PARTE II
GIURISPRUDENZA

Domenico Dalfino (*)

IL RITO FORNERO NELLA GIURISPRUDENZA: LE QUESTIONI ANCORA APERTE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Procedimento sommario. — 2.1. Esclusività e obbligatorietà del rito anche per il datore di lavoro che agisca in prevenzione e proponibilità di domanda riconvenzionale da parte del lavoratore. — 2.2. Rilevabilità e decidibilità di questioni pregiudiziali e preliminari. — 2.3. Ambito di applicazione e mutamento del rito. — 2.4. (Non) ricorribilità per cassazione dell'ordinanza. — 3. Opposizione. Incompatibilità tra giudice della fase sommaria e giudice dell'opposizione? — 4. «Reclamo»: contenuto dell'atto introduttivo.

1. — *Premessa* — A due anni circa dall'entrata in vigore della legge 28 giugno 2012, n. 92, i contrasti interpretativi attinenti al nuovo procedimento per l'impugnativa del licenziamento (cd. rito Fornero) da essa introdotto si sono concentrati sulle seguenti cruciali questioni: obbligatorietà o facoltatività del procedimento; fruibilità da parte del datore di lavoro; rilevabilità e decidibilità di questioni pregiudiziali e preliminari sin dalla fase sommaria; possibilità di emettere un'ordinanza di mutamento di rito in caso di errore; ricorribilità per cassazione dell'ordinanza conclusiva della fase sommaria; (in)compatibilità tra giudice-persona fisica della fase sommaria e giudice-persona fisica dell'opposizione; applicabilità al giudizio di «reclamo» della disciplina dell'appello, e in particolare delle nuove regole attinenti alla redazione dell'atto introduttivo.

Per comodità espositiva, le pronunce giurisprudenziali selezionate per il terzo numero di questa *Rubrica* saranno passate in rassegna tenendo conto della distinzione tra fase sommaria, giudizio di opposizione e «reclamo».

2. — *Procedimento sommario* —

2.1. — *Esclusività e obbligatorietà del rito anche per il datore di lavoro che agisca in prevenzione e proponibilità di domanda riconvenzionale da par-*

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

te del lavoratore — La questione relativa alla obbligatorietà o facoltatività del procedimento è stata risolta sinora dalla giurisprudenza prevalentemente nel primo senso, sulla base di argomentazioni fondate non tanto sulla lettera della legge, quanto sulla *ratio* e sulla finalità della riforma.

Qualche dubbio è emerso in relazione alla possibilità di omettere, su istanza congiunta delle parti, la fase sommaria per «saltare» direttamente a quella a cognizione piena, che si instaura con il giudizio di opposizione. Sulle perplessità suscitate da tale orientamento e dall'altro, intermedio, secondo cui il regime della obbligatorietà dovrebbe essere riferito e limitato alle sole domande di impugnativa «pure», in quanto proposte senza cumulo con altre non rientranti nell'ambito di applicazione del procedimento, sia consentito rinviare ai miei due precedenti contributi in questa *Rubrica* (in q. *Riv.*, 2013, II, pp. 154 ss., e 2014, II, pp. 3 ss.).

Nessun dubbio, invece, sussiste in ordine alla tendenziale esclusività del rito, focalizzato sull'impugnativa del licenziamento, come si evince dai commi 48 e 51, secondo cui le uniche ulteriori domande proponibili sono quelle fondate sugli *identici fatti costitutivi* (nozione, quest'ultima, intesa da giurisprudenza e dottrina comunque in senso restrittivo. Per riferimenti, vd. M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013, pp. 66 ss.).

Ciò premesso, l'altra questione, pure assai dibattuta, riguardante la fruibilità del rito su iniziativa del datore di lavoro e strettamente connessa a quella della obbligatorietà (su cui vd., in senso restrittivo, l'ottimamente argomentata ma non condivisibile Trib. Palermo 10 giugno 2013, ord., in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, pp. 380 ss., con nota di D. Buoncristiani e di D. Dalfino, nonché le linee guida predisposte dal Trib. Rieti, in *http://tinyurl.com/on3oj5a*; in senso estensivo, Trib. Genova 9 gennaio 2013, in *Foro it.*, 2013, I, 1360, con nota di S. Calvigioni; in *Dir. lav. merc.*, 2013, pp. 393 ss., con nota di S. Izzo; in *Lav. giur.*, 2013, pp. 373 ss., con nota di A. Piccinini, nonché Trib. Reggio Calabria 6 febbraio 2013, ord., *ivi*), è stata di recente oggetto di regolamento di competenza, all'esito del quale Cass. 18 febbraio 2014, n. 3838, ord. (in *Foro it.*, 2014, I, 1845, con nota redazionale di S. Calvigioni e commento di S. Izzo; in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, parte II, pp. 380 ss., con note citate di D. Buoncristiani e di D. Dalfino), ha disposto la trasmissione degli atti al primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite. Più in particolare, le questioni di massima di particolare importanza oggetto di trasmissione sono state: a) quella relativa all'ammissibilità e proponibilità della domanda con le forme del rito Fornero da parte del datore di lavoro per l'accertamento della legittimità del licenziamento intimato,

dalla cui risoluzione dipende anche quella concernente l'ammissibilità in fase sommaria della domanda riconvenzionale proposta dal lavoratore; b) quella relativa alla rilevabilità e decidibilità nella fase sommaria di questioni di rito. Di quest'ultima ci si occuperà nel prossimo paragrafo.

La vicenda concreta, purtroppo tristemente nota, aveva a oggetto il licenziamento del comandante Schettino da parte della società Costa Crociere a seguito del naufragio della nave Concordia avvenuto nel gennaio 2012. In conseguenza della impugnativa stragiudiziale proposta dal comandante e della contestuale richiesta di attivazione della procedura di conciliazione e arbitrato, la società, a sua volta, depositava ricorso giudiziale innanzi al Tribunale di Genova per fare «accertare e dichiarare la validità e legittimità del licenziamento intimato per giusta causa», secondo le forme del rito speciale. Proponeva anche parallela domanda avente il medesimo oggetto, ma ai sensi degli artt. 414 ss. cod. proc. civ.

Nel corso del primo giudizio, il comandante Schettino eccepiva la carenza di interesse ad agire e la «non usufruibilità» del rito Fornero da parte dell'ex datore di lavoro, nonché l'incompetenza territoriale del giudice adìto e impugnava in via riconvenzionale il licenziamento. Sennonché, in pari data rispetto alla riconvenzionale, instaurava giudizio di impugnativa innanzi al Tribunale di Torre Annunziata, durante il quale Costa crociere eccepiva la continenza e/o la litispendenza con quello pendente tra le stesse parti dinanzi al Tribunale di Genova, da essa anteriormente proposto.

A fronte di una situazione così ingarbugliata e della complessità e delicatezza delle questioni dedotte, il Tribunale di Torre Annunziata riteneva «opportuno e necessario attendere la pronuncia del giudice del lavoro di Genova». Pronunzia che non tardava a giungere nel senso sia della fruibilità del rito Fornero da parte del datore di lavoro, sia dell'ammissibilità della domanda riconvenzionale formulata dal convenuto.

Con successiva ordinanza il Tribunale di Torre Annunziata dichiarava la litispendenza *ex* art. 39 cod. proc. civ. tra il giudizio dinanzi a sé proposto dal comandante Schettino e quello già pendente dinanzi al Tribunale di Genova, escludendo l'ipotesi della continenza. L'ordinanza veniva impugnata con regolamento di competenza dal lavoratore e Cass. n. 3838/2014, come detto, rimetteva alle Sezioni Unite le suindicate questioni di massima di particolare importanza.

Sennonché, le Sezioni Unite, con ordinanza del 31 luglio 2014, n. 17443, non hanno risolto nessuna di tali questioni, poiché hanno ritenuto di limitare il proprio sindacato al profilo relativo alla sussistenza della litispendenza, concludendo per l'inammissibilità del regolamento di compe-

tenza a causa della «totale estraneità delle censure rispetto al provvedimento oggetto dell'impugnazione in esame».

Nella permanenza di dubbi e perplessità, le questioni sollevate nell'ambito della vicenda appena sinteticamente descritta meritano alcune brevi considerazioni.

Occorre mettere subito in evidenza che le incertezze interpretative scaturiscono dal fatto che, da un lato, la lettera della legge (che, ai commi 47 e 48, discorre di «impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni») e il nuovo assetto strutturale dell'impugnativa (fondato sulla previsione di un duplice termine decadenziale per la sua proposizione) sembrano deporre in senso contrario all'ammissibilità della domanda proposta dal datore di lavoro con le forme del rito Fornero; dall'altro, però, la *ratio* e la finalità del rito non escludono, anzi, spingono fortemente verso l'accoglimento della tesi affermativa.

Orbene, seppure è vero che il duplice termine decadenziale e la possibilità di conoscere in anticipo le conseguenze economiche del licenziamento (sulla vecchia disciplina, vd. Cass. 9 maggio 2012, n. 7096) sembrano escludere la sussistenza di un interesse del datore di lavoro ad agire in prevenzione, è anche vero che in tre ipotesi tale interesse può essere riscontrato, e precisamente: a) in quella in cui il lavoratore impugni in via stragiudiziale il licenziamento, poiché l'impugnativa integra gli estremi del «vanto» o della «contestazione» che devono sussistere per l'ammissibilità di un'azione di accertamento mero, cui si aggiungerebbe l'esigenza di accelerare la definizione delle sorti del rapporto contrattuale; b) in quella in cui il lavoratore (come accaduto nel caso del licenziamento del comandante Schettino), nell'impugnare in via stragiudiziale il licenziamento, presenti richiesta di conciliazione e arbitrato, poiché al datore di lavoro che non intenda aderire a tale richiesta non può essere negata la legittimazione e l'interesse a ricorrere in sede giudiziale; c) in quella in cui il lavoratore chieda e ottenga un provvedimento cautelare d'urgenza *ex* art. 700 cod. proc. civ. che non soltanto disponga la sospensione degli effetti del licenziamento impugnato, ma anche la reintegrazione nel posto di lavoro, poiché al datore di lavoro deve essere consentito di domandare con efficacia di giudicato l'accertamento della legittimità del licenziamento intimato.

In queste ipotesi il rischio che il datore di lavoro, nell'instaurare per primo il giudizio relativo alla legittimità del licenziamento, scelga un Foro meno conveniente al lavoratore, per quanto concreto, non sarebbe comunque più elevato di quanto non lo fosse già nel vigore della disciplina vigente prima dell'entrata in vigore della riforma.

Va da sé che, una volta ritenuta ammissibile l'azione del datore di lavoro, si debba riconoscere al lavoratore il potere di proporre domanda riconvenzionale di accertamento della illegittimità del licenziamento intimato, unitamente, come appare verosimile, alla concessione degli ulteriori provvedimenti previsti dall'art. 18 Stat. lav. La mancata espressa menzione di questo potere nelle disposizioni che regolano il procedimento sommario, non sembra costituire un ostacolo insormontabile, poiché il comma 48 dell'art. 1, legge n. 92/2012, fa salva l'ammissibilità delle domande fondate sugli «identici fatti costitutivi», quale è senz'altro quella del lavoratore di accertamento della illegittimità del recesso datoriale (per l'ammissibilità della domanda riconvenzionale nella fase sommaria, vd. Trib. Genova 9 gennaio 2013, ord., cit.; invece, nel senso dell'inammissibilità, vd. Trib. Palermo 10 giugno 2013, ord., cit.).

Infine, quanto al coordinamento tra il giudizio promosso dal lavoratore e quello promosso dal datore di lavoro, sembra potersi affermare, con la giurisprudenza prevalente nel vigore della vecchia disciplina, l'applicabilità della disciplina della continenza *ex* art. 39 cod. proc. civ., presentando il secondo un oggetto meno ampio del primo, partendo dal presupposto che il lavoratore domandi (quasi) sempre anche la tutela reintegratoria e/o risarcitoria ai sensi dell'art. 18 Stat. lav. riformato (1).

2.2. — *Rilevabilità e decidibilità di questioni pregiudiziali e preliminari* — Oltre al profilo della fruibilità del rito Fornero da parte del datore di lavoro in prevenzione, la trasmissione degli atti al primo presidente da parte di Cass. n. 3838/2014 per l'eventuale rimessione alle Sezioni Unite riguardava, come accennato, anche quello relativo alla rilevabilità e decidibilità nella fase sommaria di questioni di rito.

Orbene, l'esigenza di celerità di tutela e la struttura del procedimento in questa fase potrebbero portare a preferire una posizione restrittiva. La messa in moto del meccanismo solutorio delle questioni pregiudiziali attinenti al processo (*ex* art. 187, comma 3, in combinato con l'art. 279, comma 2, n. 4, cod. proc. civ.) determinerebbe un rallentamento dell'*iter* della causa nell'ipotesi in cui il giudice, una volta rilevata d'ufficio o sollevata dalla parte l'eccezione, ritenesse di riservarsi per la decisione, eventualmente respingendola.

(1) Nel caso deciso da Cass. n. 17443/2014, cit., la litispendenza era stata dichiarata sul presupposto dell'identità tra la causa pendente innanzi al Trib. Genova (comprensiva della domanda proposta dal datore di lavoro e di quella proposta dal lavoratore in via riconvenzionale) e la causa instaurata successivamente dal lavoratore innanzi al Trib. Torre Annunziata.

Premesso che in ogni caso la soluzione della questione nella fase sommaria non potrebbe che avvenire con ordinanza, occorre ricordare che in relazione al procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* ss. cod. proc. civ., dove pure il problema si è posto, soltanto in un caso, a quanto consta, la giurisprudenza ha ritenuto utile emettere provvedimenti non definitivi idonei a fissare un punto fermo sullo specifico tema di indagine oggetto della eccezione, con assoggettamento al regime dell'impugnazione con riserva previsto per le sentenze non definitive (Trib. Padova 25 luglio 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 1855).

A ben vedere, nella prima fase del rito Fornero, dove il livello di sommarizzazione è senza dubbio superiore rispetto a quello del procedimento sommario di cognizione (sebbene, secondo la tesi preferibile, quest'ultimo debba essere più correttamente considerato «semplificato» a cognizione piena), l'attivazione del meccanismo summenzionato sarebbe del tutto fuori di luogo.

Senza contare che, altrimenti opinando, per un verso, si alimenterebbero tattiche dilatorie e ostruzionistiche da parte del convenuto; per un altro, si introdurrebbe la necessità di prevedere rimedi impugnatori avverso l'eventuale ordinanza non definitiva sulla questione, con ulteriore ragione di rallentamento e complicazione delle attività processuali.

Pertanto, rilevata d'ufficio la questione o sollevata dalla parte, al giudice non resta che deciderla immediatamente in senso ostativo, ove manifestamente fondata, oppure accantonarla, emettendo gli opportuni provvedimenti di carattere istruttorio.

2.3. — *Ambito di applicazione e mutamento del rito* — Con riguardo all'ambito di applicazione del nuovo procedimento speciale, si segnala la sentenza (non definitiva) del 23 dicembre 2013 con la quale la Corte d'Appello di Roma, in sede di reclamo, ha aderito all'orientamento secondo il quale esso si estende alle controversie nelle quali il lavoratore, impugnato «l'atto espulsivo, invochi le tutele previste dall'art. 18 nei confronti di più soggetti, sul presupposto che gli stessi costituiscano un unico centro di imputazione di interessi e, quindi, un unico datore di lavoro». In tal caso, infatti, «la unicità del rapporto concorre a formare, unitamente alla illegittimità del recesso, la *causa petendi* della domanda volta a ottenere la tutela reintegratoria».

Nella specie, l'originario datore di lavoro si era fuso per incorporazione con altro soggetto e successivamente aveva ceduto il settore della propria attività a un terzo soggetto, il quale a sua volta aveva intimato il licenziamento. Nell'impugnare il recesso datoriale per nullità conseguente alla

inefficacia della cessione nei suoi confronti, il lavoratore aveva convenuto in giudizio, oltre al cessionario, anche l'ente incorporante. Il Tribunale di Roma, dichiarata inammissibile la domanda con ordinanza all'esito della fase sommaria, aveva confermato la declaratoria in sede di opposizione. Avverso tale provvedimento il lavoratore proponeva reclamo innanzi alla Corte d'Appello.

Con la sentenza menzionata, la Corte ha anche aderito all'orientamento che, sulla base del principio secondo cui il rito si determina in base alla prospettazione della domanda, esclude l'inammissibilità della domanda stessa in caso di errore (vd., per riferimenti, i citati nn. 1 e 2 di questa *Rubrica*, rispettivamente in q. *Riv.*, 2013, II, pp. 154 ss., e 2014, II, pp. 3 ss.). In particolare, «qualora il ricorrente impugni il licenziamento, invocando l'applicazione della tutela reintegratoria, o comunque di una delle tutele previste dal novellato art. 18, non può porsi questione di ammissibilità del rito prescelto, sicché il Tribunale, ove ritenga inaccoglibile la domanda formulata per difetto dei necessari elementi costitutivi del diritto, dovrà respingerla nel merito, disponendo contestualmente il mutamento di rito quanto all'accertamento della fondatezza dell'azione sotto altri profili».

Tale condivisibile soluzione, in perfetta linea con quanto disposto dagli artt. 24 e 111 Cost., pare a maggior ragione obbligata in un sistema giurisdizionale nel quale neanche la pluralità di giudici appartenenti a ordini diversi «può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela» (cfr. Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77, in *Foro it.*, 2007, I, 1009, con nota di R. Oriani, e in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1577, con nota di M. Acone; cfr. anche Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Corriere giur.*, 2013, pp. 349 ss., con nota di C. Consolo, e in *Foro it.*, 2013, I, 2695 ss., con note di M. Acone, E. D'Alessandro e R. Frasca).

In senso contrario, come osservato dalla Corte, non può invocarsi per analogia l'art. 702-*ter* cod. proc. civ., poiché, al contrario, trattasi di ipotesi eccezionale, come tutte le norme che attribuiscono al giudice il potere di dichiarare l'inammissibilità della domanda, invece di prevedere meccanismi di sanatoria che consentano di pervenire a una decisione di merito. Tutt'al più, in via analogica, potrebbero richiamarsi norme quali gli artt. 426 e 427 cod. proc. civ. oppure l'art. 4, d.lgs. n. 150/2011 – quest'ultimo in tema di semplificazione e riduzioni dei riti – che, nel risolvere il problema dell'errore sul rito nel senso della possibilità di operare il mutamento, confermano l'esistenza di un principio generale di conservazione delle attività processuali in vista di una decisione nel merito.

