufficio dai quali sia derivato il danno; l'azione surrogatoria, invece, residua per quei fatti commessi con colpa esclusiva, cioè senza colpa concorrente del datore di lavoro o di suoi dipendenti da estranei all'azienda». A parere della Corte tale interpretazione appare del tutto coerente con i fini generali di prevenzione che presiedono la disciplina infortunistica non sottraendo i diretti responsabili del danno all'azione di rivalsa dell'Istituto che costituisce, grazie all'elevato potere monitorio, un'ulteriore remora alla inosservanza delle norme poste a prevenzione degli infortuni.

Con la sentenza in epigrafe la Corte interviene nuovamente e opera un ulteriore ampliamento nei confronti di tutti i soggetti interni al rischio assicurato prescindendo dai rapporti con il datore di lavoro.

Con tale orientamento giurisprudenziale si è venuta a creare una singolare situazione che, partendo dall'apparente vantaggio di estendere la possibilità di agire in regresso da parte dell'Inail, porta, in realtà, favore a quei soggetti i quali, pur non avendo alcun onere contributivo, godranno del regime di tutela agevolata previsto dall'art. 10 T.U. Contro di loro si potrà, infatti, agire solamente in caso di riconosciuta responsabilità penale per un reato perseguibile d'ufficio; e ciò a nocumento, prima ancora che della posizione dell'Istituto, di quella del lavoratore infortunato, che vedrà, e vede, diminuire il novero dei soggetti verso i quali agire in forza delle generali norme civilistiche. Senza contare che ulteriore nocumento è recato poi dall'applicabilità all'azione di regresso così qualificata del regime di prescrizione breve di cui all'art. 112 T.U. e non delle generali e più favorevoli norme civilistiche.

L'interpretazione delineata, in base alla quale al fine di identificare i legittimati passivi all'azione di regresso occorre individuare quei soggetti interni al rischio assicurato, viene in evidenza anche sotto il profilo dell'applicabilità di detta azione a coloro che, pur non rientrando nello schema tipico bilaterale della subordinazione, vengono a essere obbligati della sicurezza dei lavoratori a vario titolo utilizzati. Ci si sta riferendo ai committenti nelle collaborazioni coordinate e continuative o a progetto, agli utilizzatori nella somministrazione di lavoro e al distaccatario nel distacco del lavoratore *ex art.* 30, d.lgs. n. 276/03. Per quanto riguarda i primi si deve ritenere che l'azione di regresso si applichi anche nei loro confronti, indipendentemente dalla mancanza di un potere di conformazione della prestazione lavorativa e della organizzazione del lavoro, laddove il collaboratore operi nei luoghi di lavoro del committente stesso. Tale inclusione deriva direttamente dall'obbligo di sicurezza di cui oggi al d.lgs. n. 81/2008 e già al d.lgs. n. 626/1994, imposto al committente dall'art. 66, comma 4, d.lgs. n. 276/2003. Per quanto riguarda la disciplina della somministrazione di lavoro le soluzioni astratta-

mente possibili appaiono essere tre, a seconda che si ritenga possibile l'azione di regresso proponibile verso il formale datore di lavoro, verso l'utilizzatore ovvero in via solidale verso entrambi i soggetti. Seguendo l'impostazione proposta dalla sentenza in esame appare che, stante la sussistenza degli obblighi di sicurezza in capo sia al datore di lavoro sia all'utilizzatore *ex* art. 23, comma 5, d.lgs. n. 276/2003, i quali risultano altresì solidalmente obbligati al pagamento dei trattamenti retributivi e contributivi, l'azione di regresso *ex* art. 11 T.U. possa essere proposta dall'Inail non solo nei confronti dell'agenzia di somministrazione, ma anche nei confronti dell'utilizzatore quale soggetto interno al rischio protetto. Infatti, la circostanza che l'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 81/2008 preveda che tutti gli obblighi di protezione e prevenzione siano a carico del soggetto utilizzatore non può comportare l'esclusione dall'azione del regresso del datore di lavoro, il quale resta, in ogni caso, passivamente legittimato, secondo il testuale disposto degli artt. 10 e 11 T.U. Medesime considerazioni valgono, poi, per quel che concerne il distacco del lavoratore *ex* art. 30, d.lgs. n. 276/2003, laddove l'art. 3, comma 6, d.lgs. n. 81/2008, prevede che tutti gli obblighi di protezione e prevenzione siano a carico del distaccatario, fatto salvo l'obbligo a carico del distaccante di informare e formare il lavoratore sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali viene distaccato. Sottoposti all'azione di regresso, qualora sussistano i necessari presupposti, saranno, quindi, sia il datore di lavoro distaccante che il distaccatario.

Daniele Costanzi

*Dottorando presso la Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Roma «Tor Vergata»*

TRIBUNALE MILANO, 21 settembre 2007 – Est. Casella – L. S. (avv. Mangia) c. Poste Italiane Spa (avv. D'Apa) e c. Gestione commissariale fondo buonuscita lavoratori Poste Italiane Ipost (avv. Botti).

Indennità di buonuscita per *ex* dipendenti di Poste Italiane – Maturazione relativa a periodi di lavoro antecedente alla trasformazione in Spa – Criteri di calcolo.