In concreto la Corte, ritenuta ammissibile l'opposizione avverso il censurato provvedimento sommario di inammissibilità e in riforma, quindi, della sentenza di primo grado, ha disposto il mutamento di rito non ravvisando gli estremi per l'applicazione delle nuovo procedimento disciplinato dall'art. 1, commi 48 ss., legge n. 92/2012.

2.4. — *(Non) ricorribilità per cassazione dell'ordinanza* — Il rito Fornero è giunto in Cassazione (oltre che attraverso il regolamento di competenza – vd. *supra*, par. 2.1. –, anche) attraverso un ricorso proposto *per saltum* ai sensi dell'art. 360, comma 2, cod. proc. civ., avverso l'ordinanza conclusiva della fase sommaria.

Nella specie, la Suprema Corte (Cass. 9 maggio 2014, n. 10133) ha ritenuto inammissibile l'impugnazione per il seguente duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, avverso l'ordinanza è previsto un apposito rimedio, consistente nell'opposizione innanzi allo stesso ufficio giudiziario *ex* art. 1, comma 51, legge n. 92/2012, «laddove soltanto avverso la sentenza resa a seguito di detta opposizione è ammessa l'impugnazione, a mezzo di reclamo, innanzi alla Corte d'Appello (legge n. 92 del 2012, art. 1, comma 58); avverso l'ordinanza *ex* art. 1, comma 49, non può quindi trovare applicazione il ricorso *per saltum* di cui all'art. 360 cod. proc. civ., comma 2, siccome contemplato soltanto in relazione a una "sentenza appellabile"».

In secondo luogo, il ricorso per cassazione, con omissione dell'appello, è ammissibile soltanto in presenza di un apposito accordo tra le parti in tal senso, che, nella specie, mancava.

Sotto entrambi i profili, si può osservare, da un lato, che l'opposizione, per quanto giudizio di primo grado, si conferma essere anche *lato sensu* impugnatorio in quanto specificamente e funzionalmente diretto «contro» l'ordinanza (vd. comma 51, cit.); dall'altro, che il rito Fornero non è disponibile dalle parti, le quali non possono accordarsi né per saltare la fase sommaria (vd. *supra*, par. 2.1.) né il sistema ordinario dei gradi.

3. — *Opposizione. Incompatibilità tra giudice della fase sommaria e giudice dell'opposizione?* — Tra le questioni più delicate e controverse originate dall'ambiguità e dalla lacunosità delle disposizioni di cui all'art. 1, commi 47 ss., legge n. 92/2012, può annoverarsi certamente quella relativa alla sussistenza o no di un obbligo di astensione in capo al giudice-persona fisica designato per la trattazione, istruzione e decisione del giudizio di opposizione, che abbia emesso l'ordinanza opposta.

Sulla spaccatura attualmente esistente sia in giurisprudenza sia in dottrina, sulle antitetiche argomentazioni sostenute dai due orientamenti e

sulle ragioni che inducono a privilegiare una lettura maggiormente ossequiosa dei princìpi di terzietà e di imparzialità, si rinvia ai citati primi due numeri di questa *Rubrica* (rispettivamente, par. 6 e par. 8).

In questa sede vanno menzionate le ordinanze del Tribunale di Milano 27 gennaio 2014 e del Tribunale di Siena 16 agosto 2013 (in *Giusto proc. civ.*, in corso di pubblicazione con nota di N. Minafra): la prima, che ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 51, comma 1, n. 4, cod. proc. civ., e 1, comma 51, legge n. 92/2012, nella parte in cui non prevedono l'obbligo di astensione per l'organo giudicante (persona fisica) investito del giudizio di opposizione *ex* art. 51, comma 1, legge n. 92 cit., che abbia pronunciato l'ordinanza *ex* art. 1, comma 49, legge n. 92, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost.; la seconda, che ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 51, cit., come dell'art. 51, comma 1, n. 4, cod. proc. civ., nella parte in cui la prima disposizione non prevede che il giudizio di opposizione abbia svolgimento davanti al medesimo giudice persona fisica della fase sommaria e la seconda non esclude dalla sua operatività la fattispecie in parola, in violazione dell'art. 3, commi 1 e 2, dell'art. 24, commi 1 e 2, dell'art. 25, comma 1, dell'art. 97 e dell'art. 111, comma 1, parte seconda, Cost.

La questione sollevata da Trib. Siena è stata dichiarata *manifestamente inammissibile* da Corte cost. 9 luglio 2014, n. 205, ord., sulla base del fatto che essa si profilava non adeguatamente motivata e si risolveva in uso distorto dell'incidente di costituzionalità al fine di ottenere «l'avallo dell'interpretazione proposta dal rimettente in ordine a un contesto normativo suscettibile di una duplice lettura».

4. — *«Reclamo»: contenuto dell'atto introduttivo* — Infine, con specifico riguardo al giudizio di «reclamo» esperibile innanzi alla Corte d'Appello, ai sensi dell'art. 1, commi 58 ss., legge n. 92/2012, avverso la sentenza che conclude l'opposizione, si segnala la pronuncia della Corte d'Appello di Roma datata 13 marzo 2014.

Nella specie, la parte reclamata aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso introduttivo per insufficienza e inidoneità della motivazione, invocando l'applicazione dell'art. 434 cod. proc. civ. dettato per l'appello nel rito «ordinario» del lavoro, come riformato dal d.l. n. 83/2012, convertito con modificazioni in legge n. 134/2012. La Corte ha respinto l'eccezione, accogliendo una interpretazione non formalistica della norma invocata.

A questo proposito, occorre ricordare che, a dispetto del *nomen*, il «reclamo» è considerato dall'orientamento prevalente non già un procedi-

mento sommario, bensì a cognizione piena corrispondente all'appello (cfr., per riferimenti, M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013, nonché il secondo numero di questa *Rubrica*, in q. *Riv.*, 2014, II, par. 8).

Ciononostante, rientrando esso pur sempre nell'ambito di un rito specialissimo rispetto a quello di cui agli artt. 414 ss., cod. proc. civ., non è ben chiaro se a esso debbano applicarsi integralmente le disposizioni di quest'ultimo relative all'appello oppure soltanto quelle strutturalmente compatibili, ferma restando in tal caso la mancanza di espressa disciplina nei commi 58 ss., cit.

La Corte d'Appello di Roma ha ritenuto la nuova regolamentazione contenuta nell'art. 434 cod. proc. civ. senz'altro idonea a regolare il ricorso introduttivo del «reclamo», data la ravvisata natura di giudizio di secondo grado di quest'ultimo (pur dubitando dell'applicabilità del «filtro» di inammissibilità di cui all'art. 436-*bis* cod. proc. civ., relativo alla non ragionevole probabilità di accoglimento dell'impugnazione). All'uopo, ha richiamato l'orientamento in base al quale l'inammissibilità *ex* art. 434 cod. proc. civ. può esser dichiarata soltanto là dove l'impugnante ometta «di "suggerire diverse ipotesi valutative", "concretamente rilevanti ai fini dell'accoglimento dell'appello"; senza, cioè, che "l'approccio censorio" si spinga "a definire un progetto alternativo di sentenza né un diverso *iter* valutativo delle prove e delle norme applicabili, capace di confortare le tesi e le domande spiegate"» (cfr. anche Corte d'App. Roma 29 gennaio 2013, in *Foro it.*, 2013, I, 969, con nota di G. Costantino).

Nella specie, rifuggendo, come si diceva, interpretazioni troppo rigide e formalistiche, ha respinto l'eccezione di inammissibilità del reclamo proposto, ritenendolo sufficientemente «motivato», indipendentemente dai profili di fondatezza.

LA CORTE COSTITUZIONALE
LE DECISIONI NEL TRIMESTRE
LUGLIO-SETTEMBRE 2014

RAPPORTO DI LAVORO
(a cura di Massimo Pallini)

SOMMARIO: 1. Illegittimità costituzionale dell'art. 43 della legge della Regione Abruzzo 8 febbraio 2005, n. 6, nella parte in cui introduce il comma 2-*bis* nell'art. 1 della legge della Regione Abruzzo 13 ottobre 1998, n. 118, inerente la retribuzione individuale di anzianità dei dipendenti regionali. — 2. Non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 della legge 23 luglio 1991, n. 223, nella parte in cui esclude per i lavoratori interinali, successivamente assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato, la possibilità di cumulare nell'anzianità aziendale utile ai fini del riconoscimento del diritto all'indennità di mobilità anche il periodo prestato in forza del contratto di lavoro interinale. — 3. Non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183, come interpretato autenticamente dall'art. 1, comma 13, della legge 28 giugno 2012, n. 92, il quale limita l'ammontare del risarcimento del danno dovuto a seguito della illegittima apposizione del termine a un contratto di lavoro.

1. — *Illegittimità costituzionale dell'art. 43 della legge della Regione Abruzzo 8 febbraio 2005, n. 6, nella parte in cui introduce il comma 2-*bis *nell'art. 1 della legge della Regione Abruzzo 13 ottobre 1998, n. 118, inerente la retribuzione individuale di anzianità dei dipendenti regionali* — Con ordinanza, il Tribunale ordinario di Teramo, in funzione di giudice del lavoro, ha promosso, in riferimento all'art. 117, comma 2, lettera *l*, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 43 della legge della Regione Abruzzo 8 febbraio 2005, n. 6, come sostituito dall'art. 1, comma 2, della legge della Regione Abruzzo 21 novembre 2008, n. 16. Il rimettente lamenta che la disposizione censurata – nella parte in cui riconosce a tutti i dipendenti regionali, a parità di anzianità, lo stesso trattamento economico di anzianità attribuito ai dipendenti appartenenti alla medesima qualifica provenienti da altra amministrazione i quali, in forza dell'art. 1, comma 1, della legge della Regione Abruzzo 13 ottobre 1998, n. 118, hanno mantenuto il trattamento economico di anzianità ivi eventualmente maturato – violerebbe l'art. 117, comma 2, lettera *l*, Cost., dal momento che la disciplina del trattamento economico dei di-

pendenti regionali rientrerebbe nella materia dell'ordinamento civile che appartiene alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 della legge della Regione Abruzzo 8 febbraio 2005, n. 6, nella parte in cui introduce il comma 2-*bis* nell'art. 1 della legge della Regione Abruzzo 13 ottobre 1998, n. 118. La Corte ha ritenuto la censura fondata (1). Secondo il costante orientamento della Corte, a seguito della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego – operata dall'art. 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, dall'art. 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e dai decreti legislativi emanati in attuazione di dette leggi delega – la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione è retta dalle disposizioni del codice civile e dalla contrattazione collettiva. Con specifico riguardo al trattamento economico, l'art. 2, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, stabilisce che «L'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi», e l'art. 45 dello stesso decreto ribadisce che «Il trattamento economico fondamentale e accessorio […] è definito dai contratti collettivi». Ancora, il citato art. 2, comma 3, prevede che «Le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale». Proprio a seguito di tale privatizzazione, questa Corte ha affermato che «i princìpi fissati dalla legge statale in materia costituiscono tipici limiti di diritto privato, fondati sull'esigenza, connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati e, come tali, si impongono anche alle Regioni a Statuto speciale» (sentenza n. 189 del 2007). In particolare, dall'art. 2, comma 3, terzo e quarto periodo, della legge n.

---

(1) Corte cost., sentenza 9 luglio-18 luglio 2014, n. 211 – Pres. Cassese, Est. Napolitano:

«*dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 della legge della Regione Abruzzo 8 febbraio 2005, n. 6 (Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2005 e pluriennale 2005-2007 della Regione Abruzzo – Legge finanziaria regionale 2005), come sostituito dall'art. 1, comma 2, della legge della Regione Abruzzo 21 novembre 2008, n. 16 (Provvedimenti urgenti e indifferibili), nella parte in cui introduce il comma 2*-bis *nell'art. 1 della legge della Regione Abruzzo 13 ottobre 1998, n. 118 (Riconoscimento agli effetti economici dell'anzianità di servizio prestato presso lo Stato, Enti pubblici, Enti locali e Regioni, nei confronti del personale inquadrato nel ruolo regionale a seguito di pubblici concorsi ed estensione dei benefici previsti dalla legge n. 144 del 1989 al personale* ex *legge n. 285 del 1977)*».

421 del 1992, emerge il principio per cui il trattamento economico dei dipendenti pubblici è affidato ai contratti collettivi, di tal che la disciplina di detto trattamento, e, più in generale, la disciplina del rapporto di impiego pubblico, rientra nella materia dell'«ordinamento civile» riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (sentenze n. 61 del 2014, n. 286 e n. 225 del 2013, n. 290 e n. 215 del 2012, n. 339 e n. 77 del 2011, n. 332 e n. 151 del 2010). La disposizione censurata disciplina la retribuzione individuale di anzianità dei dipendenti regionali, allineandone l'ammontare a quello percepito dai dipendenti che, provenendo da altre amministrazioni, sono transitati nei ruoli regionali. Ebbene, secondo quando affermato dalla giurisprudenza di legittimità, la Ria costituisce un «istituto retributivo commisurato all'anzianità di servizio che è preordinato a premiare l'esperienza professionale maturata nello specifico settore nel quale è effettuata la prestazione» (Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenza n. 756 del 19 gennaio 2012; Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenza n. 11836 del 21 maggio 2009). Pertanto, l'art. 43 della legge regionale n. 6 del 2005 incide indubbiamente sul trattamento economico dei dipendenti regionali prevedendone un incremento allorché ricorrano le condizioni previste. Esso, dunque, eccede dall'ambito di competenza riservato al legislatore regionale invadendo la materia dell'«ordinamento civile», riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Per questi motivi la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 della legge regionale n. 6 del 2005, come sostituito dall'art. 1, comma 2, della legge regionale n. 16 del 2008.

2. — *Non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 della legge 23 luglio 1991, n. 223, nella parte in cui esclude per i lavoratori interinali, successivamente assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato, la possibilità di cumulare nell'anzianità aziendale utile ai fini del riconoscimento del diritto all'indennità di mobilità anche il periodo prestato in forza del contratto di lavoro interinale* — La Corte d'Appello di Venezia, Sezione lavoro, ha dubitato, in riferimento agli artt. 3 e 38 della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 16 della legge 23 luglio 1991, n. 223, «nella parte in cui esclude per i lavoratori interinali, successivamente assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato, la possibilità di cumulare nell'anzianità aziendale utile ai fini del riconoscimento del diritto all'indennità di mobilità anche il periodo prestato in forza del contratto di lavoro interinale». La Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 16, comma 1, della legge

23 luglio 1991, n. 223 (2). La violazione dell'art. 3 Cost. è prospettata sotto il profilo della «irragionevole disparità di trattamento» tra i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato, a seguito di un periodo svolto in forza di contratto di lavoro interinale, e i lavoratori a tempo indeterminato di pari anzianità lavorativa all'interno dell'azienda, con irragionevole esclusione per i primi del beneficio della indennità di mobilità, ancorché sussistano princìpi, sia nella normativa comunitaria che nazionale, tesi ad assicurare la parità di trattamento all'interno dell'impresa utilizzatrice e a favorire la stabilizzazione dei rapporti di lavoro interinali (sono richiamati la Direttiva comunitaria n. 2008/104/Ce nonché l'art. 23 del d.lgs. n. 276 del 2003, come modificato dall'art. 7 del d.lgs. n. 24 del 2012). La Corte non ha condiviso la tesi del Collegio rimettente. La Corte, con giurisprudenza costante, ha affermato il principio secondo cui, in materia di previdenza e assistenza sociale, il legislatore gode di ampia discrezionalità che, attraverso un bilanciamento dei valori contrapposti, incontra il solo limite del rispetto dei princìpi di eguaglianza e ragionevolezza (*ex plurimis*: sentenze n. 120 e n. 36 del 2012; n. 234 del 2011; n. 234 del 2008 e n. 202 del 1999; ordinanza n. 448 del 1999). Nella vicenda in esame, non è ravvisabile la violazione di tali princìpi, perché le fattispecie messe a confronto non sono omogenee. Invero, nel caso oggetto del giudizio *a quo*, il rapporto di lavoro interinale si è svolto ai sensi della legge n. 196 del 1997, all'epoca vigente *ratione temporis* (gli artt. da 1 a 11 della citata legge sono stati abrogati dall'art. 85, comma 1, lettera *f*, del d.lgs. n. 276 del 2003). Orbene, per giurisprudenza costante della Corte di Cassazione, nel rapporto interinale viene in rilievo un collegamento negoziale tra due contratti: quello di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, stipulato tra l'impresa fornitrice e quella utilizzatrice per il soddisfacimento di specifiche esigenze di carattere temporaneo (art. 1), e quello tra l'impresa fornitrice e il lavoratore (art. 3), con scissione tra la gestione normativa, che compete alla fornitrice, e quella tecnico-produttiva del lavoratore, che compete all'utilizzatrice (*ex multis*: Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenze 10 aprile 2012, n. 5667, e 27 febbraio 2003, n. 3020). Il lavoratore temporaneo

---

(2) Corte cost., sentenza 9 luglio-18 luglio 2014, n. 215 – Pres. Cassese, Est. Criscuolo:

«*dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 16, comma 1, della legge 23 luglio 1991, n. 223 (Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro e altre disposizioni in materia di mercato del lavoro), sollevate dalla Corte d'Appello di Venezia, Sezione lavoro, in riferimento agli artt. 3 e 38 della Costituzione, con l'ordinanza indicata in epigrafe*».

così assunto svolge per la durata della prestazione lavorativa la propria attività presso l'impresa utilizzatrice nonché nell'interesse e sotto la direzione e il controllo della medesima; nell'ipotesi di contratto a tempo indeterminato il lavoratore rimane a disposizione dell'impresa fornitrice per i periodi in cui non svolge la prestazione lavorativa presso un'impresa utilizzatrice. L'impresa fornitrice è obbligata verso il lavoratore al pagamento diretto del trattamento economico e dei contributi previdenziali e assistenziali (con responsabilità solidale dell'impresa utilizzatrice). La Corte rimettente, con le sue asserzioni, confondeva i due piani, formale e sostanziale, del rapporto di lavoro. Infatti, nel caso di specie, sono diversi i titolari, dal lato dei datori di lavoro, dei reiterati contratti «per prestazioni di lavoro temporaneo» e del successivo contratto di lavoro a tempo indeterminato. Pertanto, sussisteva una diversità strutturale dei rapporti di lavoro messi a confronto. Non sono, quindi, comparabili, in quanto eterogenee, le diverse situazioni dei lavoratori assunti da un'impresa con contratto a tempo indeterminato, dopo un periodo svolto in forza di contratto di lavoro «interinale», e dei lavoratori assunti fin dall'inizio a tempo indeterminato dalla medesima impresa. Inoltre, non può ravvisarsi – come, invece, assume il Collegio rimettente – una «pari anzianità lavorativa» tra le due tipologie di lavoratori messe a confronto. L'art. 16, comma 1, della legge n. 223 del 1991, ai fini della indennità di mobilità, richiede un'anzianità di servizio di almeno dodici mesi (di cui almeno sei mesi di lavoro effettivamente prestato), con un rapporto di lavoro a titolo continuativo e comunque non a termine (*ex plurimis*: Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenza 23 marzo 2002, n. 4192; Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 12 marzo 2001, n. 106), presso la medesima impresa che poi abbia attivato la procedura di mobilità (Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenza 16 maggio 2008, n. 12406). La continuità del rapporto di lavoro, ai fini del computo dell'anzianità aziendale utile per fruire della indennità di mobilità, presuppone lo svolgimento dell'attività lavorativa alle dipendenze del medesimo datore di lavoro che ha azionato la detta procedura. Tale interpretazione, dominante nella giurisprudenza di legittimità, soffre deroghe nei casi di mera trasformazione della società o di trasferimento di azienda ai sensi dell'art. 2112 del codice civile, cioè in ipotesi che non comportano soluzioni di continuità nell'anzianità aziendale dei lavoratori dipendenti (ordinanza n. 367 del 2003), ovvero qualora specifici interventi legislativi riconoscano eccezionali e transitorie deroghe rispetto alla regola stabilita dal citato art. 16, comma 1, della legge n. 223 del 1991. Tali ipotesi non ricorrono nella vicenda in esame. Un ulteriore argomento per escludere la possibilità di considerare, ai fini della concessione della indennità di mobi-

lità, un'anzianità aziendale anche solo in parte imputabile al rapporto di lavoro con un'impresa fornitrice o somministratrice è ravvisabile nel rilievo che, ai sensi del censurato art. 16, comma 1, possono godere della indennità di mobilità, al maturarsi di una determinata anzianità aziendale, i lavoratori licenziati da imprese rientranti nel campo di applicazione della disciplina dell'intervento straordinario di integrazione salariale (imprese industriali che occupino più di quindici dipendenti, salvo i casi eccezionali di prevista estensione della disciplina della integrazione salariale straordinaria), mentre le imprese fornitrici o somministratrici sono inquadrate nel «settore terziario» ai sensi dell'art. 49 della legge 9 marzo 1989, n. 88, «Ristrutturazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro» (richiamato dall'art. 9 della legge n. 196 del 1997 e dall'art. 25 del d.lgs. n. 276 del 2003), e, dunque, sono fuori dal campo di applicazione della detta normativa. La eterogeneità delle fattispecie messe a confronto, dunque, rende priva di fondamento la censura in ordine all'assunta violazione del principio di «parità di trattamento» all'interno dell'impresa utilizzatrice, sicché non risulta violato l'art. 3 Cost. (sentenze n. 108 del 2013; n. 234 del 2008; n. 184 del 2000 e n. 413 del 1995; ordinanza n. 92 del 2009). Il contrasto con l'art. 38 Cost. è prospettato sotto il profilo della irragionevole esclusione del requisito della «continuità» del rapporto di lavoro – quale elemento fondante il diritto alla indennità di mobilità – per i lavoratori interinali il cui rapporto sia stato successivamente stabilizzato, con ingiustificata privazione della tutela della indennità di mobilità, quale prestazione assistenziale a carattere generale (sentenza n. 285 del 2003), per i lavoratori che si trovano in situazioni analoghe a quelli assunti direttamente dall'impresa (utilizzatrice) a tempo indeterminato. Neanche tale parametro costituzionale risulta essere stato violato. Sul punto, si deve osservare che l'art. 38, comma 2, Cost., rimette alla discrezionalità del legislatore la determinazione dei tempi, dei modi e della misura delle prestazioni sociali sulla base di un razionale contemperamento con la soddisfazione di altri diritti, anch'essi costituzionalmente garantiti, e nei limiti delle compatibilità finanziarie (sentenza n. 426 del 2006). L'art. 38, comma 2, Cost., che è immediatamente operante nell'ordinamento giuridico e rilevante, in particolare, ai fini del sindacato di costituzionalità sulle leggi ordinarie, attribuendo valore di principio fondamentale al diritto dei lavoratori a che siano «preveduti e assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria», impone che, in caso di eventi, i quali incidono sfavorevolmente sull'attività lavorativa, siano ai lavoratori assicurate provvidenze atte a garan-

tire la soddisfazione delle loro esigenze di vita (sentenza n. 22 del 1969). Ma tale disposizione non va intesa in senso letterale e con valore assoluto. È il sistema delle assicurazioni nel suo complesso, infatti, che è chiamato a far fronte e obbedisce alle esigenze garantite dal precetto costituzionale (sentenza n. 80 del 1971). Per cui questo non risulta violato se, come nell'ipotesi prevista dalla norma oggetto della denuncia, in maniera specifica siano poste regole, con cui, nel rispetto degli altri precetti e princìpi costituzionali, viene condizionata l'insorgenza di dati diritti o di questi è disciplinato l'esercizio. In particolare, l'indennità di mobilità rientra nel più ampio *genus* delle assicurazioni sociali contro la disoccupazione e, in particolare, nell'ambito dei cosiddetti «ammortizzatori sociali» (sentenza n. 184 del 2000), essendo – a differenza della Cassa integrazione guadagni, connessa a uno stato transitorio di crisi dell'impresa – finalizzata a favorire il ricollocamento del lavoratore in altre imprese e, dunque, collegata a una crisi irreversibile del datore di lavoro. Essa, cioè, deve considerarsi un vero e proprio trattamento di disoccupazione (sentenza n. 234 del 2011). La norma censurata rappresenta una esplicazione della discrezionalità non irragionevole del legislatore. Infatti, l'avere condizionato l'insorgenza del diritto del lavoratore disoccupato alla indennità di mobilità alla sussistenza di una serie di condizioni prestabilite (anzianità aziendale di almeno dodici mesi, di cui almeno sei di lavoro effettivamente prestato, con un rapporto di lavoro a carattere continuativo e non a termine) costituisce una regola non irragionevole con cui il legislatore stesso ha contemperato e bilanciato un trattamento (speciale) di disoccupazione maggiormente consistente, per importo e durata, rispetto a quello ordinario, con la necessità di un'anzianità lavorativa minima, alle dipendenze del medesimo datore di lavoro, specificamente indicata dalle norme di legge. In conclusione, la norma censurata costituisce il frutto di una razionale scelta discrezionale del legislatore, nel rispetto degli artt. 3 e 38 Cost.

3. — *Non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183, come interpretato autenticamente dall'art. 1, comma 13, della legge 28 giugno 2012, n. 92, il quale limita l'ammontare del risarcimento del danno dovuto a seguito della illegittima apposizione del termine a un contratto di lavoro* — Il Tribunale ordinario di Velletri, in funzione di giudice del lavoro, ha sollevato, con ordinanza, questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183, come interpretato autenticamente dall'art. 1, comma 13, della legge 28 giugno 2012, n. 92, il quale limita l'ammontare del risarcimento del danno dovuto a seguito della illegittima apposi-

zione del termine a un contratto di lavoro fissandolo nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto e disponendo che esso ristora per intero il pregiudizio subìto dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro. Ad avviso del rimettente, sarebbero violati gli artt. 11 e 117 della Costituzione in quanto le disposizioni individuate determinerebbero un arretramento del livello generale di tutela previsto per i lavoratori a fronte di successive stipulazioni di un contratto a tempo determinato in contrasto con il «principio di non regresso» sancito dalla clausola 8.3 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce (Direttiva del Consiglio relativa all'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato). La Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183, come interpretato autenticamente dall'art. 1, comma 13, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (3). Secondo la Corte, l'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010 dispone che «Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604». L'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 2012 stabilisce: «La disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subìto dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il

(3) Corte cost., sentenza 15 luglio-25 luglio 2014, n. 226 – Pres. Cassese, Est. Napolitano:

«*dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro), come interpretato autenticamente dall'art. 1, comma 13, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita), sollevata, in riferimento agli artt. 11 e 117 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Velletri, in funzione di giudice del lavoro, con l'ordinanza indicata in epigrafe*».

quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro». La questione prospettata dal Tribunale ordinario di Velletri differisce da quelle che sono già state scrutinate da questa Corte nella sentenza n. 303 del 2011. Mentre in quell'occasione oggetto delle censure era soltanto l'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010, e i parametri evocati erano individuati negli artt. 3, 24, 101, 102 e 111 Cost., nonché negli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 5 agosto 1955, n. 848 (Cedu), l'odierno rimettente censura l'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010 come interpretato dall'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 2012 per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. in relazione alla clausola 8.3 dell'Accordo quadro europeo sul lavoro a tempo determinato. Il Tribunale lamenta che tali disposizioni, limitando l'entità del risarcimento del danno spettante al lavoratore per il caso di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro, ridurrebbero la tutela già riconosciuta nel regime previgente, in violazione del divieto di *reformatio in peius* sancito dalla normativa comunitaria. La disamina della questione di costituzionalità richiede in via preliminare di verificare quale sia l'ambito di applicazione della clausola di non regresso al fine di stabilire se – come affermato dal rimettente – le disposizioni censurate rientrino o meno nell'ambito di applicazione della suddetta clausola. L'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, cui la Direttiva n. 1999/70/Ce è volta a dare attuazione, enuncia i princìpi generali e i requisiti minimi relativi al lavoro a tempo determinato stabilendo, in particolare, due obiettivi: quello di garantire la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni, e quello di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato. L'accordo, peraltro, lascia agli Stati membri l'individuazione delle modalità dettagliate di applicazione di detti princìpi e prescrizioni, al fine di tener conto delle specifiche realtà nazionali. La clausola 8.3 precisa tuttavia che «l'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso». La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha chiarito che tale clausola non preclude ogni riduzione di tutela dei lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato, ma che, per rientrare nel divieto di cui alla clausola in esame, tale riduzione, «da un lato, dev'essere collegata con la "applicazione" dell'Accordo quadro e, dall'altro, deve avere a oggetto il "livello generale di tutela" dei lavoratori a tempo determinato» (Corte di Giustizia, ordinanza 11 novembre 2010,

C-20/10, *Vino*, punti 31-32; sentenza *Angelidaki*, punto 126; sentenza 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, punto 52; ordinanza 24 aprile 2009, C-519/08, *Koukou*, punto 114). Una normativa interna può ritenersi collegata con la «applicazione» dell'Accordo quadro, non soltanto nel caso dell'iniziale recepimento della Direttiva n. 1999/70/Ce e del suo allegato contenente l'Accordo quadro, ma anche nel caso di «ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente al recepimento propriamente detto, completino o modifichino le norme nazionali già adottate» (ordinanza *Vino*, punto 36; sentenza *Mangold*, punto 51; sentenza *Angelidaki*, punto 131; ordinanza *Koukou*, punto 115). Tuttavia, una «normativa nazionale non può essere considerata contraria a detta clausola nel caso in cui la *reformatio in peius* che essa comporta non sia in alcun modo collegata con l'applicazione dell'Accordo quadro. Ciò potrebbe avvenire qualora detta *reformatio in peius* fosse giustificata non già dalla necessità di applicare l'Accordo quadro, bensì da quella di promuovere un altro obiettivo, distinto da detta applicazione» (ordinanza *Vino*, punto 37).

Al fine di valutare se una norma interna rientri o meno nel campo di applicazione dell'Accordo quadro, in ogni caso, «è irrilevante il fatto che lo scopo perseguito» dalla nuova disposizione «sia eventualmente meno degno di tutela di quello perseguito dall'Accordo quadro, ossia la protezione dei lavoratori assunti a tempo determinato» (ordinanza *Vino*, punto 44). In definitiva, dunque, la clausola 8.3 dell'Accordo quadro, nell'interpretazione fornita dal giudice europeo, non preclude in via generale modifiche che possano essere ritenute peggiorative del trattamento dei lavoratori a tempo determinato allorché attraverso di esse il legislatore nazionale persegua obiettivi diversi dall'attuazione dell'Accordo quadro. Così ricostruito l'ambito di applicazione della clausola di non regresso, la Corte ha ritenuto che le disposizioni censurate esulino da tale ambito non essendo collegate all'attuazione dell'Accordo quadro, ma perseguendo scopi distinti. Nella sentenza n. 303 del 2011 la Corte aveva individuato la *ratio* dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010 nella volontà di «introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa e omogenea applicazione» a fronte delle «obiettive incertezze verificatesi nell'esperienza applicativa dei criteri di commisurazione del danno secondo la legislazione previgente, con l'esito di risarcimenti ingiustificatamente differenziati in misura eccessiva». In essa è stato, inoltre, chiarito che l'art. 32, comma 5, citato «non si limita a forfettizzare il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termi-

ne», ma va a integrare la garanzia della conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato che costituisce la «protezione più intensa che possa essere riconosciuta a un lavoratore precario». La scelta di prevedere un'indennità forfettaria proporzionata risponde all'esigenza di «tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi anche al fine di superare le inevitabili divergenze applicative cui aveva dato luogo il sistema previgente». La finalità perseguita con l'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010, dunque, non era quella di recepire e attuare l'Accordo quadro in materia di contratto a tempo determinato, bensì quella di assicurare la certezza dei rapporti giuridici, imponendo un meccanismo semplificato e di più rapida definizione di liquidazione del danno (evitando accertamenti probatori in ordine alla *mora accipiendi*, all'*aliunde perceptum*, al *percipiendum* ecc.) a fronte della illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro. Analogo obiettivo è alla base della norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 2012. Tale disposizione, emanata all'indomani della sentenza n. 303 del 2011, sostanzialmente recepisce l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010 che quella pronuncia conteneva. La Corte aveva infatti affermato che il danno forfettizzato dall'indennità in esame «copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio"; quello, cioè, che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto. A partire dalla sentenza con cui il giudice, rilevato il vizio della pattuizione del termine, converte il contratto di lavoro che prevedeva una scadenza in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, è da ritenere che il datore di lavoro sia indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva». A fronte delle divergenze interpretative che pur dopo tale pronuncia erano emerse nella giurisprudenza di merito, il legislatore è intervenuto accogliendo e rendendo vincolante l'interpretazione data dalla Corte costituzionale all'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010, allo scopo di «scoraggiare ulteriore contenzioso» (così la relazione al disegno di legge n. 3249 presentato al Senato il 5 aprile 2012). Questi elementi consentono di ravvisare l'obiettivo perseguito dal legislatore, ancora una volta, nella esigenza di assicurare certezza nella quantificazione del risarcimento del danno spettante al lavoratore in caso di illegittima apposizione del termine al contratto, rendendo cogente la soluzione, già prevista, che bilancia-

va le opposte pretese del lavoratore e del datore di lavoro, nonché nello scoraggiare ulteriore contenzioso. Se, dunque, l'intento perseguito da entrambe le disposizioni è quello di stabilire un criterio uniforme e certo per la quantificazione del danno allo scopo di semplificare il contenzioso, allora ne consegue che esse si collocano fuori dall'ambito di applicazione della clausola 8.3 dell'Accordo quadro e che pertanto non sussiste alcuna violazione di detta clausola e, conseguentemente, degli evocati parametri costituzionali.

LA CORTE COSTITUZIONALE
LE DECISIONI NEL TRIMESTRE APRILE-GIUGNO 2014

SICUREZZA SOCIALE
(a cura di Lorenzo Fassina)

SOMMARIO: 1. — Estinzione processi pendenti sotto i 500 euro. — 2. Irretroattività decadenze previdenziali. — 3. Sanzioni penali per omissione contributiva.

1. — *Estinzione processi pendenti sotto i 500 euro* — Non è in contrasto con le norme costituzionali né con quelle della Carta europea dei diritti dell'uomo (Cedu) la previsione secondo cui i processi in materia previdenziale nei quali sia parte l'Inps, pendenti nel primo grado di giudizio alla data del 31 dicembre 2010, il cui valore non superi complessivamente euro 500,00, si estinguono di diritto con riconoscimento della pretesa economica a favore del ricorrente. Il Tribunale di Lucera aveva dubitato della norma in questione sostenendo che essa avrebbe violato l'art. 3 Cost. sotto il profilo dell'irragionevolezza dell'intervento del legislatore, in quanto se per le controversie che presuppongono un'attività processuale complessa l'estinzione e il riconoscimento della pretesa possono ritenersi coerenti con la dichiarata finalità deflattiva del contenzioso, i medesimi effetti sarebbero del tutto illogici in caso di domanda manifestamente inammissibile, improponibile o infondata. La disposizione censurata (art. 38, comma 1, lett. *a*, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111) concretizzerebbe, altresì, un'ingiustificata disparità di trattamento poiché l'indiscriminata estinzione di tutti i processi di valore non superiore a 500,00 euro comporterebbe l'effetto del pagamento della prestazione tanto nei confronti di chi si era legittimamente rivolto all'autorità giudiziaria per ottenere il riconoscimento di una giusta pretesa, quanto a favore di chi non ne aveva diritto. La Corte costituzionale, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione con ordinanza n. 158/2014 (1), ha evidenziato che la soluzione contemplata dalla norma

(1) Corte cost. 4 giugno 2014, n. 158 – Pres. Silvestri, Est. Napolitano:
dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, comma 1, lettera a*, del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della leg-*

impugnata è di segno certamente positivo sia per l'Inps – sulla scorta dei previsti benefici economici della chiusura *ex lege* delle cause pendenti al 31 dicembre 2010 –, sia per le parti ricorrenti, titolari di situazioni giuridiche che non possono considerarsi acquisite né consolidate, avuto riguardo alla pendenza del giudizio in primo grado e alle incertezze derivanti dalle contrastanti pronunce della giurisprudenza e dal mutato orientamento dell'Istituto nell'adozione dei criteri di calcolo delle prestazioni agricole. Nel merito, la palese infondatezza della censura discende dall'impossibilità di ravvisare, nel caso in esame, «interferenze» del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, in ragione dell'inidoneità della norma impugnata a influire sulla soluzione giudiziaria delle controversie sulle quali essa incide. In particolare, la Corte Edu ha precisato che l'articolo 1 del Protocollo n. 1 non limita la libertà degli Stati di decidere se attuare o meno un sistema di sicurezza sociale o di scegliere il tipo o il livello dei benefici concessi sulla base di tale regime, e che una differenziazione di trattamento è discriminatoria, ai sensi dell'articolo 14, se non ha una giustificazione obiettiva e ragionevole, vale a dire se non vi è ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (sentenza della Grande Camera, 6 luglio 2005, *Stec e altri c. Regno Unito*). In tale quadro, non è condivisibile l'assunto del Tribunale di Lucera che prospetta la violazione dell'art. 14 della Cedu in base alla circostanza che la gran parte dei giudizi destinati all'estinzione sono stati introdotti da braccianti agricoli precari i quali, in virtù della norma censurata, riceverebbero prestazioni non riconosciute alle altre categorie di lavoratori, non potendosi far discendere la lesione del principio di non discriminazione da situazioni individuali o dalle condizioni soggettive del singolo ricorrente o dei destinatari del provvedimento censurato (così la sentenza sopra citata del 16 marzo 2010 e, nello stesso senso, le altre pronunce sopra richiamate).