Per i dipendenti di Poste Italiane Spa l'indennità di buonuscita dovuta per il periodo di servizio anteriore al 28 febbraio 1998 deve essere determinata in base all'ultima retribuzione percepita al momento della cessazione del rapporto. (1)

(*Omissis*) Con ricorso depositato il 3 febbraio 2005 S. L., premesso di avere iniziato a lavorare dal 12 novembre 1975 alle dipendenze dell'Ente Poste Italiane poi trasformata in Poste Italiane Spa, ha convenuto in giudizio la Gestione Commissariale Fondo Buonuscita Lavoratori Poste Italiane-Ipost e Poste italiane Spa per sentire accertare il suo diritto a veder determinata l'indennità di buonuscita (maturata sino al 28 febbraio 1998), dovuta dalla Gestione Commissariale sulla base dell'ultima retribuzione percepita all'atto della cessazione del rapporto (in data 30 settembre 2000) con conseguente condanna delle convenute al pagamento delle differenze; ovvero, in subordine, per sentire accertare il diritto a vedersi corrispondere da Ipost interessi legali e rivalutazione sull'indennità di buonuscita maturata fino al 28 febbraio 1998, e da tale data a quella di effettiva liquidazione; ovvero, in via ulteriormente subordinata, per sentire accertare il diritto a percepire immediatamente l'indennità di buonuscita maturata alla data del 28 febbraio 1998.

Deduceva il ricorrente a sostegno delle domande proposte che, in base all'art. 53, comma 6, legge n. 449/97 – a seguito della trasformazione del datore di lavoro da Ente Poste a Società per azioni –, al personale di Poste Italiane Spa spettava a partire dalla data di trasformazione il trattamento di fine rapporto di cui all'art. 2120 cod. civ. mentre per il periodo precedente e fino al 28 febbraio 1998 l'indennità di buonuscita maturata. Assumeva quindi il ricorrente che dal tenore letterale della normativa emerge con evidenza che l'indennità di buonuscita dovrebbe confluire nel trattamento di fine rapporto e seguirne le vicende *ex* art. 2120 cod. civ. e che comunque avrebbe dovuto trovare accoglimento una delle domande proposte in via subordinata al fine di evitare il danno derivante al lavoratore dalla «cristallizzazione» dell'indennità di buonuscita alla data del 28 febbraio 1998 e dalla conseguente perdita di valore della somma così determinata e non corrisposta al lavoratore fino alla cessazione del rapporto di lavoro.

Le resistenti Poste Italiane Spa e Ipost, ritualmente costituite, hanno contestato le avverse pretese chiedendo il rigetto del ricorso. (*Omissis*)

Il ricorso può trovare accoglimento nei limiti di cui al dispositivo.

Occorre innanzi tutto rilevare che, diversamente da quanto eccepito dalla resistente Gestione Commissariale, sussiste l'interesse ad agire del ricorrente in relazione a tutte le domande proposte, atteso che tale presupposto ricorre nelle azioni di mero accertamento ogni volta che vi sia incertezza oggettiva in ordine a un diritto, situazione certamente presente nel caso in esame stante la pendenza di numerose vertenze relative alle modalità di calcolo dell'indennità di buonuscita per ex dipendenti di Poste Italiane Spa (Cass. n. 6046/00; Cass. n. 13186/03).

Nel merito, si osserva che la materia è regolata dall'art. 53, comma 6, legge n. 449/97, il quale ha previsto che, a decorrere dalla data di trasformazione dell'Ente Poste Italiane in Società per azioni ai sensi dell'art. 2, comma 27, legge n. 662/96, al personale dipendente di tale società spettano il trattamento di fine rapporto di cui all'art. 2120 cod. civ. e, per il periodo lavorativo precedente, l'indennità di buonuscita maturata, calcolata secondo la normativa vigente prima della data del 28 febbraio 1998.

In primo luogo, deve escludersi che la somma liquidata a titolo di buonuscita possa essere trasformata in accantonamento per il Tfr con conseguente applicazione della disciplina di cui all'art. 2120 cod. civ. sull'intera somma accantonata.

Una tale pretesa di fusione delle due liquidazioni, infatti, non trova alcun riscontro nel dato testuale, il quale invece espressamente dispone per la coesistenza dei due istituti dell'indennità di buonuscita e del trattamento di fine rapporto, seppure per periodi diversi.

Ciò che invece certamente emerge dall'art. 53, comma 6, legge n. 449/97, è che l'indennità di buonuscita dev'essere calcolata secondo la normativa vigente prima della trasformazione dell'Ente Poste in Società per azioni.

Tale normativa è quella di cui al d.P.R. n. 1032/73, il quale all'art. 3 dispone: «Al dipendente statale che cessa dal servizio con diritto alla pensione, anche se successivamente riconosciuto, normale e privilegiata, spetta l'indennità di buonuscita purché il servizio stesso sia durato almeno un biennio compiuto. L'indennità è pari a tanti dodicesimi della base contributiva di cui all'art. 38, quanti sono gli anni di servizio computabili ai sensi delle disposizioni contenute nel successivo Capo III. Per la determinazione della base contributiva si considera l'ultimo stipendio o l'ultima paga o retribuzione integralmente percepite».

Dalla lettura integrata delle due norme discende che al dipendente di Poste Italiane Spa è dovuta per il periodo di servizio prestato fino al 28 feb-

braio 1998 l'indennità di buonuscita che, in quanto soggetta alle modalità di calcolo stabilite dalle norme all'epoca vigenti, dovrà essere determinata in base all'ultima retribuzione che sarà percepita dal lavoratore al momento della cessazione del rapporto, unico momento utile per la liquidazione oltre che del Tfr anche dell'indennità in questione.

Una tale soluzione è rigorosamente rispettosa del dato testuale e nel contempo è idonea a garantire che il lavoratore non subisca un danno economico per la coesistenza di due distinte forme di liquidazione.