2. — *Irretroattività decadenze previdenziali* — I nuovi termini di decadenza previdenziale previsti nel 2011 dal governo Berlusconi non possono essere retroattivi. Il limite della prescrizione decennale, a cui andavano incontro le domande giudiziali volte a ottenere l'adeguamento delle prestazioni previdenziali già riconosciute per un importo inferiore al dovuto, è

---

ge 15 luglio 2011, n. 111, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, della Costituzione, in relazione agli artt. 6 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, nonché agli artt. 102 e 111 Cost., per violazione dell'art. 6 della predetta Convenzione, e agli artt. 24, 97 e 38, commi 1 e 2, Cost., dal Tribunale ordinario di Lucera.

stato sostituito dalla decadenza triennale per le domande di accessori del credito (e cioè alla medesima decadenza prescritta per le domande di riconoscimento del diritto stesso alla pensione) e dalla prescrizione quinquennale per le domande di corresponsione di ratei arretrati. Ciò che viene in discussione di fronte alla Corte non è tanto la diversa e più articolata fissazione dei termini per la richiesta di prestazioni previdenziali accessorie o di ratei arretrati prevista dal legislatore del 2011, bensì unicamente il fatto che i nuovi termini di decadenza e prescrizione siano resi retroattivamente applicabili «anche ai giudizi pendenti in primo grado». Come più volte chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, l'efficacia retroattiva della legge trova, in particolare, un limite nel «principio dell'affidamento dei consociati nella certezza dell'ordinamento giuridico», il mancato rispetto del quale si risolve in irragionevolezza e comporta, di conseguenza, l'illegittimità della norma retroattiva. Inoltre, in linea con tale indirizzo, la Corte ha sempre sottolineato come il principio dell'affidamento trovi applicazione anche in materia processuale e risulti violato a fronte di soluzioni interpretative, o comunque retroattive, adottate dal legislatore rispetto a quelle affermatesi nella prassi. Con ancor più puntuale riguardo a disposizioni processuali sui termini dell'azione, la Corte ha poi comunque escluso che l'istituto della decadenza tolleri, per sua natura, applicazioni retroattive, «non potendo logicamente configurarsi una ipotesi di estinzione del diritto […] per mancato esercizio da parte del titolare in assenza di una previa determinazione del termine entro il quale il diritto […] debba essere esercitato» (sentenza n. 191 del 2005). Nella specie, la norma censurata (art. 38, comma 4, del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111), per contro, prevede che il diritto ad accessori o ratei arretrati di già riconosciute prestazioni pensionistiche – diritto il cui titolare confidava, sulla base della pregressa consolidata giurisprudenza, essere unicamente soggetto alla prescrizione decennale – si estingua (in assenza di una già ottenuta decisione di primo grado), ove la domanda – di accessori o di ratei arretrati – non risulti, rispettivamente, proposta nel più ridotto termine triennale di decadenza o in quello quinquennale di prescrizione. La Corte costituzionale, con sentenza n. 69/2014 (2), ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzio-

(2) Corte cost. 2 aprile 2014, n. 69 – Pres. Silvestri, Est. Morelli:

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 38, comma 4, del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111, nella parte in cui prevede che le disposizioni di cui al comma 1, lettera d*, si applicano anche ai giudizi pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore del presente decreto.*

nale, per violazione dell'art. 3, comma 2, Cost., della norma impugnata in ragione del *vulnus* arrecato al principio dell'affidamento.

3. — *Sanzioni penali per omissione contributiva* — Non è illegittimo punire con la sanzione penale della reclusione fino a tre anni (senza prevedere alcuna soglia di punibilità), e della multa fino a 1032,00 euro il datore di lavoro che omette il versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti. La Corte, nel respingere la questione sollevata dal Tribunale di Imperia con sentenza n. 139/2014 (3), ha anzitutto sottolineato che il mancato adempimento dell'obbligo di versamento dei contributi previdenziali determina un rischio di pregiudizio del lavoro e dei lavoratori, la cui tutela è assicurata da un complesso di disposizioni costituzionali contenute nei princìpi fondamentali e nella parte I della Costituzione (artt. 1, 4, 35, 38 della Costituzione). La finalità della norma sospettata di illegittimità costituzionale (art. 2, comma 1-*bis*, del d.l. n. 463/1983, convertito in legge 11 novembre 1983, n. 638) è quella di ovviare al fenomeno costituito dalla grave forma di evasione, quale quella contributiva, con un inasprimento delle sanzioni, prevedendo, per il datore di lavoro, sia la reclusione sia la sanzione pecuniaria nell'ipotesi di mancato versamento dei contributi trattenuti sulla retribuzione dei lavoratori. La previsione invocata dal giudice ligure quale termine di raffronto (che punisce «con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituti, per un ammontare superiore a cinquantamila euro per ciascun periodo di imposta») rientra, invece, nella disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto. Essa è stata dettata in attuazione della «Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario», i cui princìpi e criteri direttivi indicano la diversa finalità perseguita dal legislatore penale nel prevedere «un ristretto numero di fattispecie […] caratterizzate da rilevante offensività per gli interessi dell'erario», con «soglie di punibilità idonee a limitare l'intervento penale ai soli illeciti economicamente significativi».

---

(3) Corte cost. 21 maggio 2014, n. 139 – Pres. Silvestri, Est. Napolitano:

*dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1-*bis*, del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463 (Misure urgenti in materia previdenziale e sanitaria e per il contenimento della spesa pubblica, disposizioni per vari settori della pubblica amministrazione e proroga di taluni termini), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 11 novembre 1983, n. 638, sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Imperia.*

Quanto precede dimostra, ancora una volta, l'impraticabilità del raffronto posto dal rimettente a sostegno della censurata omessa previsione della soglia di non punibilità nella disciplina dell'omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti, in quanto l'evidente eterogeneità delle norme in comparazione costituisce espressione di autonome scelte del legislatore, non irragionevoli e neppure arbitrarie in considerazione della natura e dell'intensità degli interessi protetti, ai quali corrisponde la modulazione degli interventi sanzionatori ispirati a scelte punitive differenziate.

I

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 6 marzo 2014, causa C-458/12, Sezione Nona – Est. J. Malenovský – Lorenzo Amatori e altri c. Telecom Italia Spa.

Trasferimento di azienda – Direttiva n. 2001/23/Ce – Ramo aziendale non preesistente – Rapporti di lavoro – Legittimità della successione del cessionario al cedente.

L'art. 1, paragrafo 1, lettere a *e* b*, della Direttiva n. 2001/23/Ce del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento.*

L'art. 1, paragrafo 1, lettere a *e* b*, della Direttiva n. 2001/23/Ce deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui, dopo il trasferimento della parte di impresa considerata, tale cedente eserciti un intenso potere di supremazia nei confronti del cessionario. (1)*

II

CASSAZIONE, 9 maggio 2014, n. 10128, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Tricomi, P.M. Giacalone (conf.) – Telecom Italia Spa (avv.ti Maresca, Boccia, Romei) c. C.A. e C.F. (avv. Bolognesi).
Conf. Corte d'Appello Roma n. 6352/2011.

Trasferimento di azienda – Art. 2112 cod. civ. – Rapporti di lavoro – Successione del cessionario al cedente – Necessità della preesistenza del ramo aziendale.

Per ramo autonomo d'azienda deve intendersi, ai fini della trasferibilità dello stesso, ogni entità economica organizzata in maniera stabile che, in occasione del trasferimento, conservi la propria identità, presupponendosi dunque una preesistente realtà produttiva funzionalmente autonoma e non anche una struttura produttiva creata ad hoc *in occasione del trasferimento. Il ramo d'azienda ceduto può comprendere anche beni immateriali, ma non può mai ridursi solo a essi. (2)*

III

CASSAZIONE, 15 aprile 2014, n. 8756, Sez. lav. – Pres. Stile, Est. Bandini, P.M. Celeste (conf.) – Telecom Italia Spa (avv.ti Maresca, Boccia, Romei) c. F.A. (avv.ti Luberto, Montaldo).
Conf. Corte d'Appello L'Aquila n. 672/2010.

Trasferimento di azienda – Art. 2112 cod. civ. – Rapporti di lavoro – Successione del cessionario al cedente – Necessità della preesistenza del ramo aziendale.

Per ramo autonomo d'azienda deve intendersi, ai fini della trasferibilità dello stesso, ogni entità economica organizzata in maniera stabile che, in occasione del trasferimento, conservi la propria identità, presupponendosi dunque una preesistente realtà produttiva funzionalmente autonoma e non anche una struttura produttiva creata ad hoc *in occasione del trasferimento. Il ramo d'azienda ceduto può comprendere anche beni immateriali, ma non può mai ridursi solo a essi. (3)*

(1-3) LA RILEVANZA DEL CONSENSO DEL LAVORATORE NELLE OPERAZIONI DI ESTERNALIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. L'(apparente) contrasto tra la giurisprudenza europea e quella nazionale riguardo all'indispensabilità della «preesistenza» del ramo aziendale. — 2. La «neutralità» della Direttiva n. 2001/23/Ce riguardo all'obbligo del lavoratore di seguire il ramo ceduto. — 3. L'art. 2112 cod. civ. quale fonte soltanto dei diritti del lavoratore. — 4. L'art. 2558 cod. civ. quale fonte degli obblighi del lavoratore.

1. — *L'(apparente) contrasto tra la giurisprudenza europea e quella nazionale riguardo all'indispensabilità della «preesistenza» del ramo aziendale* — Alla luce di alcune recenti decisioni in tema di trasferimento di azienda la giurisprudenza nazionale e quella europea sembrano esser entrate in rotta di collisione.

La Corte di Cassazione (1), infatti, continua a ribadire che, affinché possa individuarsi un trasferimento di ramo aziendale, questo deve esser dotato di una propria autonomia funzionale e organizzativa, che può rilevarsi sul piano oggettivo soltanto in ragione della «preesistenza» del ramo rispetto al momento del trasferimento. Al riguardo la giurisprudenza della Corte di legittimità appare rimasta sinora del tutto indifferente alle modifiche recate dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 al testo dell'art. 2112 cod. civ. come in precedenza riscritto dall'art. 1 del d.lgs. n. 18/2001. Come è noto, quest'ultima norma aveva introdotto nel testo dell'art. 2112 cod. civ. la specificazione che per trasferimento d'azienda debba intendersi «… 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…». Nelle dichiarate intenzioni del legislatore del 2003 (2) vi era quella di superare il re-

(1) Cass. 15 aprile 2014, n. 8756; Cass. 9 maggio 2014, n. 10128; ma già in precedenza nel medesimo senso vd. Cass. 4 dicembre 2012, n. 21711, e Cass. 21 novembre 2012, n. 20422, con nota di F. Aiello, *Autonomia e preesistenza del ramo d'azienda ceduto: al datore di lavoro una mera facoltà ricognitiva*, in q. *Riv.*, II, 2013, pp. 642 ss.; per la giurisprudenza di merito, esplicitamente nel senso della necessità del requisito della preesistenza affinché si realizzi un trasferimento di ramo aziendale anche dopo il d.lgs. n. 276/2003, vd. Trib. Ravenna 22 gennaio 2013, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2013, p. 73; Trib. Milano 29 febbraio 2008; Trib. Roma 3 marzo 2008, con nota di A. Raffi, in q. *Riv.*, II, 2008, p. 673.

(2) R. De Luca Tamajo, M.T. Salimbeni, *Il trasferimento d'azienda*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, tomo 2, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2009, pp. 1281 ss.; A. Maresca, *Modifica all'articolo 2112, comma 5, del codice civile (Commento all'art. 32)*, in *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, p. 395; C. Cester, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, II, Milano, 2004, p. 238; V. Nuzzo, *La Suprema Corte e il ramo di azienda: ancora sul controverso requisito della preesistenza dell'articolazione funzionalmente autonoma*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, p. 202; F. Fusco, *Il trasferimento di ramo d'azienda: interesse ad agire, violazione della procedura sindacale e autonomia del ramo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1110; M. Emanuele, *È legittimo il trasferimento frazionato di ramo di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 416; V. Luciani, *Trasferimento di azienda e dei lavoratori: il bilanciamento di interessi nell'evoluzione dell'art. 2112 cod. civ.*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, p. 566; E.

quisito della «preesistenza» dell'azienda, in particolare nel caso di cessione di un ramo aziendale, con l'introduzione di un comma che estende l'ambito di applicazione delle previsioni dell'art. 2112 cod. civ. anche 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*». Tant'è che alcuni Autori (3) hanno ravvisato un'assoluta inconciliabilità di tale estensione operata dal diritto nazionale con il disposto della Direttiva n. 2001/23/Ce, che implicitamente prescrive il requisito della «preesistenza» dell'azienda o del ramo aziendale trasferito laddove prevede che debba trattarsi di «un'entità economica che *conserva la sua identità*» (art. 1, par. 1, lett. *b*). Altri Autori (4), invece, al fine di salvaguardare la compatibilità della novella del 2013 con il disposto della direttiva, hanno ritenuto necessitata una lettura «riduttiva», secondo cui al momento della cessione sarebbe legittimo operare soltanto una ricognizione del ramo aziendale già esistente oggetto della stessa cessione, ma non anche la costituzione di un ramo *ex novo*.

La Corte di Giustizia, con la pronuncia adottata il 6 marzo 2014 nella causa C-458/12 (5), ha deluso le speranze riposte in un suo intervento demolitorio o riduttivo della modifica apportata dal d.lgs. n. 276/2003 al testo dell'art. 2112 cod. civ. E infatti i giudici di Lussemburgo hanno confermato che l'impiego del verbo «conservare» nel testo della direttiva (6) «… implica che l'autonomia dell'entità ceduta deve, in ogni caso, preesistere al trasferimento. Pertanto, qualora risultasse, nel procedimento principale, che l'entità trasferita di cui trattasi non disponeva, anteriormente al trasferimento, di un'autonomia funzionale sufficiente – circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare –, tale trasferimento non ricadrebbe sotto la Direttiva n. 2001/23» (punti 34 e 35). Tuttavia gli stessi giudici hanno poi concluso che «ciò detto, la direttiva sopra menzionata non deve essere letta nel senso che vieti a uno Stato

---

Barraco, *Un nuovo oggetto di disciplina per l'art. 2112 cod. civ.: dal ramo d'azienda all'articolazione funzionalmente autonoma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 76.

(3) F. Mazziotti, *Trasferimento d'azienda e tutele dei lavoratori*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 621; A. Andreoni, *Impresa modulare, trasferimenti d'azienda e appalti interni: la* soft law *sul ciclo di produzione*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 192; R. Foglia, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria in materia di trasferimenti d'azienda*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 28, p. 208.

(4) A. Perulli, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, pp. 36 ss.; V. Bavaro, *Il trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Bari, 2006, p. 250; V. Speziale, *Appalti e trasferimento di azienda*, in *W.P. Csdle «M. D'Antona».IT*, n. 41/2006; M. Novella, M.L. Vallauri, *Il nuovo art. 2112*, in *Dir. lav. rel ind.*, 2005, p. 177; L. Menghini, *L'attuale nozione di ramo d'azienda*, in *Lav. giur.*, 2005, p. 434; C. Cester, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 52; R. Santagata, *Trasferimento del ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 615; F. Aiello, *op. ult. cit.*, p. 648.

(5) Corte Giust. Ue, 6 marzo 2014, C-458/12, *Amatori c. Telecom*.

(6) La Corte di Giustizia opera curiosamente il riferimento al testo dell'art. 6, par. 1, commi 1 e 4, della Direttiva n. 2001/23/Ce, invece che a quello dell'art. 1, par. 1, lett. *b*, che, a mio avviso, è ancor più chiaro al riguardo.

membro di prevedere un siffatto mantenimento dei diritti dei lavoratori nella situazione evocata al punto precedente della presente sentenza.

Dunque, la semplice mancanza di autonomia funzionale dell'entità trasferita non può, di per sé, costituire un ostacolo a che uno Stato membro garantisca nel proprio ordinamento interno il mantenimento dei diritti dei lavoratori dopo il cambiamento dell'imprenditore. Tale conclusione è corroborata dall'articolo 8 della Direttiva n. 2001/23, il quale dispone che quest'ultima non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative *più favorevoli ai lavoratori*» (punti 36, 39 e 40).

2. — *La «neutralità» della Direttiva n. 2001/23 riguardo all'obbligo del lavoratore di seguire il ramo ceduto* — Il contrasto tra la giurisprudenza della Cassazione e quella della Corte di Giustizia che queste pronunce sembrano rilevare è a ben vedere soltanto apparente. Un'analisi attenta ai distinti ambiti di competenza del diritto nazionale e del diritto europeo deve indurre a rifuggire da letture affrettate o strumentali che intendano ravvisare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia una sorta di patente di legittimità per l'estensione dell'obbligo del lavoratore di passare alle dipendenze dell'impresa cessionaria al seguito dei beni aziendali ceduti anche laddove quest'ultimi non costituiscano un'azienda o un ramo aziendale «preesistente», non siano cioè funzionalmente e organizzativamente autonomi già prima del momento della cessione.

Occorre al riguardo rilevare che quest'ultimo aspetto – nodale nel contenzioso giudiziale in materia di trasferimento di azienda in seno al nostro ordinamento nazionale al fine di decidere se a seguito della cessione di beni aziendali l'effetto traslativo dei rapporti di lavoro interessati intervenga automaticamente a norma dell'art. 2112 cod. civ. o, invece, necessiti del consenso dei lavoratori a norma dell'art. 1406 cod. civ. – non è affatto disciplinato dal disposto della Direttiva n. 2001/23 (7) e, pertanto, non può essere certo sciolto sulla base di questo. La Corte di Giustizia ha al riguardo chiarito che il diritto del lavoratore alla continuazione del rapporto di lavoro e alla conservazione dei diritti pregressi nelle ipotesi di trasferimento di azienda o di ramo aziendale deve essere garantito dagli ordinamenti degli Stati membri come diritto inderogabile dal cedente e/o dal cessionario (8), ma è rimessa alla sovranità regolativa statuale la competenza di qualificare tale diritto anche in termini di obbligo per il lavoratore di seguire il destino dell'azienda o del ramo cui è addetto o, invece, in termini di potestà, di cui il lavoratore può decidere discrezionalmente se avvalersi o meno (9). La

(7) In questo senso G. Santoro Passarelli, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 203; A. Lepore, *Trasferimento del ramo d'azienda e diritto di opposizione del lavoratore alla sua cessione (anche con riferimento al nuovo articolo 2112 cod. civ. in attuazione della Direttiva comunitaria n. 98/50)*, in q. *Riv.*, 2001, II, p. 366; con riferimento al testo della Direttiva n. 98/50, vd. M. Aimo, *Le Garanzie individuali dei lavoratori*, *ivi*, 1999, p. 862.

(8) Corte Giust. Ce, 25 luglio 1991, C-362/89, *D'Urso*, in *Racc.*, 1991, I, p. 4106; Corte Giust. Ce, 14 novembre 1996, C-305/94, *Rotsart de Hertaing*, in *Racc.*, 1996, I, p. 5927; Corte Giust. Ce, 12 marzo 1998, C-319/94, *Dethier*, in *Racc.*, 1998, I, p. 1092.

(9) Corte Giust. Ce, 16 dicembre 1992, C-132/91 e C-138/91, *Katsikas*, in *Racc.*, 1992, I, p. 6577, punto 32; Corte Giust. Ce, 7 marzo 1996, C-171/94 e C-172/94, *Mercks*, in *Racc.*, 1996, I, p. 1253, punto 16; Corte Giust. Ce, 24 gennaio 2002, C-51/00, *Temco*, in *Dir. lav.*, 2002, 1, p. 57, punto 35.

Corte di Giustizia ha ulteriormente precisato che in quest'ultima ipotesi, qualora il lavoratore si avvalga della facoltà di rimanere alle dipendenze dell'impresa cedente, la statuizione della Direttiva, secondo cui il trasferimento dell'azienda non può costituire di per sé un valido motivo di licenziamento (cfr. art. 4, par. 1), non può esser letta nel senso che la stessa imponga al cedente di mantenere quel lavoratore alle sue dipendenze anche qualora non possa essere utilmente impiegato nella organizzazione aziendale rimasta nella disponibilità dello stesso.

Gli Stati membri hanno quindi legittimamente recepito la direttiva con modalità differenziate per questo profilo: alcuni Stati hanno previsto il diritto/obbligo del lavoratore di continuare il rapporto di lavoro con l'impresa cedente (10); altri hanno disciplinato questo diritto come potestativo (11); altri ancora hanno previsto l'effetto automatico del trasferimento del rapporto di lavoro ma al contempo attribuendo al lavoratore un diritto di opposizione «discrezionale» (12). Quest'ultimi poi hanno disciplinato in modo ulteriormente diversificato gli effetti attribuiti dall'ordinamento nazionale all'esercizio di tale opposizione: l'annullamento del trasferimento del rapporto di lavoro (13) o il diritto al recesso dal rapporto con responsabilità imputabile al datore di lavoro cedente (14) o a quello cessionario (15).

È del tutto evidente pertanto che, se la direttiva europea si astiene dal dettare tassativamente un obbligo per il lavoratore alla traslazione soggettiva del rapporto di lavoro in favore del cessionario, e, invece, lascia tale scelta regolativa alla sovranità degli Stati membri, ogni estensione oggettiva del solo diritto alla conservazione dei diritti alle dipendenze del cessionario anche in ipotesi in cui non ricorra un trasferimento di azienda o di ramo aziendale nei termini prescritti dalla direttiva, non può che concretizzare una misura «più favorevole» per il lavoratore rispetto al (solo) disposto della direttiva stessa, come appunto si è espressa la Corte di Giustizia.

Non è, però, necessariamente vero che una tale previsione «estensiva» sia più favorevole al lavoratore anche rispetto al regime generale della successione contrattuale dettato dall'ordinamento nazionale. Questo è un profilo estremamente spinoso nei paesi che disciplinano il diritto alla continuazione del rapporto di lavoro anche in termini di obbligo per il lavoratore; problematicità che appunto emerge e rileva esclusivamente nel contesto regolativo nazionale, nel quale i giudici di Lussemburgo si sono ben guardati dall'addentrarsi nel rispetto degli ambiti di competenza statuali, seb-

(10) Francia, Spagna, Paesi Bassi, Belgio, Portogallo, Ungheria, Finlandia, Cipro, Repubblica ceca, Repubblica slovacca, Danimarca, Grecia, Lussemburgo, vd. M. Sargeant, *Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses*, Brussels, 2007; *National reports of XVth Meeting of European Labour Court Judges*, 3-4 September 2007, Bundesarbeitsgericht Erfurt, Germany; Ius laboris, *Transfer of undertakings guide*, Brussels, 2009.

(11) Regno Unito, Irlanda, Islanda, Lettonia, Svezia, Spagna.

(12) Germania, Polonia, Austria, ma quest'ultima soltanto a determinate condizioni: (a) se il cessionario rifiuta di applicare la disciplina convenzionale di tutela avverso il licenziamento garantita dal contratto collettivo applicato dal cedente; b) se il cessionario rifiuta di aderire a un fondo previdenziale di categoria cui aderiva il cedente).

(13) Germania, Svezia.

(14) Spagna.

(15) Polonia.

bene fossero stati sollecitati a spingersi in tale valutazione dall'ordinanza del giudice italiano rimettente (16).

Dalla motivazione della pronuncia si ha l'impressione che al Collegio giudicante sia apparsa così evidente e scontata la portata di miglior favore per i lavoratori di una tale misura nazionale «estensiva» dei diritti garantiti dalla direttiva da ritener superfluo sia esplicitare che tale *favor* vada rilevato in esclusivo rapporto al disposto della direttiva e al diritto europeo, sia far formulare all'Avvocato Generale le proprie conclusioni prima della definizione del caso (17). La delicatezza che assume la decisione del legislatore nazionale, di estendere l'ambito oggettivo di applicazione del diritto di continuazione del rapporto con il cedente nei contesti ordinamentali in cui lo stesso diritto costituisca al contempo anche un obbligo per il lavoratore, avrebbe dovuto indurre prudenzialmente la Corte quantomeno a indicare in modo chiaro ed esplicito nella motivazione della pronuncia, senza lasciare quest'onere alla ricostruzione degli interpreti, quale fosse il parametro in relazione al quale ha valutato come misura più favorevole una tale estensione: se il diritto europeo o il diritto nazionale. A ogni modo, seppur la sentenza possa senz'altro essere criticata per la sua laconicità, non mi pare se ne possa censurare il merito delle conclusioni, se tenute in debita considerazione sia la competenza della Corte di Giustizia sia il riparto di potestà regolativa tra Unione europea e Stati membri.

Sarebbe semmai potuta rientrare nell'ambito dei poteri di sindacato della Corte di Giustizia la verifica della compatibilità con la direttiva di una tale estensione «oggettiva» operata dal diritto nazionale sotto il profilo della osservanza del principio di non regresso dettato dall'art. 8 della stessa Direttiva: sindacare cioè se la legge italiana del 2003 abbia segnato un regresso rispetto al livello di tutela garantito in precedenza dall'ordinamento nazionale, in particolare in virtù del disposto del d.lgs. n. 18/2001, indebitamente giustificato dal legislatore nazionale in ragione dell'esigenza di recepire la direttiva (18). La legge delega n. 30/2003, infatti, ha indicato, tra le esigenze giustificative della modifica dell'art. 2112 cod. civ. (poi introdotte con l'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003), proprio quella di realizzare un «completo adeguamento della disciplina vigente alla normativa comunitaria, anche alla luce del necessario coordinamento con la legge 1° marzo 2002, n. 39, che dispone il recepimento della Direttiva n. 2001/23/Ce del Consiglio, del 12 marzo 2001» (art. 1, comma 2, lett. *p*), imputando così direttamente al diritto europeo la «responsabilità» della conseguente riduzione di tutele per i lavoratori nel contesto nazionale. Ma tale profilo di possibile incompatibilità con il diritto europeo non è stato sollevato dal giudice remittente e la Corte di Giustizia non ha potuto che astenersi dal valutarlo.

3. — *L'art. 2112 cod. civ. quale fonte soltanto dei diritti del lavoratore* — Se dunque la pronuncia della Corte di Giustizia non gioca alcun ruolo nell'interpretare il diritto

(16) In questo senso anche V. De Stefano, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla preesistenza del ramo ceduto: un nuovo caso di approccio «pro business» al trasferimento d'azienda?*, in *www.giustiziacivile.com*, p. 6.

(17) A norma dell'art. 20 dello Statuto della Corte di Giustizia «Ove ritenga che la causa non sollevi nuove questioni di diritto, la Corte può decidere, sentito l'Avvocato Generale, che la causa sia giudicata senza conclusioni dell'Avvocato Generale».

(18) Cfr. Corte Giust. Ce, sentenza 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, in *Racc.*, p. I-9981, punto 52.

nazionale circa l'obbligo del lavoratore alla continuazione del rapporto alle dipendenze dell'impresa cessionaria e l'ambito oggettivo di questo, gli elementi sistematico-ermeneutici per sciogliere tale nodo debbono essere ricercati tutti esclusivamente in seno all'ordinamento nazionale.

Al riguardo vanno condivise le conclusioni cui è giunta la Corte di Cassazione nelle recenti pronunce cui si è fatto riferimento in apertura, secondo cui – anche dopo la modifica del 2003 – è necessario che il ramo aziendale ceduto soddisfi il requisito della preesistenza affinché sorga l'obbligo del lavoratore di passare alle dipendenze del cessionario.

Né nella versione introdotta dalla legge n. 428/90 né in quelle successive il disposto dell'art. 2112 cod. civ. esplicita se il diritto del lavoratore alla continuazione del rapporto alle dipendenze del cessionario abbia per il lavoratore stesso un contenuto potestativo o anche obbligatorio: se questi cioè abbia la facoltà o l'obbligo – anche contro la sua volontà – di seguire il destino dell'azienda o del ramo aziendale cui era addetto.

Come noto, l'orientamento giurisprudenziale (19) e dottrinale (20) maggioritario sposa quest'ultima lettura valorizzando prevalentemente gli elementi testuali: la declinazione all'indicativo della previsione del comma 1 dell'art. 2112 cod. civ., secondo cui «il rapporto di lavoro continua con il cessionario», che non sembrerebbe lasciare alternative di sorta, e inoltre la facoltà (prevista dal comma 4) del lavoratore di rassegnare per giusta causa le dimissioni qualora le sue condizioni di lavoro subiscano una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda facoltà che implicitamente presupporrebbe che detto trasferimento abbia automaticamente comportato anche il passaggio del rapporto di lavoro alle dipendenze del cessionario.

Tuttavia tali elementi appaiono deboli e non incontrovertibili per poter rinvenire in essi l'autosufficiente fonte giuridica di una obbligazione del lavoratore di seguire automaticamente il destino dell'azienda o del ramo cui era addetto. E invero l'uso dell'indicativo al comma 1 dell'art. 2112 cod. civ. non esclude che questa previsione debba essere letta in combinazione sistematica con il disposto dell'art. 1406 cod. civ., e cioè nel senso che la continuazione del rapporto alle dipendenze del cessionario sia comunque condizionata all'assenso del lavoratore. La possibilità del lavoratore di recedere per giusta causa dal rapporto con il cedente ove intervengano mutamenti peggiorativi delle sue condizioni di lavoro, poi, attiene a vicende gestionali o contrattuali che possono intervenire successivamente al momento del trasferimento del contratto e, dunque, da tale facoltà di recesso non possono certo dedursi (direttamente o indirettamente) elementi utili a definire il regime giuridico che governa detto trasferimento (21). D'altronde

---

(19) Cfr. Cass. 7 marzo 2013, n. 5678, in *Mass. giust. civ.*, 2013; Cass. 30 luglio 2004, n. 14670, in *Il civilista*, 2010, p. 82; Cass. 22 luglio 2002, n. 10701, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 149; Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, *ivi*, p. 148; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, *ivi*, p. 148.

(20) R. De Luca Tamajo, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, p. 569; L. De Angelis, *La tutela del lavoratore ceduto*, in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, *Quad. dir. lav.*, 2, 2004, pp. 129 ss.; R. Romei, *Il trasferimento d'azienda e gli orientamenti della dottrina*, *ivi*, p. 293; Id., *Cessione di ramo di azienda e appalto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 349.

(21) F. Scarpelli, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT*, n. 20/2004, p. 13; F. Mazziotti,

questa disposizione recepisce tal quale la previsione dettata dall'art. 4, comma 2, della Direttiva n. 2001/23 e, come si è visto, questa non ha certo indotto la Corte di Giustizia a ravvisare un obbligo del lavoratore al trasferimento, ritenendo che al riguardo fosse piena la discrezionalità regolativa degli Stati.

A fronte della insufficienza di questi elementi alcuni interpreti hanno argomentato a sostegno della natura potestativa del diritto del lavoratore alla continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario, quantomeno nel caso di cessione di ramo d'azienda (22), spendendo le medesime argomentazioni che hanno indotto la dottrina e la giurisprudenza tedesca a schierarsi su questa posizione (23): il rispetto della libertà negoziale del lavoratore in un rapporto contrattuale che investe direttamente la sua persona nell'adempimento obbligatorio non potrebbe essere violentato al punto da obbligarlo a continuare il rapporto di lavoro con un soggetto imprenditoriale che non ha scelto.

Quest'ultima suggestiva ricostruzione sistematica, però, pecca nello svalutare la protezione giuridica che l'ordinamento nazionale tributa all'impresa che si declina come garanzia della sua funzionalità nei processi di circolazione della proprietà attraverso il mantenimento della unitarietà e continuità della organizzazione produttiva aziendale. Proprio nella finalità di preservare il valore sociale dell'impresa quale fonte di produzione di ricchezza e di lavoro, la giurisprudenza ha rinvenuto la giustificazione costituzionale della costrizione alla libertà negoziale individuale imposta dall'art. 2558 cod. civ., secondo cui l'acquirente dell'azienda subentra automaticamente nei contratti (stipulati dall'alienante) per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale, senza necessità che le controparti di detti rapporti contrattuali diano il loro assenso a tale subentro (24). Coerentemente la giurisprudenza non dubita che le previsioni degli artt. 2558 ss. cod. civ. in materia di cessione di azienda trovino diretta applicazione anche nella ipotesi di cessione di un ramo dell'azienda, ma a condizione che questo abbia quei caratteri di autonomia funzionale e organizzativa che consentano di qualificarlo – se esaminato separatamente dal resto della originaria e complessiva organizzazione aziendale – in termini di «azienda» a norma dell'art. 2555 cod. civ. (25).

Trasferimento d'azienda e tutele dei lavoratori, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 622; C. De Marchis, *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18*, in q. *Riv.*, 2001, I, p. 123.

(22) Cfr. F. Scarpelli, *op. ult. cit.*, pp. 11 ss.; Id., *Nozione di trasferimento di ramo di azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 150; Id., *«Esternalizzazioni» e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, 3, p. 362; V. Speziale, *Opinioni sul trasferimento d'azienda*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, pp. 719 ss.; F. Mazziotti, *op. ult. cit.*, p. 622; A. Vallebona, *Successione dell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, pp. 110 ss.; O. Porchia, *L'incidenza del diritto comunitario nell'interpretazione dell'art. 2112 del codice civile: rilevanza della manifestazione del consenso del lavoratore*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 154; P. O'Higgins, *«Il lavoro non è una merce». Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, pp. 304 ss.

(23) Cfr. S. Prechal, L.A. J. Senden, *Il contributo della cooperazione fra Corte di Giustizia e giudici nazionali alla formazione del diritto del lavoro europeo*, in *Lav. dir.*, 1998, pp. 551 ss.; U. Runggaldier, *Trasferimento d'azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, pp. 530 ss.

(24) G. Auletta, *Dell'azienda*, in *Libro quinto – Del lavoro (artt. 2555-2624 cod. civ.)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1946, pp. 2 ss.

(25) Cfr. Cass. 17 luglio 2013, n. 17470, in *Mass. Giust. civ.*, 2013; Cass. 23 gennaio 2012, n. 840, *ivi*, 2012, 1, p. 57; Cass. 29 aprile 1999, n. 4301, *ivi*, 1999, p. 973; in dottrina B.

Né può sostenersi che i contratti di lavoro andrebbero qualificati come contratti di «carattere personale» e – in quanto tali – non soggetti all'automaticità dell'effetto traslativo in favore dell'acquirente dell'azienda (26). Al riguardo occorre aderire a quell'orientamento dottrinale (27) e giurisprudenziale (28) secondo cui in tale categoria non debbono essere ricompresi tutti i contratti che si fondano sull'*intuitu personae*, ma esclusivamente quelli in cui la prestazione dovuta dalla parte che cede l'azienda sia «infungibile» per il contraente ceduto destinato a subire la sostituzione del cedente con il cessionario dell'azienda a seguito del trasferimento di questa a norma dell'art. 2558 cod. civ. D'altronde la facoltà del lavoratore di dimettersi dal rapporto *sine causa* a norma dell'art. 2118 cod. civ. o con attribuzione di responsabilità al nuovo datore di lavoro subentrato a norma dell'art. 2112, comma 4, cod. civ. appare offrire un'adeguata tutela sul piano negoziale e relazionale alla libertà «personale» dello stesso lavoratore.