Per le considerazioni esposte, deve pertanto trovare accoglimento la domanda avanzata dal ricorrente, con il riconoscimento del suo diritto al calcolo dell'indennità di buonuscita maturata fino al 28 febbraio 1998 sulla base dell'ultima retribuzione alla data di cessazione del rapporto come previsto dall'art. 3 del d.P.R. n. 1032/73. (*Omissis*)

(1) INDENNITÀ DI BUONUSCITA E RETRIBUZIONE COMPUTABILE

La sentenza del Tribunale di Milano appare idonea a risolvere in modo soddisfacente, e del tutto coerente al dettato legislativo, la questione delle modalità di determinazione delle indennità terminative del personale postale dopo la privatizzazione della preesistente azienda statale, iniziata con la trasformazione in ente pubblico economico con d.l. n. 487/1993 (convertito in legge n. 71/1994) e successivamente completata con l'attuale assetto quale Società per azioni.

Bisogna ricordare che, a seguito della trasformazione delle aziende di Stato prima in enti pubblici economici e successivamente in Società per azioni, è sorto il problema di armonizzare al nuovo contesto normativo la precedente disciplina pubblicistica dei trattamenti previdenziali, disciplinando gli strumenti di trasferimento dei diritti maturati in ragione del nuovo diverso regime giuridico dei rapporti di lavoro. L'indennità terminativa del rapporto degli impiegati pubblici, infatti, a differenza dell'indennità di anzianità prima e del trattamento di fine rapporto poi, non aveva natura retributiva ma previdenziale (Vedi, in proposito, tra le altre, Corte Cost. 7 luglio 1986, n. 178, nonché, in termini, in ordine all'indennità di buonuscita a carico dell'Inadel, Corte Cost. 3 dicembre 1987, n. 465, e Corte Cost. 26 febbraio 1990, n. 86). Inoltre il sistema di calcolo, già sostanzialmente differente nelle previsioni originarie, era divenuto del tutto incomparabile dopo la modifica dell'indennità di anzianità in trattamento di fine rapporto con legge n. 297/1982.

Bisogna altresì ricordare che con la sentenza della Corte Cost. n. 243 del 1993, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme che escludevano l'indennità integrativa speciale dalla base di calcolo dell'indennità di buonuscita, si era verificato un mutamento di indirizzo. La nuova linea interpretativa riconosceva la natura di retribuzione differita, anche se con una permanente funzione previdenziale, a quest'ultima indennità. Tale mutamento è stato successivamente ribadito dalla Consulta (Vedi, per esempio, Corte Cost. 27 marzo 2003, n. 87), e il principio è stato poi ulteriormente precisato dalla Corte di Cassazione (Cfr. Cass. 3 agosto 2004, n. 14863).

La progressiva armonizzazione dei trattamenti dei dipendenti pubblici e privati aveva preso l'avvio, spesso a seguito di interventi della Corte Costituzionale, ben prima del processo di riforma iniziato con il d.lgs. n. 29/1993. Un fenomeno diverso, anche se convergente, è stato quello dei soggetti giuridici non interessati alla privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, nei quali il cambiamento si è verificato per effetto del mutamento della natura giuridica, da pubblica a privata, dell'ente. Tale tipologia di processi, che ha avuto come principali protagoniste le grandi aziende statali, era iniziato con la trasformazione delle Ferrovie dello Stato in ente pubblico economico (legge 17 maggio 1985, n. 210), aveva interessato dopo alcuni anni quasi contemporaneamente l'Anas (legge n. 143/1994) e l'azienda postale (d.l. n. 47/1993), con un *iter* sostanzialmente analogo, per cui dopo la trasformazione in ente pubblico economico si è pervenuti alla creazione delle Società per azioni.

La privatizzazione delle Poste, attuata con la legge n. 71/1994, di conversione del d.l. n. 47/1993, si colloca in tale contesto, e la specifica disciplina dei trattamenti terminativi del personale interessato è stata dettata dall'art. 53, comma 6, lett. *a*, della legge n. 449/1997, il quale ha sancito per i lavoratori postali il diritto al trattamento di fine rapporto in applicazione dell'art. 2120 cod. civ., dal momento della trasformazione in Società per azioni, e «per il periodo lavorativo antecedente l'indennità di buonuscita maturata, calcolata secondo la normativa vigente prima della» data indicata (cioè il 28 febbraio 1998).

In riferimento alla formulazione della legge, la questione dell'esatta individuazione del diritto attribuito dalla norma era stata oggetto di vari tentativi di carattere estensivo, in ragione di quello che sembrava esserne *prima facie* il contenuto dispositivo. Tali tentativi, ivi compreso il ricorso al giudizio di costituzionalità, non sono riusciti in alcun modo a risolvere il problema.

Le difficoltà sorgono per effetto della scelta del legislatore, che, nel caso specifico, è stata quella di attribuire un trattamento finale ibrido, da percepire al termine ultimo del rapporto di lavoro, costituito da due distinte *tranche*, di natura giuridica, regime, sistema di computo completamente diversi, senza che venisse previsto esplicitamente alcun meccanismo di armonizzazione; anzi, utilizzando una formulazione idonea a sottolineare la distinzione e l'impermeabilità dei due istituti.

Al di là di ogni valutazione di tipo meramente equitativo, quello che a prima vista sembrava essere il contenuto normativo della disposizione (corresponsione al termine ultimo del rapporto di due diverse indennità, delle quali una parte computata sull'ultima retribuzione e l'altra sullo stipendio cristallizzato al 27 febbraio 1998, data di trasformazione dell'Ente Poste Italiane in Società per azioni, ai sensi dell'art. 1, comma 2, d.l. n. 487/1993, e successive modificazioni) appariva *ictu oculi* incongruo ed estraneo al sistema dei trattamenti terminativi, pubblici o privati, a natura retributiva o previdenziale che fossero.