4. — *L'art. 2558 cod. civ. quale fonte degli obblighi del lavoratore* — A mio avviso, dunque, deve esser condivisa la tesi della sussistenza di un obbligo del lavoratore di passare alle dipendenze del cessionario dell'azienda o del ramo aziendale, ma la fonte di tale obbligo deve esser rinvenuta direttamente nel disposto dell'art. 2558 cod. civ. e non già in quello dell'art. 2112 cod. civ. Quest'ultima norma codicistica si limita a dettare un regime speciale per i contratti di lavoro in deroga a quello generale dettato dagli artt. 2558 ss. cod. civ. per gli altri contratti che ineriscono alla organizzazione produttiva dell'azienda soltanto per quanto attiene la disciplina delle responsabilità del cedente e del cessionario, ma non per quanto attiene i requisiti del bene-azienda ceduto cui è condizionata l'automaticità e obbligatorietà dell'effetto traslativo del rapporto di lavoro in capo al cessionario (29).

A queste conclusioni consegue che, poiché, secondo l'insegnamento giurisprudenziale, l'art. 2558 cod. civ. è a presidio della unitarietà della organizzazione aziendale e

---

Libonati, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009, p. 120; G. Presti, M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2009, p. 52; F. Ferrara, F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, p. 151.

(26) V. Luciani, *Trasferimento di azienda e dei lavoratori: il bilanciamento di interessi nell'evoluzione dell'art. 2112 cod. civ.*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 562; S. Liebman, *Garanzie dei diritti individuali e autotutela sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, II, p. 151; *contra*, S. Piccininno, *Trasferimento di azienda, rapporti di lavoro e autonomia privata*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 679; A. Lepore, *Trasferimento del ramo d'azienda e diritto di opposizione del lavoratore alla sua cessione (anche con riferimento al nuovo articolo 2112 cod. civ. in attuazione della Direttiva comunitaria n. 98/50)*, in q. *Riv.*, 2001, II, p. 367.

(27) G.E. Colombo, *L'azienda*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, Padova, 1979, pp. 82 ss.; G. Ferrari, voce *L'azienda*, in *Enc. dir.*, pp. 720 ss.; G. Manzini, *La cessione d'azienda, iscrizione nel registro delle imprese e successione nei contratti, cessione dei crediti e responsabilità per i debiti dell'impresa ceduta*, in *Contratto impresa*, 1998, pp. 1276 s.

(28) Cass. 22 luglio 2004, n. 13651, in *Mass. giust. civ.*, 2004, pp. 7-8; Cass. 2 marzo 2002, n. 3045, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 163; Cass. 12 aprile 2001, n. 5495, in *Contratti*, 2002, p. 266.

(29) Trib. Genova 24 maggio 1989, in *Le Società*, 1989, p. 1268, con nota di D. Bonvincini; G.E. Colombo, *op. ult. cit.*, pp. 83 ss.

della continuità dell'attività imprenditoriale intrapresa a mezzo di questa (30), la obbligatorietà della successione del cessionario nei contratti impiegati per l'esercizio dell'impresa non può che operare esclusivamente a tutela di un'organizzazione già in essere al momento della cessione, e cioè «preesistente» a questa. Non può certo preservarsi la continuità di una organizzazione aziendale futura, seppur progettata e da realizzarsi utilizzando parte dei beni (materiali e immateriali) precedentemente impiegati dall'azienda del cedente, ma necessariamente da riorganizzare tra loro o eventualmente da accorpare e integrare con un'altra azienda o con altri beni nella disponibilità del cessionario (31). Pertanto, laddove ricorra la preesistenza di un'azienda e di un

(30) Cfr., sul punto, Cass. 7 novembre 2003, n. 16724, in *Giur. it.*, 2004, p. 1204, secondo cui «la successione del nuovo imprenditore nei rapporti contrattuali inerenti all'azienda e non aventi carattere personale, quale effetto del trasferimento dell'azienda, risponde all'esigenza di assecondare la circolazione dei valori economici rappresentati dai contratti stipulati dall'imprenditore e di attuare nel maggior grado possibile il trasferimento della *potenzialità produttiva e dell'avviamento dell'azienda*, rendendo possibile all'imprenditore subentrante (indipendentemente dal consenso dei terzi che hanno concluso i relativi contratti col precedente imprenditore, ai quali l'ordinamento riconosce soltanto la facoltà di recedere dai contratti per giusta causa, nei modi e con gli effetti previsti dal comma 2 dell'art. 2558 cod. civ.) l'acquisto di elementi fondamentali dell'avviamento, quali sono i rapporti contrattuali costituiti per l'esercizio dell'impresa». A seguito delle sollecitazioni operate dal diritto europeo, la giurisprudenza di legittimità appare aver finito per aderire a quell'orientamento dottrinale che ritiene che non vi possa essere azienda senza impresa, quali profili inscindibili – il primo statico e il secondo dinamico – di una stessa fattispecie, così che non può esservi cessione d'azienda senza cessione di un'attività produttiva già iniziata e condotta dal cedente, seppur parziale rispetto all'attività complessiva dell'impresa di quest'ultimo: cfr. G. Oppo, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 596; Id., voce *Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, p. 16; P.G. Jaeger, *Note critiche sull'inizio dell'impresa commerciale*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 756; F. Carnelutti, *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 68; L. Mossa, *ivi*, p. 71; *contra*, per una distinzione sostanziale e oggettiva tra impresa e azienda, cfr. V. Asquini, *ivi*, p. 66; F. Galgano, *L'imprenditore*, Bologna, 1974, p. 77.

(31) In questo senso specificatamente Cass., Sez. III, 3 dicembre 2009, n. 25403, in *Guida dir.*, 2010, n. 4, p. 37; Cass. 10 ottobre 2008, n. 24913, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 10, p. 1464; Cass., Sez. trib., 8 maggio 2013, n. 10740, in *Mass. giust. civ.*, 2013; Cass. civ., Sez. trib., 22 gennaio 2013, n. 1405, *ivi*; Cass., Sez. trib., 30 gennaio 2007, n. 1913, in *Mass. giust. civ.*, 2007, 1, secondo cui «carattere precipuo dell'azienda, secondo la nozione civilistica dell'istituto, è "l'organizzazione dei beni finalizzata all'esercizio dell'impresa", intesa come attività di coesione funzionale alla realizzazione di un rapporto di complementarietà strumentale tra beni destinati alla produzione. Pertanto, se va ravvisata una cessione di azienda tutte le volte in cui la relativa convenzione negoziale abbia avuto a oggetto il trasferimento di beni organizzati in un contesto produttivo (anche solo potenziale) dall'imprenditore per l'attività d'impresa, *occorre pur sempre che il complesso di beni sia già organizzato come tale dal precedente imprenditore*. Perché se è vero che non si richiede che l'esercizio di impresa sia attuale bastando la preordinazione dei beni strumentali tra loro interdipendenti a integrare la potenzialità produttiva dell'azienda che permane ancorché non risultino cedute le pregresse relazioni finanziarie commerciali e personali, è altresì vero che *deve comunque preesistere tale collegamento funzionale per farne oggetto di cessione nella sua interezza da parte della venditrice*. […] L'alienazione d'azienda, invero, presuppone il passaggio non di uno o più beni considerati nella loro individualità giuridica, ma di un *insieme organicamente finalizzato* ex ante *all'esercizio di un'attività di impresa*». Per le medesime considerazioni ma direttamente sulla base del disposto dell'art. 2112 cod. civ. vd. G. Santoro

ramo aziendale la cui continuità funzionale è sistematicamente e indubitabilmente preservata dal disposto dell'art. 2558 cod. civ., si produce in via automatica un effetto traslativo della titolarità del rapporto di lavoro dal cedente al cessionario, senza necessità dell'assenso del lavoratore. Laddove invece l'oggetto della cessione sia diverso e sia qualificabile in termini di semplici beni, seppur potenzialmente idonei a costituire una «futura» azienda, non può che trovare applicazione il regime generale della cessione contrattuale dettato dall'art. 1406 cod. civ., che condiziona necessariamente il trasferimento della titolarità del rapporto contrattuale dal cedente al cessionario all'assenso del contraente «ceduto».

L'art. 2112 cod. civ. – esattamente come la Direttiva n. 2001/23, seppur su un diverso livello di regolazione – è estraneo alla disciplina delle condizioni in cui, oltre al diritto del lavoratore alla continuazione del rapporto di lavoro alle dipendenze del cessionario, ne sussista anche l'obbligo; questa norma codicistica si limita a disciplinare esclusivamente le ipotesi in cui sussiste il diritto del lavoratore e i contenuti di questo diritto. È invece l'art. 2558 cod. civ. a individuare – negli spazi di sovranità lasciati dalla direttiva agli Stati membri – le ipotesi in cui ricorra quest'obbligo del lavoratore, esattamente nei medesimi termini in cui ricorre per gli altri contraenti che hanno concluso rapporti contrattuali impiegati nell'esercizio dell'impresa.

Alla luce delle su esposte considerazioni, mi pare si debba convenire che, sebbene l'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 abbia esteso l'ambito di applicazione delle previsioni dell'art. 2112 cod. civ. anche al trasferimento di rami aziendali non preesistenti, ma «perimetrati» al momento del trasferimento, senza per questo violare il disposto della Direttiva n. 2001/23, così come ritenuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza emessa nella causa C-458/12, la stessa norma non ha tuttavia dettato l'automaticità della traslazione del rapporto di lavoro in capo al cessionario nelle ipotesi di cessione di aziende o rami aziendali non preesistenti e meramente potenziali, né tanto più in quelle di cessione di meri aggregati di beni. Quest'ultime ipotesi, infatti, restano estranee all'ambito di applicazione dell'art. 2558 cod. civ.: unica fonte dell'obbligo del lavoratore di seguire il destino dell'azienda, o del ramo aziendale cui era addetto, in deroga al disposto dell'art. 1406 cod. civ., che invece richiede l'assenso del contraente ceduto ai fini del perfezionamento della cessione contrattuale. Pertanto detto assenso individuale del ceduto è e rimane indispensabile in tutte le altre ipotesi non riconducibili all'art. 2558 cod. civ., ivi compresa quella introdotta dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003, estendendo l'ambito oggettivo di applicazione dei soli diritti garantiti al lavoratore dall'art. 2112 cod. civ.

Tali conclusioni appaiono supportate anche dalla esigenza di preservare la coerenza sistematica dell'ordinamento positivo, che non potrebbe certo dettare una disciplina speciale della cessione contrattuale meno favorevole per il lavoratore rispetto al regime generale, dettato per tutti le altri parti contrattuali dell'impresa in rapporti strumentali all'esercizio dell'azienda, senza inevitabilmente confliggere con le garanzie di rango costituzionale che gli artt. 2 e 4 Cost. prestano a tutela del lavo-

---

Passarelli, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 197; Id., *Sulla nozione di trasferimento d'azienda tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1961; A. Lepore, *Il trasferimento d'azienda tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Mass. giur. lav.* 2001, p. 191.

ratore e che l'art. 3 Cost. offre a presidio della ragionevolezza e giustificatezza delle differenze di trattamento normativo applicabile anche ai rapporti contrattuali tra privati.

A questa esigenza si è aggiunta, da ultimo, quella di garantire la effettiva fruibilità della tutela giudiziaria di cui all'art. 24 Cost., considerato che l'art. 32, comma 4, lett. *c*, della legge n. 183/2010 ha dettato un termine decadenziale di 60 giorni entro cui il lavoratore deve impugnare stragiudizialmente la legittimità della traslazione del rapporto di lavoro a seguito del trasferimento di azienda (32). Deve ragionevolmente ritenersi che entro un così ristretto termine (33) si possa verificare e valutare se ricorrano i termini di un trasferimento di un'azienda o di un ramo aziendale preesistente al momento della cessione, non certo di un'azienda che, seppur organizzata sulla carta, inizi operativamente la sua attività imprenditoriale solo dal momento della intervenuta cessione contrattuale.

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

(32) E. Gragnoli, *L'impugnazione di atti diversi dal licenziamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, p. 242; M. Novella, *Prescrizione e decadenza*, in *Trattato di diretto del lavoro* da F. Carinci, M. Persiani, IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo II, *Diritti e obblighi*, a cura di M. Marazza, 2012, pp. 1992 ss.; C. A. Nicolini, *L'evoluzione del regime delle decadenze nei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 613 ss.; M. Menghini, *Le decadenze per l'impugnazione del recesso, del trasferimento geografico e del trasferimento d'azienda*, in M. Miscione, D. Garofalo (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, Milano, 2011, pp. 371 ss.

(33) Cfr. M. Menghini, *op. ult. cit.*, p. 372.

CASSAZIONE, 22 aprile 2014, n. 9090, Sez. lav. – Pres. Stile, Est. Mancino, P.M. Giacalone (conf.) – A. e altri (avv.ti Muggia e Cossu) c. Telecom Italia Spa (avv.ti Maresca, Degli Occhi, Nobili e D'Alessandrio) nonché c. Inps (avv.ti Coretti, Correra e Maritato).
Conf. Corte d'Appello Torino, 20 dicembre 2006.

Trasferimento di azienda – Contratto in frode alla legge – Motivo illecito – Prognosi favorevole continuazione attività produttiva – Licenziamenti collettivi.

Il risultato, proprio della cessione di azienda, di dismettere la veste di imprenditore e datore di lavoro, con le relative obbligazioni, non può in nessun caso considerarsi vietato dalle norme di garanzia dei lavoratori, atteso che l'applicazione di esse non dipende dall'esserne destinatario un soggetto, anziché un altro; mentre, neppure il motivo illecito (a prescindere dal mancato accertamento in concreto della comunanza a entrambi i contraenti) è configurabile, ove si consideri che ragione determinante di un trasferimento di titolarità di beni ben può essere, del tutto lecitamente, proprio quella di addossare ad altri soggetti obbligazioni e oneri connessi. Dal sistema di garanzie apprestato dalla legge n. 223 del 1991 non è possibile enucleare un precetto che vieti, ove siano già in atto situazioni che possano portare 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. La validità della cessione, cioè, non è condizionata alla prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva e, di conseguenza, all'onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario. Si tratta, del resto, di un diritto dell'imprenditore costituzionalmente garantito (art. 41 Cost.), non confliggente con altri diritti costituzionali, considerato che i princìpi generali di tutela della persona e del lavoro non si traducono nel diritto al mantenimento di un determinato posto di lavoro, dovendosi piuttosto riconoscere garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario. (1)

(1) LA FRODE ALLA LEGGE NEL TRASFERIMENTO DI RAMO DI AZIENDA

1. — La sentenza in commento è stata resa all'esito di un giudizio promosso da un numero consistente di lavoratori, i quali proponevano domanda di accertamento della prosecuzione del rapporto di lavoro con la Ico, ora Telecom Italia Spa o, in subordine, con Opc, ora Oci Consulting Srl, in ragione della nullità del conferimento di ramo d'azienda da Ico a Opc del 1995 e della nullità del complesso negozio di vendita del 1997 dalla Opc alla Opco deducendo, altresì, che non si sarebbe verificato né

l'effetto traslativo della titolarità dell'azienda, né il conseguente effetto automatico del mutamento del datore di lavoro. In particolare i lavoratori lamentavano la nullità del conferimento di ramo d'azienda, cui risultavano addetti, per violazione di norme imperative, antigiuridicità della complessiva operazione, illiceità della causa e dei motivi, frode alla legge.

Il giudice di primo grado, tralasciando l'esame della invocata nullità, rigettava la domanda sul presupposto assorbente che «l'effetto dell'eventuale statuizione di nullità non sarebbe stato mai quello domandato dai lavoratori, in considerazione della rilevanza della condotta dei lavoratori trasferitisi da un datore di lavoro all'altro e per l'avvenuto espletamento di prestazioni lavorative in favore del cessionario, in guisa di unico comportamento concludente delle parti agli effetti della cessione dei contratti di lavoro, *ex* art. 1406 cod. civ. (da Ico a Opc e da quest'ultima a Opco)».

La Corte territoriale, nel decidere il gravame proposto, confermava la decisione di prime cure, modificando però la motivazione: «esclusa l'antigiuridicità della complessiva operazione, per essere il diritto d'impresa, costituzionalmente garantito, comprensivo del diritto di mutare l'attività imprenditoriale, o l'oggetto, e per essere apprestate dall'ordinamento garanzie per i lavoratori: non già un divieto di cessione, bensì solo un obbligo di previa comunicazione alle organizzazioni sindacali e di esame congiunto».

La Suprema Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'operato del giudice di secondo grado, ha confermato la decisione della Corte d'Appello.

2. — Occorre preliminarmente evidenziare che, in merito alle questioni di diritto emerse nel corso del giudizio in esame, il giudice di legittimità aveva avuto già modo di pronunciarsi in precedenza, per cui la Corte di Cassazione ha ritenuto di doversi uniformare ai suoi precedenti arresti: posto che «la resistenza a un ricorso che esibisca un tale contenuto manchi del tutto o, comunque, non solleciti una revisione critica del precedente orientamento, affidandola a ragioni nuove e diverse da quelle disattese nelle precedenti occasioni, deve, invero, considerarsi indiscusso il «diritto vivente» che compete alla Corte di elaborare sia quale giudice della giurisdizione, sia quale suprema magistratura ordinaria preposta al controllo di legalità, e difettano elementi di tale gravità da esonerare la Corte stessa dal dovere di fedeltà ai propri precedenti, sul quale si fonda, per larga parte, l'assolvimento della funzione di assicurare l'esatta osservanza, l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale» (Cass. civ., Ss.Uu., 4 luglio 2003, n. 10615, in *Giur. it.*, 2004, p. 25).

3. — Le decisione dei giudici di legittimità si basa su due princìpi affermati: a) la cessione di ramo d'azienda può essere ricondotta a nullità non per mancanza di adeguata motivazione, ma perché la stima del valore non risulta veritiera; b) la validità della cessione non è condizionata alla prognosi favorevole dell'attività produttiva e, di conseguenza, all'onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario.