Caratteristica comune di tutti i sistemi positivamente adottati era, infatti, quella di parametrare l'indennità spettante alla totalità o a una quota rilevante dell'ultima retribuzione oppure ad accantonamenti opportunamente rivalutati, com'è stato previsto per il trattamento di fine rapporto. Conseguentemente, una nuova disciplina che, nel governare il passaggio dal sistema pubblicistico a quello privatistico, prevedesse un significativo scostamento da quella che era stata la tradizione degli interventi legislativi in materia appariva del tutto incoerente oltre che sostanzialmente iniqua.

Inevitabili sono stati pertanto i tentativi di andare oltre quello che appariva come il significato immediato da attribuire alla disposizione.

In primo luogo, bisogna però ricordare che, nel tentativo di superare quello che appariva come un «errore» del legislatore, il Tribunale di Roma con due separate ordinanze di identico contenuto (Una delle quali Trib. Roma 7 giugno 2005, in *Lav. giur.*, 2005, p. 999) aveva sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 53, comma 6, legge n. 449/1997, nella parte in cui non prevedeva la rivalutazione della base di calcolo per la determinazione dell'indennità di buonuscita. Presupposto dell'ordinanza di rimessione era dunque che la retribuzione presa a riferimento per il computo di tale parte dell'indennità, erogata al termine definitivo del rapporto, fosse quella cristallizzata al 27 febbraio 1998. Ne conseguiva – ad avviso del giudice remittente – l'illegittimità costituzionale della previsione sotto diversi profili, per violazione degli artt. 3 e 36 Cost.

La Corte Costituzionale, con sentenza 9 novembre 2006, n. 366, ha dichiarato non fondata la questione sollevata, ribadendo il proprio orientamento, ormai da tempo consolidato, estremamente prudente nel dichiarare l'incostituzionalità di norme che in qualche modo comportano un contenimento della spesa pubblica.

Nella sua decisione, inoltre, la Corte sembra accettare l'interpretazione che ritiene cristallizzata la retribuzione su cui calcolare l'indennità di buonuscita spettante ai dipendenti postali alla data del 27 febbraio 1998. La sentenza ritiene, infatti, non fondata la questione proposta, senza indicare una diversa interpretazione della disposizione di legge. Si limita a non ritenere illegittima la soluzione offerta dal giudice di merito, perché non ritiene sussistere contrasto con l'art. 3 Cost. né nel confronto tra lavoratori postali e generalità dei lavoratori privati (per l'oggettiva differenziazione dei rapporti), né all'interno della categoria dei lavoratori postali, in quanto «il periodo intercorrente tra la determinazione della buonuscita e il pagamento del Tfr sarà tanto più lungo quanto minore sarà l'incidenza della prima sull'entità globale del trattamento erogato alla cessazione del rapporto di lavoro». Con analogo argomento, basato anche sulla necessità di considerare il trattamento globale percepito dal lavoratore, sono stati ritenuti infondati gli altri profili di illegittimità prospettati per violazione dell'art. 36 Cost.

A fronte della decisione in punto di costituzionalità, che non ha prospettato una diversa interpretazione della norma (ma, in effetti, non ne aveva la necessità, non avendo ritenuto illegittima l'interpretazione offerta dal giudice remittente), e che comunque non è vincolante, nel panorama (non abbondante) della giurisprudenza di merito si rinviene una decisione della Corte d'Appello di Salerno (In *Or. giur. lav.*, 2005, 4, p. 858) che ha respinto domande di contenuto analogo a quelle invece accolte dal Tribunale di Milano nella sentenza in commento.

La motivazione della decisione della Corte d'Appello di Salerno è fondata sulla considerazione che il diritto all'indennità di buonuscita è strettamente connesso alla posizione di pubblico dipendente, venuta meno per i dipendenti postali il 28 febbraio 1998. Ne conseguirebbe l'incoerenza sotto il profilo logico-sistematico dell'applicazione di un meccanismo di computo concernente istituti pubblicistici a una retribuzione percepita con rapporto di lavoro privato.

L'argomento non convince sotto diversi profili. In estrema sintesi: a) l'interpretazione letterale è ovviamente il primo criterio da adottare, per cui non è possibile negare il contenuto precettivo di una legge in base a valutazioni di carattere sistematico, se

la legge indica testualmente un principio diverso; b) non vi è alcuna incompatibilità logica o giuridica ad applicare criteri di calcolo sorti nell'area pubblicistica a retribuzioni, cioè a entità numericamente definite, maturate in ambito privatistico; c) non può esservi comunque alcun ostacolo di principio a una «contaminazione» tra i diversi settori, anche in ragione della tendenza all'avvicinamento dei sistemi, cui si è fatto cenno, già iniziata da decenni, prima della riforma del 1993.

Del resto la debolezza dell'argomento logico-sistematico come prospettato emerge chiaramente solo che si consideri che il rapporto dei dipendenti degli enti pubblici economici è sempre stato un rapporto di diritto privato, per cui la conservazione fino al febbraio 1998 dell'indennità di buonuscita, prevista dalla legge, in base a tale rilievo avrebbe dovuto essere negata.

Il problema, dunque, deve essere risolto, come correttamente evidenziato dal giudice milanese, nel senso che entrambe le *tranche* di indennità terminativa dovute per effetto dell'art. 53, comma 6, legge n. 449/1997, devono essere computate sull'ultima retribuzione percepita, in quanto «tale soluzione è rigorosamente rispettosa del dato testuale» (Art. 2120 cod. civ. e art. 3, d.P.R. n. 1032/73, atteso che è indubitabile che il rapporto di lavoro è continuato senza soluzione di continuità), oltre che rispettosa delle posizioni soggettive dei lavoratori.

Giovanni Ventura
Avvocato in Trieste

ANALITICO-ALFABETICO
DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

APPALTO

Subentro di nuovo appaltatore – Trasferimento d'azienda – Sussistenza – Conseguenza: applicazione dell'art. 2112 cod. civ. – Contratto di inserimento – Causa – Adattamento al contesto lavorativo – Mancanza del progetto di inserimento – Nullità del contratto (Tribunale Roma, 20 novembre 2007, Sez. lav.).

694

TUTELA DELLA SALUTE

Danni da trasfusioni e da vaccinazioni obbligatorie – Indennizzo *ex lege* n. 210/1992 – Ritardo nel pagamento – Risarcimento del danno non patrimoniale – Danno esistenziale – Configurabilità – Esclusione (Cassazione, 11 marzo 2008, n. 6436, Sez. lav.).

723

INDENNITÀ DI BUONUSCITA

Indennità di buonuscita per *ex* dipendenti di Poste Italiane – Maturazione relativa a periodi di lavoro antecedente alla trasformazione in Spa – Criteri di calcolo (Tribunale Milano, 21 settembre 2007).

738

INFORTUNI SUL LAVORO

Infortunio sul lavoro – Azione di regresso Inail – Artt. 10 e 11 d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 – Applicabilità (Cassazione, 7 marzo 2008, n. 6212, Sez. lav.).

731

LAVORO PUBBLICO

Concorsi interni alla p.a. – Mancata promozione – Danno da perdita di *chance* – Responsabilità da contatto sociale – Onere della prova – Prescrizione (Tribunale Genova, 16 ottobre 2007). 652

Concorsi interni alla p.a. – Mancata promozione – Danno da perdita di *chance* e verifica dei requisiti – Onere della prova (Corte d'Appello Salerno, 16 maggio 2007, Sez. lav.). 652

Giusta retribuzione *ex art.* 36 Cost. – Prestazioni di fatto – Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo (Cassazione, 11 dicembre 2007, n. 25837, Ss.Uu.). 592

Ritardata assunzione presso la p.a. – Danni risarcibili – Natura contrattuale – Lucro cessante – Insussistenza (Cassazione, 14 dicembre 2007, n. 26282, Sez. III civ.). 582

LAVORO SUBORDINATO

Doppia alienità – Lavoro tipologicamente subordinato – Onere della prova (Cassazione, 6 settembre 2007, n. 18692, Sez. lav.). 635

Indici normativi di individuazione della natura del rapporto – Contenuto (Cassazione, 14 aprile 2008, n. 9812, Sez. lav.). 547

Qualificazione del giudice di merito – Censurabilità in sede di legittimità – Limiti (Cassazione, 14 aprile 2008, n. 9812, Sez. lav.). 547

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

Licenziamento per fine lavoro nelle costruzioni edili – Attività esentate dalle procedure sindacali previste dall'art. 24, legge n. 223/1991 – Fase lavorativa – Nozione – Graduale esaurimento della fase lavorativa – Rilevanza – Applicazione della procedura sindacale prevista per i li-

cenziamenti collettivi (Cassazione, 6 febbraio 2008, n. 2782, Sez. lav.).	563
---	-----

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Assenze reiterate e discontinue – Periodo di comportamento – Mancato superamento – Inidoneità fisica – Mancato accertamento – Giustificato motivo – Insussistenza – Adempimento parziale – Interesse – Perdita – Invocabilità – Esclusione (Corte d'Appello Torino, 28 novembre 2007, Sez. lav.).	643
---	-----

Dirigente apicale – Art. 7, legge n. 300/1970 – Garanzie procedurali – Applicabilità – Conseguenze – Giustificatezza – Art. 1, legge n. 604/1966 – Inapplicabilità (Cassazione, 5 ottobre 2007, n. 20895, Sez. lav.).	628
---	-----

Reintegrazione nel posto di lavoro – Inottemperanza – Applicabilità art. 2103 cod. civ. – Non sussiste (Cassazione, 17 dicembre 2007, n. 26561, Sez. lav.).	72
---	----

Reintegrazione nel posto di lavoro – Inottemperanza – Risarcimento del danno – Risarcimento dei danni ulteriori – Onere della prova (Cassazione, 17 dicembre 2007, n. 26561, Sez. lav.).	572
--	-----

Revoca – Impugnazione del licenziamento – Accertamento della volontà dismissiva del diritto (Cassazione, 5 ottobre 2007, n. 20901, Sez. lav.).	615
--	-----

Revoca – Natura – Forma – Accettazione tacita o implicita o per <i>facta concludentia</i> (Cassazione, 5 ottobre 2007, n. 20901, Sez. lav.).	615
--	-----

PARITÀ UOMO-DONNA

Accesso all'occupazione – Autoferrotranvieri – Requisiti per l'accesso – Statura – Misura minima identica per uomini e donne – Previsione in d.m. – Apprezzamento incidentale	
---	--

del contrasto con la Costituzione – Conseguente disapplicazione – Legittimità – Apprezzamento della funzionalità del requisito rispetto alle mansioni – Necessità (Cassazione, 13 novembre 2007, n. 23562, Sez. lav.). 607

REGOLAMENTO N. 1408/71/CEE

Previdenza sociale – Regolamento n. 1408/71/Cee – Allegati III e VI – Libera circolazione delle persone – Artt. 18 Ce, 39 Ce, e 42 Ce – Pensioni di vecchiaia – Periodi contributivi maturati al di fuori della Repubblica federale di Germania – Esportabilità (Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 18 dicembre 2007). 707