Sotto il primo profilo, premesso che gli amministratori delle società sono stati assolti da ogni ipotesi di reato all'esito dei relativi procedimenti penali, la Corte di Cassazione – «rimarcando il discrimine tra «stima mal motivata» e «stima non veritie-

ra» e riconnettendo solo a quest'ultima, giacché lesiva dell'interesse pubblico sotteso alle norme imperative poste a tutela del capitale sociale e nell'interesse dei creditori e dei terzi (artt. 2343, 2343-*bis*, 2629, n. 3, cod. civ.), la nullità, *ex* art. 1418 cod. civ., dell'atto di conferimento o di compravendita» – ha evidenziato che «le carenze addebitate alle stime rifluivano in un'inadeguata motivazione» e che «rappresentavano solo degli indizi, insufficienti, in quanto tali, a dimostrare che il risultato finale fosse errato».

4. — In merito al secondo profilo, invece, la Suprema Corte ha confermato il principio, anche questo già sancito in precedenza, secondo il quale «la validità della cessione non è condizionata alla prognosi favorevole dell'attività produttiva e, di conseguenza, all'onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario».

La sentenza in esame, infatti, riprende alla lettera la motivazione di Cass. 2 maggio 2006, n. 10108 (Con note critiche di E. Gragnoli e di L. Valente in q. *Riv.*, 2006, n. 4, II, pp. 663 ss.; pronuncia richiamata anche in Cass. 26 gennaio 2012, n. 1085, in *Dir. rel. ind.*, 2012, n. 4, pp. 1150 ss., con nota critica di I. Scanni), che per prima ha disatteso il precedente orientamento della giurisprudenza di merito il quale, in tema di trasferimento di azienda, in ipotesi simili a quella di specie, aveva interpretato estensivamente l'art. 1344 cod. civ. (Corte d'App. Napoli 23 marzo 2000, in *Lav. giur.*, 2001, pp. 948 ss., con nota di L. Venditti; Trib. Treviso 4 novembre 2003, in *Lav. giur.*, 2004, pp. 141 ss., con nota di F. Marchesan).

La Corte ritiene che «non sarebbe in frode alla legge, né concluso per un motivo illecito, il contratto di cessione d'azienda 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».

Occorre mettere in rilievo che, per operazioni economicamente complesse, quali quelle descritte dall'art. 2112 cod. civ., oltre agli innumerevoli rimedi prospettati dal diritto del lavoro è altresì utilizzabile lo strumento civilistico *ex* art. 1344 cod. civ., malgrado gli innumerevoli problemi che esso pone sul piano degli adempimenti probatori (G. Vidiri, *Il trasferimento d'azienda tra diritto al lavoro e libertà d'impresa*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza*, Milano, 2004, n. 2, pp. 37 ss.).

Il ragionamento della S.C. parte dal presupposto che il negozio in frode alla legge ha luogo quando, «pur rispettando la lettera della legge, costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa» (A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 572).

Giova ribadire, in proposito, che la dottrina civilistica differenzia due contrapposti orientamenti: oggettivo e soggettivo. Secondo il primo, cioè «oggettivo», il risultato conseguito dal negozio in frode alla legge è identico a quello vietato dalla norma elusa: quindi, se il negozio *contra legem* realizza la finalità vietata in via immediata, il contratto *in fraudem legis* lo consegue in via mediata (L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile*, vol. I, tomo II, Utet, Torino, 1986, pp. 726 ss.). In base all'impostazione «soggettiva», invece, si ha negozio in frode alla legge ove le parti, con intento elusivo, conseguono fini «analoghi» e non «identici» a quelli vietati dalla disposizione di legge violata (F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 250 ss.).

La Corte di Cassazione nella sentenza in commento sembra aderire all'impostazione oggettiva ove rileva che «la frode alla legge funziona come clausola generale di tipizzazione delle condotte tenute in violazione di norme imperative. Per mezzo di essa, e dunque a seguito del combinato disposto della norma imperativa speciale che pone il divieto e della norma imperativa generale che sanziona la frode (art. 1344 cod. civ.), sono tipizzate non solo le violazioni del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti, le violazioni mediate e indirette, non apparenti e occultate del medesimo».

La Corte individua, inoltre, le condizioni affinché possa configurarsi la frode alla legge: «a) che la norma imperativa abbia natura non formale ma materiale, nel senso che sia da essa enucleabile un precetto, non esplicitato, che vieti di raggiungere risultati sostanzialmente equivalenti a quelli espressamente vietati; b) che vi sia identità di risultato fra contratto espressamente vietato e contratto mezzo di elusione; c) che l'esclusione sia svelata da indici sintomatici» (così la sentenza in esame). Ciò sul presupposto di un vero e proprio collegamento negoziale tra più accordi contrattuali legittimi, i quali, nell'insieme, si rivelino funzionali al perseguimento di uno scopo vietato dall'ordinamento (Si veda, tra le altre, Cass. 21 luglio 2004, n. 13580, in *Giur. it.*, 2005, p. 925, con nota di G. Cassano).

La Suprema Corte, dopo aver qualificato l'operazione quale trasferimento di ramo d'azienda, ha escluso il carattere di illiceità (sia con riferimento all'art. 1344 cod. civ. che con riferimento all'art. 1345 cod. civ.), affermando che è possibile cedere parte dell'azienda al fine di «addossare ad altri la titolarità di obblighi e oneri conseguenti», sul presunto che «la validità della cessione non è condizionata alla prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva e, di conseguenza, all'onere del cedente di verificare la capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario». In altre parole, la sentenza rileva che, nel caso di specie, il motivo a base della complessa operazione societaria posta in essere non è viziato.

La norma da cui il giudice nomofilattico prende le mosse per argomentare la decisione in commento è la legge n. 223 del 1991, nella quale, afferma, non è ravvisabile «un precetto che vieti, ove siano già in atto situazioni che possano portare 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». Ne deriva, pertanto, sempre secondo il ragionamento della Suprema Corte di Cassazione, che, non esistendo alcun divieto, non può configurarsi frode alla legge.

Per la stessa Corte, dunque, il legislatore ha garantito i lavoratori con il regime di solidarietà per i crediti di lavoro e il divieto di licenziamento, ma non ha previsto limiti alla libertà dell'imprenditore di dismettere la propria azienda. In altre parole, «nello stipulare un contratto di trasferimento d'azienda le parti non hanno alcun dovere di proteggere gli interessi dei dipendenti, né di perseguirlo» (Nota di E. Gragnoli, in q. *Riv.*, 2006, n. 4, II, pp. 672 ss.; sulla distinzione fra il negozio in frode alla legge e quello lesivo degli interessi dei terzi, si veda U. Morello, voce *Frode alla legge*, in *Digesto sez. civ.*, vol. VIII, pp. 507 ss.).

5. — Ci si chiede, a questo punto, «se un imprenditore in crisi che ha deciso di cessare in tutto o in parte la sua attività sia libero di scegliere lo strumento per arrivare al risultato finale, vale a dire il licenziamento dei suoi dipendenti», ossia se egli «può

scegliere, ricorrendone i presupposti, tra un licenziamento individuale plurimo o un licenziamento collettivo; o ancora percorrendo la via del trasferimento del ramo d'azienda» (Come rilevato da L. Valente, in q. *Riv.*, 2006, n. 4, II).

La sentenza in esame risponde a tale quesito riportandosi totalmente al principio costituzionale secondo cui l'iniziativa economica è libera (art. 41 Cost.); mentre la dottrina e la giurisprudenza costituzionale aggiungono che tale libertà attiene sia al momento dell'iniziativa economica che alla fase dello svolgimento della stessa (M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1979, pp. 70 ss.). Tale premessa consente di affermare che la libertà sancita dall'art. 41 Cost., comma 1, non è incondizionata e illimitata, ma sconta delle limitazioni sancite dalla stessa norma ai commi 2 e 3, dagli artt. da 41 a 47 Cost. e dagli artt. da 1 a 4 Cost. (L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «princìpi» costituzionali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp. 600 ss., ove richiama L. Mengoni, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in Aa.Vv., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei paesi membri della Ceca*, Lussemburgo, 1958, p. 279: «l'intrapresa economica privata è libera, ma non rappresenta, neppure al di fuori del nocciolo duro dei limiti di cui al comma 2, l'oggetto di un principio illimitato»). Tale visione trova conforto nella teoria della «funzionalizzazione dell'impresa all'utilità sociale» di cui all'art. 41 Cost. [F. Mancini, *Commento all'art. 4 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione (artt. 1-12)*, Zanichelli, Bologna, 1975, pp. 213 ss.], ossia «la tendenza a imporre il mantenimento in vita dell'impresa ben al di là del suo interesse privatisticamente inteso, in funzione di un interesse eminentemente pubblico alla continuità dei rapporti di lavoro e alla salvaguardia congiunturale dei livelli di occupazione» (P. Ichino, *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana: teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano, p. 74). In tale ottica si pongono tutte le disposizioni presenti nel nostro ordinamento a tutela della parte contraente debole, ossia il lavoratore, tra le quali possiamo enucleare la stessa disciplina dei licenziamenti collettivi di cui alla legge n. 223 del 1991.

Le conseguenze che derivano dalla realtà economico-sociale su cui la sentenza va a incidere, fermo restando i limiti processuali riferiti al giudizio in commento, offre uno spunto di riflessione su quali siano i sistemi di tutela accordati dall'ordinamento giuridico per la regolamentazione del conflitto capitale-lavoro, sia pure nell'ambito dei princìpi costituzionali.

Detta altrimenti: rimanendo ancorati al caso di specie, si rinviene nel nostro ordinamento giuridico un obbligo di garanzia a carico dell'imprenditore verso i propri collaboratori da adempiere al momento dell'esercizio del diritto di dismissione? Dove finisce, nel sistema produttivo, l'obbligo del datore di lavoro (l'interesse dell'impresa) e dove comincia il diritto del prestatore di manodopera (la tutela del lavoro)?

Le basi argomentative per rispondere, in ogni caso, prendono le mosse dallo stesso art. 41 Cost., il cui principio, rinvenibile nel comma 1, è servito alla Suprema Corte di Cassazione per affermare l'assoluta mancanza di un obbligo a carico del datore di lavoro nel decidere il futuro della impresa.

Tale interpretazione, come è stato detto, offre una lettura monolitica del dettato costituzionale, la cui finalità per il Costituente non era quella di assegnare al sistema imprenditoriale uno strumento di arricchimento individuale, bensì uno strumento funzionale alla crescita economica del paese e del benessere collettivo, in cui la com-

ponente lavorativa trovi la più significativa espressione di realizzazione dei bisogni materiali e immateriali dell'uomo.

D'altro canto, non ci è dato sapere se, nel caso di specie, fossero state possibili altre qualificazioni della vicenda. Mancano, infatti, elementi sufficienti per stabilire se il ramo d'azienda ceduto fosse «dotato di una sua vita» precedentemente al negozio traslativo (R. Romei, *Il trasferimento d'azienda e gli orientamenti della dottrina*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza*, Milano, 2004, n. 2; C. Cester, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo di azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, n. 28). Così come risulta tardiva, giacché prospettata solo in sede di gravame, seppur con specifiche deduzioni inerenti la posizione lavorativa di ciascun lavoratore, la circostanza atta a provare che i lavoratori già prestassero la propria attività lavorativa per il ramo ceduto.

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

CASSAZIONE, 4 marzo 2014, n. 4984, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Arienzo, P.M. Matera (conf.) – N.D. (avv. Pelazza) c. Amsa Spa (avv.ti Zela, Vitali).

Conf. Corte d'Appello Milano, 30 dicembre 2010.

Controlli del datore di lavoro – Abuso dei permessi *ex* art. 33, legge n. 104/92 – Legittimità dei controlli occulti in presenza del sospetto di commissione di illeciti da parte del lavoratore – Utilizzabilità in giudizio delle prove acquisite da agenzia investigativa – Legittimità del licenziamento.

È legittimo il controllo del datore di lavoro a mezzo di agenzia investigativa nei confronti del lavoratore che utilizzi impropriamente i permessi previsti dall'art. 33 della legge n. 104/1992, in quanto siffatto controllo non ha a oggetto l'adempimento o l'inadempimento della prestazione lavorativa, ma lo svolgimento di una condotta fraudolenta suscettibile anche di rilevanza penale. (1)

(1) ABUSO DEI PERMESSI PER ASSISTENZA DISABILI E CONTROLLI OCCULTI

1. — La pronuncia in commento è incentrata su una problematica antica, eppure sempre attuale: i limiti e le modalità dei controlli del datore di lavoro. Nel caso di specie, la questione è ancora più delicata perché il controllo è finalizzato all'accertamento dell'utilizzo – improprio – dei permessi per l'assistenza dei disabili, concessi a norma dell'art. 33, comma 3, legge 5 febbraio 1992, n. 104.

Il lavoratore, occupato con qualifica di quadro del servizio legale della società, viene licenziato per giusta causa in seguito alla fruizione di un permesso *ex* legge n. 104/92 per fini estranei a quelli previsti dalla norma, in quanto, invece di assistere la madre invalida, parte per un *week-end* lungo «con amici e valigia al seguito, così mettendo fra sé e la finalità di assistenza una distanza e una previsione di rientro non prossimo che rendono del tutto evidente che il permesso è stato utilizzato per altra finalità, che la legge garantisce con l'apposito istituto delle ferie».

Il Tribunale di Milano, sul presupposto dell'illegittimità del controllo operato attraverso il pedinamento affidato a un'agenzia investigativa, ordina la reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro. La sentenza di appello ribalta la decisione, rilevando come il lavoratore non abbia contestato la veridicità dei fatti ma soltanto la liceità della metodologia di accertamento, che, nel caso di specie, risulta giustificata dall'abuso del diritto di cui all'art. 33, legge n. 104/92, suscettibile anche di rilevanza penale e comportante un danno sia nei confronti dell'Inps – che eroga l'indennità nei giorni di tale permesso – sia del datore di lavoro.

Il lavoratore ricorre alla Corte di Cassazione, adducendo la violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3 e 8 della legge 20 maggio 1970, n. 300, l'inesistenza del ragionevole sospetto per l'attivazione del cd. controllo occulto e, infine, l'assenza di pro-

porzionalità tra la sanzione comminata e l'illecito commesso. La Corte di Cassazione rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese legali.

2. — Il «cuore» della pronuncia in esame concerne l'indagine sulle finalità e modalità dei controlli del datore di lavoro, che se, da un lato, risultano strumentali all'esercizio del potere direttivo (Sul punto, vd. E. Costanzo, *Statuto dei lavoratori: commentario sistematico alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 38), dall'altro, incontrano gli argini posti dal Titolo I dello Statuto dei lavoratori a tutela della libertà e dignità del lavoratore. In tale prospettiva vanno interpretate le limitazioni contenute nella legge n. 300/70: la libertà di decisione imprenditoriale nello svolgimento dell'iniziativa economica non viene annullata, ma incanalata in una strada di correttezza e rispetto. Lo Statuto interviene laddove il controllo assuma forme intollerabili – depurandolo da ogni «aspetto poliziesco» (F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2005, p. 210) e neutralizzando «gli attentati più odiosi e macroscopici alla dignità della persona del lavoratore» (A. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 1995) – o si riveli comunque inessenziale alla realizzazione dell'interesse tipico del datore di lavoro (*Ex pluribus*, Cass. 17 giugno 1981, n. 3960).

Dalla disciplina contenuta nella legge n. 300/70 non è ravvisabile un generale divieto dei cd. controlli occulti (Vd., sul punto, A. Bellavista, *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, III, p. 541), in quanto l'art. 2 – che limita l'impiego delle guardie giurate alla mera tutela del patrimonio aziendale – e l'art. 3 – che impone la pubblicità dei nominativi e delle mansioni dei soggetti preposti alla vigilanza sull'attività lavorativa – «non precludono il potere dell'imprenditore di ricorrere alla collaborazione di soggetti, quale, nella specie, un'agenzia investigativa, per accertare eventuali mancanze dei dipendenti e tutelare i propri interessi» (In tal senso, vedi, *ex multis*: Cass. 31 ottobre 2013, n. 24580; Cass. 14 febbraio 2011, n. 3590; Cass. 7 giugno 2003, n. 9167; Cass. 18 febbraio 1997, n. 1455).

Alla luce di ciò, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato, nel corso degli anni, alcuni criteri per distinguere i controlli legittimi da quelli che non lo sono.

Innanzitutto, secondo un orientamento ormai consolidato, il datore di lavoro può ricorrere a tali controlli solo se siano «difensivi», cioè volti alla verifica della commissione di illeciti da parte del lavoratore e non riguardanti lo svolgimento della prestazione. Oggetto del controllo occulto non può essere «né l'adempimento, né l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale del lavoratore di prestare la propria opera» (Cass. n. 9167/2003, cit.; vd. anche Cass. 9 giugno 2011, n. 12568; Cass. 25 giugno 2009, n. 14950; Cass. 9 luglio 2008, n. 18821), ma la commissione di «violazioni di obbligazioni extracontrattuali penalmente rilevanti» (Cass. 23 giugno 2011, n. 13789. L'ipotesi tipica è quella del controllo rivolto ad accertare l'appropriazione di denaro da parte di cassieri: si tratta di un controllo legittimo se è assimilabile a quello esercitato da «una clientela attenta» e non avviene con modalità subdole o capziose).

Com'è stato osservato in dottrina (L. Nogler, *Sulle contraddizioni logiche della Cassazione in tema di diritto alla riservatezza del lavoratore subordinato*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, I, p. 111), in base a tale criterio la verifica di legittimità del controllo – e, di conseguenza, l'utilizzabilità delle prove così raccolte – sarebbe possibile solo *ex post*: «se viene accertato che il lavoratore ha commesso il fatto illecito allora l'eserci-

zio del potere di controllo è legittimo; se, viceversa, viene provata la non imputabilità del danno patrimoniale al lavoratore allora l'esercizio del potere di controllo viene considerato illegittimo». In riferimento a tale obiezione, alcune sentenze hanno evidenziato come l'attivazione dei controlli non presupponga necessariamente illeciti già commessi, ma sia sufficiente «il sospetto o anche la mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione» (Cass. n. 18821/2008, cit.; vd. anche Cass. n. 3590/2011, cit.).