TRASFERIMENTO D'AZIENDA

Cessionario rientrante nell'area della tutela obbligatoria – Contratto in frode alla legge – Motivo illecito – Sussiste (Cassazione, 7 febbraio 2008, n. 2874, Sez. lav.). 554

Contratto di inserimento – Discriminazione di genere – Nullità (Tribunale Roma, 12 marzo 2008, Sez. lav.). 660

Dimissioni verbali del socio lavoratore – Necessità della forma scritta (Tribunale Roma, 12 marzo 2008, Sez. lav.). 660

Trasferimento di beni immateriali – Art. 2112 cod. civ. – Applicabilità (Tribunale Roma, 12 marzo 2008, Sez. lav.). 660

TRASFERIMENTO D'AZIENDA

Trasferimento di ramo d'azienda – Nozione – Soppressione del requisito della preesistenza *ex* art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 – Perdurante necessità della preesistenza dell'autonomia funzionale del ramo oggetto di trasferimento –

Diritto comunitario – Primazia (Tribunale Milano, 29 febbraio 2008, Sez. lav.). 673

Trasferimento di ramo d'azienda – Nozione – Soppressione del requisito della preesistenza *ex* art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 – Perdurante necessità della preesistenza dell'autonomia funzionale del ramo oggetto di trasferimento – Diritto comunitario – Primazia (Tribunale Roma, 3 marzo 2008, Sez. lav.). 673

CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

2007

MAGGIO

Corte d'Appello Salerno, 16 maggio 2007, Sez. lav. – Pres. Casale, Est. Nocca – G. I. (avv.ti F. e M. Mutarelli) c. Ministero delle politiche agricole (Avvocatura Distrettuale dello Stato di Salerno).
Riforma Tribunale Nocera Inferiore 14 aprile 2005, n. 262. 652

SETTEMBRE

Cassazione, 6 settembre 2007, n. 18692, Sez. lav. – Pres. Senese, Est. De Matteis, P.M. Patrone – D. L. (avv. Sacchi) c. Rinaldi Ditta Sas (avv. Agosto).
Diff. Corte d'Appello Catanzaro, 10 febbraio 2004. 635

Tribunale Milano, 21 settembre 2007 – Est. Casella – L. S. (avv. Mangia) c. Poste Italiane Spa (avv. D'Apa) e c. Gestione commissariale fondo buonuscita lavoratori Poste Italiane Ipost (avv. Botti). 738

OTTOBRE

Cassazione, 5 ottobre 2007, n. 20895, Sez. lav. – Pres. Ianniruberto, Est. Stile, P.M. Apice – N. M. c. Ias Spa. Diff. Corte d’Appello Catania, 10 ottobre 2003. 628

Cassazione, 5 ottobre 2007, n. 20901, Sez. lav. – Pres. Mattone, Est. Stile, P.M. Patrone – Ccr Case Cura Riunite Srl (avv.ti Garofalo e Ghera) c. M. N. (avv. Nicolò). Diff. Corte d’Appello Bari, 29 aprile 2004. 615

Tribunale Genova, 16 ottobre 2007 – Est. Bossi – P. F. (avv. Pugliese) c. Fondazione Teatro Carlo Felice (avv. Siboldi). 652

NOVEMBRE

Cassazione, 13 novembre 2007, n. 23562, Sez. lav. – Pres. Ciciretti, Est. Di Nubila, P.M. Matera – B. U. (avv. Segnalini) c. Met.Ro – Metropolitana di Roma Spa, già Metroferro Spa (avv. Di Luccio). Diff. Corte d’Appello Roma 27 agosto 2003. 607

Tribunale Roma, 20 novembre 2007, Sez. lav. – Est. Delle Donne – De A. S. (avv.ti Panici, Guglielmi, Salvagni, Giuliani) c. Cronos Italia Srl (avv.ti Maresca, Grassi, Bonomo). 694

Corte d’Appello Torino, 28 novembre 2007, Sez. lav. – Pres. Peyron, Est. Ramella Trafighet – S. (avv.ti Picozzi e Pipola) c. Fiat Group Automobiles Spa (avv.ti De luca Tamajo, Bonamico e Dirutigliano). 643

DICEMBRE

Cassazione, 11 dicembre 2007, n. 25837, Ss.Uu. – Pres. Carbone, Est. Vidiri, P.M. Iannelli – Regione Umbria (avv.ti Manuali e Gobbi) c. R. S. F. (avv.ti Rizzo e Mastrangeli). Diff. Corte d’Appello Perugia, 8 novembre 2005. 592

Cassazione, 14 dicembre 2007, n. 26282, Sez. III civ. – Pres. Preden, Est. Spirito, P.M. Russo – Martano (avv. Sansonetti) c. Comune di Melendugno (avv. Quinto).
Conf. Corte d'Appello Lecce, 25 novembre 2003. 582

Cassazione, 17 dicembre 2007, n. 26561, Sez. lav. – Pres. Ciciretti, Est. Celentano, P.M. Abbritti – Bnl Spa (avv.ti Franza e Marini) c. M. P. (avv. Gaetano).
Diff. Corte d'Appello Messina, 25 novembre 2003. 572

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 18 dicembre 2007 – Pres. Skouris, Est. Cunha Rodrigues, Avv. Gen. Trstenjak – Procedimenti riuniti C-396/05 (D. H.), C-419/05 (M. M.) e C-450/05 (P. W.) c. Deutsche Rentenversicherung Bund. 707

2008

FEBBRAIO

Cassazione, 6 febbraio 2008, n. 2782, Sez. lav. – Pres. Senese, Est. Celentano, P.M. Patrone – Soc. Costr. G. (avv. Pepe) c. B. (avv. Bernetti).
Conf. Corte d'Appello Roma, 30 settembre 2005. 563

Cassazione, 7 febbraio 2008, n. 2874, Sez. lav. – Pres. Mattone, Est. Nobile, P.M. Sepe – Bencom Srl (avv.ti Scognamiglio e Tabacchi) c. Gruppo Coin Spa (avv. Pulsoni), A. G. e altri (avv.ti Virgilio e Cossu), Spazio Srl (avv.ti Prastaro, De Rosa e Gyulai) e Benetton Retail Italia Srl.
Conf. Corte d'Appello Trieste, 15 novembre 2005. 554

Tribunale Milano, 29 febbraio 2008, Sez. lav. – Est. Atanasio – D. R. (avv. Spagnuolo Vigorita) c. Sistemi Informativi Spa (avv. Stanchi) e Selfin Spa (avv.ti Ciriello e Fabozzi). 673

MARZO

Tribunale Roma, 3 marzo 2008, Sez. lav. – Est. Valle – A. U. e altri c. Sistemi Informativi Spa (avv.ti Ferzi e Stanchi) e Selfin Spa (avv.ti Ciriello e Fabozzi). 673

Cassazione, 7 marzo 2008, n. 6212, Sez. lav. – Pres. De Luca, Rel. De Matteis, P.M. Fuzio (concl. conf.) – V. M. e V. V. c. Inail. 731

Cassazione, 11 marzo 2008, n. 6436, Sez. lav. – Pres. De Luca, Rel. Miani Canevari, P.M. Abbritti (conf.) – Ministero della salute c. A. M. G. 723

Tribunale Roma, 12 marzo 2008, Sez. lav. – Est. Miccichè – B. B. (avv.ti Panici, Guglielmi, Salvagni) c. C. I. Srl (avv.ti Maresca, Grassi, Bonomo). 660

APRILE

Cassazione, 14 aprile 2008, n. 9812, Sez. lav. – Pres. Ravagnani, Est. D'Agostino, P.M. Salvi – Società Solidea Sas (avv.ti Ferretti, Casella e Scudier) c. Inps (avv.ti Maritato, Coretti e Correrà).
Conf. Corte d'Appello Venezia. 547

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

– art. 2	725
– art. 3	598, 609, 726, 742
– art. 4	726
– art. 24	592
– art. 31	726

– art. 32	725
– art. 36	592, 742
– art. 37	609
– art. 38	726
– art. 41	558, 564, 634
– art. 46	690
– art. 97	594, 728
– art. 98	594

PRELEGGI

– art. 12	567
-----------------	-----

CODICE CIVILE

– art. 1173	658
– art. 1218	580
– art. 1223	573, 582, 728
– art. 1225	658
– art. 1226	575, 654
– art. 1256	646
– art. 1322	562, 629
– art. 1343	557, 599
– art. 1344	554, 680
– art. 1363	629
– art. 1366	629
– art. 1371	629
– art. 1374	629
– art. 1375	629
– art. 1406	679
– art. 1418	556, 599
– art. 1463	646
– art. 1464	643
– art. 1916	731
– art. 2041	593
– art. 2043	573, 582, 656, 731
– art. 2055	733
– art. 2059	723
– art. 2094	548
– art. 2103	572, 597
– art. 2106	629
– art. 2110	643

– art. 2112	556, 616, 660, 676, 694
– art. 2113	624
– art. 2118	558
– art. 2120	738
– art. 2126	593
– art. 2222	548
– art. 2359	665
– art. 2527	670
– art. 2532	660
– art. 2533	670
– art. 2555	668
– art. 2573	682
– art. 2697	573, 637
– art. 2700	548
– art. 2729	615
– art. 2909	573
– art. 2947	723
– art. 2967	582

CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 100	631
– art. 112	555
– art. 115	558, 631
– art. 116	558, 631
– art. 279	592, 731
– art. 324	573
– art. 335	628, 732
– art. 340	731
– art. 345	558
– art. 360	555, 592, 616, 630
– art. 378	635
– art. 384	595, 619
– art. 409	674
– art. 414	575
– art. 416	604

LEGGI E DECRETI

legge 11 marzo 1953, n. 87

– art. 23	592
-----------------	-----

d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525	637
d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124	
– art. 10	731
– art. 11	731
– art. 112	734
legge 15 luglio 1966, n. 604	
– art. 1	628
– art. 2	647
– art. 3	569, 630, 646
– art. 8	560
– art. 10	632
legge 20 maggio 1970, n. 300	
– art. 5	644
– art. 7	570, 628
– art. 18	554, 572, 615, 628
– art. 35	556
legge 18 dicembre 1973, n. 877	
– art. 1	636
d.P.R. del 1973, n. 1032	
– art. 3	739
– art. 38	739
legge 6 agosto 1975, n. 427	
– art. 9	568
legge 24 novembre 1978, n. 737	637
legge 26 novembre 1979, n. 598	637
d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761	
– art. 29	598
legge 29 maggio 1982, n. 297	740
– art. 2	553
legge del 1985, n. 190	632
legge 17 maggio 1985, n. 210	741
legge 13 dicembre 1986, n. 874	
– art. 1	609
– art. 2	609
d.P.c.m. 22 luglio 1987, n. 411	609
– art. 5	610
legge del 1990, n. 108	
– art. 1	574
– art. 3	630
legge 7 agosto 1990, n. 241	
– art. 21- <i>bis</i>	622

– art. 21- <i>quinquies</i>	622
legge del 1990, n. 428	
– art. 47	660, 674, 695
legge del 1991, n. 125	
– art. 1	671
– art. 4	613, 666
legge 23 luglio 1991, n. 223	558, 577, 681
– art. 4	563, 616, 699
– art. 5	563, 616
– art. 24	563, 616, 699
legge 25 febbraio 1992, n. 210	723
– art. 1	726
– art. 2	729
d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29	741
– art. 56	592
– art. 57	601
d.l. del 1993, n. 47	741
legge del 1993, n. 236	
– art. 8	616
d.l. del 1993, n. 487	740
– art. 1	741
d.lgs. del 1993, n. 546	
– art. 57	606
legge del 1994, n. 71	740
legge del 1994, n. 143	741
d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626	644
– art. 8	733
– art. 8- <i>bis</i>	733
legge del 1996, n. 662	
– art. 2	739
d.l. del 1996, n. 669	
– art. 14	723
legge 28 febbraio 1997, n. 30	
– art. 14	724
legge 24 giugno 1997, n. 196	733
legge del 1997, n. 449	
– art. 53	738
d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80	
– art. 25	592
– art. 45	592
– art. 47	601

d.m. 5 giugno 1998	653
d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387	
– art. 15	592
d.m. 2 novembre 1998	657
legge del 1999, n. 68	
– art. 4	648
d.m. Ministero dei trasporti	
23 febbraio 1999, n. 88	607
d.lgs. del 1999, n. 270	
– art. 3	675
d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38	726
– art. 13	580
legge 23 dicembre 2000, n. 388	
– art. 147	723
d.lgs. del 2001, n. 18	662, 682
– art. 1	695
legge 5 marzo 2001, n. 57	
– art. 5	580
legge 3 aprile 2001, n. 142	664
– art. 5	670
d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165	
– art. 35	605
– art. 52	592
– art. 69	592
legge 14 febbraio 2003, n. 30	664, 703
– art. 9	670
d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276	
– art. 20	733
– art. 23	737
– art. 29	663, 694
– art. 30	736
– art. 32	668, 673
– art. 35	636
– art. 54	660, 694
– art. 55	704
– art. 56	636, 704
– art. 59	671
– art. 61	551, 568
– art. 62	636
– art. 66	736
– art. 70	636

legge 11 febbraio 2005, n. 15	
– art. 14	622
legge del 2005, n. 229	727
d.m. 17 novembre 2005	
– art. 1	671
– art. 2	699
– art. 3	699
d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40	
– art. 12	595
d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198	
– art. 25	611
– art. 27	671
– art. 31	609
legge del 2006, n. 296	
– art. 1	551
d.l. 29 dicembre 2007, n. 250	569
legge 28 febbraio 2008, n. 31	
– art. 7	569, 699
d.lgs. del 2008, n. 81	736
– art. 3	737
Regolamento organico del Comune di Napoli	
– art. 154	599
– art. 82	599

LEGGI DELLA REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA

<i>Angestelltenversicherungsgesetz</i> (legge sulla previdenza sociale dei dipendenti privati)	708
<i>Bundesvertriebenengesetz</i> (legge federale tedesca in materia di sfollati)	710
<i>Sgb VI</i>	
– art. 113	709
– art. 271	709
– art. 272	713

UNIONE EUROPEA

Trattato Ce	
– art. 18	707
– art. 30	718
– art. 39	707

– art. 42	707
– art. 100	688
Commissione europea	
Direttiva del 14 febbraio 1977,	
n. 77/187/Ce	668, 682, 695
– art. 1	683
Direttiva del 29 giugno 1998, n. 98/50/Ce	668, 682
Direttiva del 12 marzo 2001, n. 2001/23/Ce ..	668, 703
– art. 1	676
Direttiva del 5 luglio 2006, n. 2006/54/Ce	
– art. 14	671
Regolamento (Cee) del Consiglio	
14 giugno 1971, n. 1408	
– art. 4	713
– art. 6	712
– art. 7	712
– art. 10	713
– Allegato III	707
– Allegato III - Parti A e B	
— punto 35	711
– Allegato VI	707
– Allegato VI - Parte C	
— punto 1	711
– Allegato VI - Parte D	
— punto 1	711
Regolamento (Ce) del Consiglio	
2 dicembre 1996, n. 118/97	707
Regolamento Ce n. 2204/2002	699
Regolamento (Ce) 5 maggio 2005, n. 647 ...	711

CCNL E ACCORDI SINDACALI

Ccnl dirigenti industriali	
– art. 22	629
Ccnl edili del 15 luglio 1995	564
Ccnl telecomunicazioni	660
Accordo interconfederale del 5 maggio 1965	
– art. 6	566
Accordo interconfederale 11 febbraio 2004 ...	705
Accordo sindacale del 24 febbraio 2004	665
Accordo sindacale del 23 febbraio 2004	660
Accordo sindacale del 24 febbraio 2005	697

CONVENZIONI E ACCORDI INTERNAZIONALI

Convenzione tra Germania e Austria del 1966	711
– art. 4	712
Convenzione tra Germania e Austria del 1995 – art. 14	711

CIRCOLARI MINISTERIALI

Circolare Ministero del lavoro del 29 novembre 1991, n. 155/91	568
Circolare Ministero del lavoro 28 maggio 2001	568
Circolare Ministero del lavoro n. 1/2004	568
Circolare Ministero del lavoro n. 31/04	705
Circolare Ministero del lavoro n. 17/2006 ...	568
Circolare Ministero del lavoro e della previdenza sociale n. 4 del 29 gennaio 2008	551, 568
Circolare Ministero del lavoro e della previdenza sociale n. 8 del 31 marzo 2008	551

pubblicità
Unipol

Quella nuova:
SALVADANAIO

pubblicità
Unipol

ALTERNARE
LE MANI /
LA BAMBINA

Finito di stampare
nel mese di settembre 2008
dalla Tipografia O.GRA.RO.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