Inoltre, è sicuramente ardua – o «del tutto artificiosa e improponibile» (A. Bellavista, *op. ult. cit.*, p. 542) – la distinzione tra controllo sulla prestazione e controllo sul comportamento illecito del dipendente, in quanto la vigilanza dell'investigatore privato deve necessariamente focalizzarsi sullo svolgimento dell'attività lavorativa per poter individuare i comportamenti irregolari. E in un settore delicato come quello del lavoro, nel quale è evidente la particolare implicazione dell'intera personalità del prestatore nell'esecuzione del contratto (Sul punto, vd. T. Bucalo, *Implicazione della persona e privacy nel rapporto di lavoro: considerazioni sullo Statuto dei diritti dei lavoratori*, in q. *Riv.*, 1976, I, p. 501), occorre fare molta attenzione all'ammissibilità dei controlli occulti, in considerazione della labilità del confine tra «potere di» e «potere su»: non si può trascurare che «l'ideale di ogni potente è sempre stato quello di vedere ogni gesto e di ascoltare ogni parola dei suoi soggetti, possibilmente senza essere visto né ascoltato» (N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, p. 18).

Alla luce dei rischi insiti nell'esercizio di tali controlli e nell'ottica di un corretto bilanciamento tra gli interessi da tutelare, emerge il principio dell'*extrema ratio*: i controlli occulti sono legittimi solo qualora siano inevitabili per l'accertamento di condotte illecite del lavoratore (Vd. Tribunale Milano 28 aprile 2009; Tribunale Varese 3 luglio 2013) e rispettino il principio di proporzionalità e/o adeguatezza tra il mezzo adoperato e la finalità dell'accertamento (Sul punto, cfr. P. Ichino, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 135).

3. — Tornando alla pronuncia in commento, è necessario chiedersi se i parametri sopra indicati siano stati rispettati e se, pertanto, i controlli esercitati siano legittimi, così come affermato dalla Corte di Cassazione.

Innanzitutto, si tratta di controlli difensivi, in quanto il datore di lavoro commissiona a un'agenzia investigativa il pedinamento del lavoratore al fine di accertare «attività fraudolente o penalmente rilevanti», cioè l'«abuso del diritto» attribuito dall'art. 33 della legge n. 104/92. «Ove l'esercizio del diritto soggettivo […] presupponga un'autonomia comunque collegata alla cura di interessi, soprattutto ove si tratti di interessi familiari tutelati nel contempo nell'ambito del rapporto privato e nell'ambito del rapporto con l'ente pubblico di previdenza, il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli richiesti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere pure riconosciuto dall'ordinamento. […] Deve ritenersi verificato un abuso del diritto potestativo allorché il diritto venga esercitato, come nella specie, non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività».

È evidente come, nel caso di specie, la condotta del lavoratore risulti fraudolenta sia nei confronti del datore di lavoro – «a cui carico restano per tali giornate l'accantonamento per il Tfr e i disagi per far fronte all'assenza» – sia dell'Istituto previdenziale che eroga l'indennità (Al riguardo, l'art. 24, legge 4 novembre 2010, n. 183, ha mo-

dificato l'art. 33, legge n. 104/92, e ha aggiunto il comma 7-*bis*: «Ferma restando la verifica dei presupposti per l'accertamento della responsabilità disciplinare, il lavoratore di cui al comma 3 decade dai diritti di cui al presente articolo, qualora il datore di lavoro o l'Inps accerti l'insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti»).

Per quanto concerne il *discrimen* tra controllo sulla condotta illecita e controllo sulla prestazione, la Corte di Cassazione, nella pronuncia in esame, afferma che «l'accertamento dell'utilizzo improprio dei permessi legge n. 104 del 1992, *ex* art. 33 (suscettibile di rilevanza anche penale), non ha riguardato l'adempimento della prestazione lavorativa, essendo stato effettuato al di fuori dell'orario di lavoro e in fase di sospensione dell'obbligazione principale di rendere la prestazione lavorativa».

Inoltre, il mandato del datore di lavoro all'agenzia investigativa non ha uno «scopo meramente esplorativo», ma scaturisce da un «ragionevole sospetto», consistente nella dichiarazione di due colleghi a cui il lavoratore avrebbe raccontato di essere andato in vacanza proprio nei giorni di fruizione dei permessi *ex* legge n. 104/92. La «soffiata» al datore di lavoro, se fatta spontaneamente da colleghi del lavoratore – e non in forza di un incarico occulto, espressamente vietato dall'art. 3 dello Statuto dei lavoratori – è lecitamente utilizzabile (Vd. G. Pera, *Il furto del lavoratore denunciato da colleghi*, in *Giust. civ.*, 1997, V, p. 1261). Analogamente, la consolidata giurisprudenza sulla cd. prassi delle malattie diplomatiche (finalizzate allo svolgimento di altra attività lavorativa o al godimento di ferie non autorizzate) conferma che il datore di lavoro non incorre in alcuna violazione dello Statuto dei lavoratori se viene casualmente a conoscenza di avvenimenti in grado di far dubitare dell'esistenza o della gravità della malattia denunciata e affida ad agenzie investigative l'incarico di accertare i fatti e di raccogliere le prove (Si veda, ad esempio, Cass. 3 maggio 2001, n. 6236; Cass. 14 aprile 1987, n. 3704).

Per la verifica dell'abuso dei permessi per l'assistenza dei disabili non sembrano sussistere valide alternative al pedinamento del lavoratore da parte di agenti investigativi: il controllo occulto si configura, pertanto, come l'*extrema ratio*, giustificata, a prescindere dall'entità patrimoniale del danno arrecato, da un fatto illecito talmente grave da incrinare inevitabilmente il vincolo fiduciario (Sul punto, vd. Cass. 22 novembre 2012, n. 20613). E dalla legittimità dei controlli esercitati deriva l'utilizzabilità in giudizio delle prove in tal modo acquisite.

4. — Secondo la pronuncia in commento, la condotta del lavoratore che usufruisce dei permessi finalizzati all'assistenza della madre disabile per partire in vacanza è idonea, «in forza del disvalore sociale alla stessa attribuibile, a ledere irrimediabilmente il rapporto fiduciario» e a integrare gli estremi per l'irrogazione della massima sanzione disciplinare. Il giudizio di proporzionalità o adeguatezza tra la sanzione comminata e l'illecito commesso è rimessa al giudice di merito e «si sostanzia nella valutazione della gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore in relazione al concreto rapporto e a tutte le circostanze del caso» (In tal senso, vedi anche Cass. 26 aprile 2012, n. 6498). In sintesi, «per stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento, che deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro, e in particolare di quello fiduciario, occorre valutare la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei

medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi e all'intensità dell'elemento intenzionale».

Nella vicenda sottoposta al vaglio della Corte, la condotta del lavoratore è ritenuta «capace di integrare anche sotto il profilo dell'elemento intenzionale un comportamento idoneo alla giusta causa di recesso», perché «l'intensità della fiducia richiesta è differenziata a seconda della natura e della qualità del singolo rapporto, della posizione delle parti, dell'oggetto delle mansioni e del grado di affidamento che queste richiedono». Trattandosi di un dipendente provvisto di competenze giuridiche e adibito a funzioni direttive nell'ambito del servizio legale, è esclusa «ogni possibilità di errore circa la finalità dei permessi» e, al tempo stesso, è inevitabile «uno specifico pericolo di discredito dell'organizzazione aziendale ove gli altri lavoratori fossero venuti a conoscenza di *week-end* allungati dal permesso per assistenza alla madre».

Infine, l'«affidamento» del lavoratore «in una prassi consolidata o nella collaborazione di una badante» e la sua convinzione sulla compatibilità del citato permesso con «l'esigenza di avere ulteriore occasione di riposo o di stacco» risultano del tutto irrilevanti – o addirittura controproducenti – ai fini del giudizio.

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

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

I

CASSAZIONE, 6 febbraio 2014, n. 2763, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Balestrieri, P.M. Celentano (conf.) – Promos Spa (avv.ti Valenza, Di Teodoro) c. Inps (avv.ti Maritato, Sgroi, Caliulo).
Conferma Corte d'Appello L'Aquila, 9 dicembre 2009.

Somministrazione di lavoro – Mancata previsione del divieto di reiterazione del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo – Temporaneità occasione di lavoro – Frode alla legge – Illegittimità – Costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra lavoratore e utilizzatore interponente.

Nella legge n. 196/1997, la mancata previsione di un divieto di reiterazione dei contratti di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo conclusi con lo stesso lavoratore avviato presso la medesima impresa utilizzatrice non esclude che possa configurarsi un negozio in frode alla legge, allorché la reiterazione costituisca il mezzo per eludere la regola della temporaneità dell'occasione di lavoro che connota tale disciplina. Ne consegue che, per escludere che il contratto di lavoro con il fornitore interposto si consideri instaurato con l'utilizzatore interponente a tempo indeterminato, occorre verificare l'effettiva persistenza delle esigenze di carattere temporaneo, in modo tanto più penetrante quanto più durevole e ripetuto sia il ricorso a tale fattispecie contrattuale. (1)

II

CASSAZIONE, 8 gennaio 2014, n. 161, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Curzio, P.M. Greco (diff.) – M.T. (avv.ti Cossu, Poli, Ingegneri, Bomboi) c. Eni Spa (già Italgas Più Spa) (avv.ti Ciabattini, Tosi) ed E.W. Spa (avv. X).
Cassa Corte d'Appello Torino, 27 gennaio 2011, con rinvio a Corte d'Appello di Torino.

Somministrazione di lavoro – Generica previsione delle ragioni del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo – Collegamento negoziale – Illegittimità – Costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra lavoratore e utilizzatore interponente.

Nel contratto di prestazioni di lavoro temporaneo la generica previsione dei casi in cui è possibile ricorrere a lavoratori tramite agenzia, in base ai contratti collettivi dell'impresa utilizzatrice, spezza l'unitarietà della fattispecie complessa voluta dal legislatore e fa venire meno la presunzione di legittimità del contratto interinale, per cui il contratto di lavoro con il fornitore interposto si considera a tutti gli effetti instaurato con l'utilizzatore interponente. (2)

III

TRIBUNALE NAPOLI, 5 marzo 2014, Sez. lav. – Pres. ed Est. Coppola – Della Rocca (avv. Riccio) c. Poste Italiane Spa (avv. De Luca Tamajo).

Somministrazione di lavoro – Contratto di lavoro a tempo determinato – Direttive n. 1999/70/Ce e n. 2008/104/Ce – Interpretazione conforme – Misure di prevenzione degli abusi – Diritto interno.

Somministrazione di lavoro – Generica previsione delle ragioni – Collegamento negoziale – Illegittimità – Legislazione nazionale – Sanzioni – Costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra lavoratore e utilizzatore interponente.

Il regime della prevenzione degli abusi nel contratto di somministrazione di lavoro è una questione puramente interna, fermo restando l'obbligo di interpretazione conforme dei giudici nazionali. (3)

La generica previsione delle ragioni contenute nel contratto commerciale di somministrazione rende illegittimo il collegato contratto di lavoro a termine tra prestatore e agenzia di somministrazione, e per l'effetto si costituisce il rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore interponente. (4)

(1-4) LAVORO TEMPORANEO, FRODE ALLA LEGGE E PREVENZIONE DEGLI ABUSI

SOMMARIO: 1. Scenario. — 2. Un quadro regolativo stratificato e alluvionale. — 3. Il collegamento negoziale. — 4. Il negozio in frode alla legge. — 5. Costituzione o conversione del rapporto di lavoro? — 6. L'adeguamento dell'ordinamento interno alla normativa eurounitaria.

1. — *Scenario* — Alcune recenti pronunce dei giudici di merito e di legittimità sono tornate ad affrontare il discusso tema delle condizioni necessarie per l'utilizzo di contratti a termine attraverso la fornitura di lavoro temporaneo tramite agenzia. L'acquisizione indiretta di personale a tempo determinato, nelle forme di lavoro interinale e di somministrazione di manodopera, desta problemi interpretativi con riferimento ai presupposti oggettivi di impiego perché frutto di «una costruzione complessa e specifica del diritto del lavoro» (1).

Il punto di partenza delle dispute ermeneutiche, non pacifico in dottrina, è riconducibile alla configurazione della fattispecie come relazione trilaterale (2), resa possibile dalla conclusione di due distinti contratti, tra loro connessi, secondo lo schema civilistico del collegamento negoziale (3). L'approdo, non condiviso, è costituito dalla questione degli effetti sanzionatori che derivano dalla stipulazione di un contratto di fornitura di lavoro temporaneo o somministrato in violazione dei limiti previsti dalla legislazione speciale.

Lo spunto per la presente riflessione critica nasce, da un lato, da decisioni della Suprema Corte che riguardano vicende avvenute quando era ancora in vigore la «vecchia» legge n. 196/1997 e, dall'altro, dal singolare provvedimento del Tribunale di Napoli sulla incompatibilità di alcune norme dell'ordinamento italiano in materia di contratto di somministrazione di lavoro a termine (artt. 20, comma 4, e 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) rispetto all'Accordo quadro sul rapporto di lavoro a tempo determinato, allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce.

Questo gruppo di provvedimenti giudiziali sembra avere punti di contatto soltanto con riferimento alla classica dinamica della fattispecie interpositoria. In realtà, le argomentazioni giuridiche sottese ai ragionamenti delle Corti sono accomunate da una precisa finalità antielusiva: obbligare le parti a ben focalizzare *ex ante* i contenuti del

(1) Per riprendere il passaggio della sentenza della Corte di Giustizia 11 aprile 2013, causa C-290/12, *Della Rocca*, punto 40, in q. *Riv.*, 2013, n. 3, II, pp. 416 ss., con nota di F. Siotto, *Somministrazione e lavoro a termine. Per la Corte di Giustizia «questa o quella pari (non) sono»*.

(2) M. Aimo, *La somministrazione di lavoro: una fattispecie negoziale complessa*, in Id. e D. Izzi (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, in W. Bigiavi (collana fondata da), *Nuova giur. civ. comm.*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 415 ss.; G. Zilio Grandi, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, vol. 6, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, pp. 1306 ss.

(3) In tal senso, V. Speziale, *La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, n. 2, spec. pp. 322 ss.; A. Perulli, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in q. *Riv.*, 1999, n. 2, I, p. 237; L. Corazza, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, n. 1, p. 65 e pp. 72 ss.; *contra*, P. Ichino, *Prime note sulla somministrazione di lavoro nel d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2004, n. 2, II, spec. pp. 91 ss.

contratto commerciale e di lavoro, in modo da permettere al lavoratore di conoscere sin dall'inizio, in modo dettagliato, quale sia l'incarico affidatogli, e al datore di lavoro di sapere in anticipo quali sanzioni siano previste per il caso di abuso o utilizzo non corretto del lavoro temporaneo.

In particolare, la sentenza del Tribunale di Napoli è il *sequel* di un noto contenzioso già deciso dalla Corte di Giustizia europea, la quale si è pronunciata sulla questione pregiudiziale sollevata dal giudice del lavoro partenopeo. La vicenda ha riguardato un lavoratore assunto con tre reiterati contratti di lavoro a tempo determinato – per ragioni di carattere sostitutivo – dalla società di fornitura di lavoro temporaneo (somministrazione) Obiettivo lavoro Spa e utilizzato dall'impresa Poste Italiane Spa, come portalettere, in un lasso di tempo che, salvo alcune interruzioni, si è sviluppato dal 2 novembre 2005 al 31 gennaio 2007.

Il caso, pertanto, presenta i medesimi personaggi ed eventi, sia pure cronologicamente postergati rispetto a quelli già apparsi nel precedente episodio. In termini cinematografici, si potrebbe dire che gli avvenimenti fanno parte di una più ampia saga sul perenne e incerto parallelismo tra lavoro temporaneo e lavoro a tempo determinato così come definiti dall'ordinamento interno e dell'Unione europea (4).

Le altre due sentenze della Sezione lavoro della Cassazione si soffermano su profili giuridici molto dibattuti e controversi: la generica indicazione dei motivi di ricorso al lavoro temporaneo, l'intrinseca temporaneità del rapporto di lavoro a tempo determinato (5) e la sanzione della trasformazione del contratto a termine in rapporto stabile. La prima è stata emessa in una causa insorta tra un agente di *call center*, la Italgas Più Spa (in seguito Eni Spa) e l'agenzia interinale E-Work Spa; oggetto della controversia è stata la stipula di due contratti di lavoro temporaneo con l'agenzia interinale: il primo sottoscritto in data 21 marzo 2003 con causale «casi previsti dal Ccnl» e poi prorogato tre volte; il secondo, datato 2 novembre 2004, motivato da «picchi di attività» o «punte di intensa attività». L'altra decisione della Suprema Corte ha riguardato un accertamento dell'Inps sull'utilizzazione di lavoratori con contratto interinale in misura superiore e per finalità diverse da quelle previste dalla legge 24 giugno 1997, n. 196, con conseguente violazione dell'art. 1, comma 5, legge n. 1369/1960 e costituzione dei rapporti lavorativi in capo al soggetto utilizzatore: Promos Spa (art. 10, legge n. 196/1997).

In via generale, i giudici si sono trovati di fronte alla necessità di rintracciare nell'ordinamento meccanismi sanzionatori per comportamenti eterogenei ma considerati illegittimi perché elusivi dei divieti operanti per l'utilizzo irregolare o ingiustificato di lavoratori temporanei: un rimedio diretto quale quello della costituzione *ex lege* del rapporto di lavoro a tempo indeterminato (6) o uno strumento indiretto come lo schema civilistico del negozio in frode alla legge (7).

---

(4) M. Malizia, *Il lavoro temporaneo in Europa*, in *Lav. giur.*, 2013, n. 8-9, pp. 780 ss.

(5) Di recente, Trib. Roma 9 gennaio 2014, inedita, il quale afferma che le causali possono essere anche temporanee.

(6) Cass. 8 maggio 2012, n. 6933, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 4, II, pp. 816 ss., con nota di V. Luciani, *La Cassazione torna sui rapporti tra contratto di lavoro e contratto commerciale nella somministrazione di lavoro*.

(7) Cass. 12 gennaio 2012, n. 232, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 3, II, pp. 631 ss., con nota di F. De Falco, *Lavoro interinale, proroga del contratto e persistenza delle esigenze di carattere temporaneo*.

2. — *Un quadro regolativo stratificato e alluvionale* — Preliminarmente occorre compiere una breve ricognizione sull'evoluzione delle regole che hanno disciplinato la materia delle causali legittimanti la fornitura professionale di manodopera (8). Fino al 1997 la legge vietava in modo esplicito qualsiasi forma di interposizione nei rapporti di lavoro, mentre con il cd. pacchetto Treu (legge n. 196/1997) è stata introdotta, per la prima volta nel nostro ordinamento, la fattispecie del lavoro interinale, la quale è stata ammessa solo «per il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo» (art. 1, comma 1, legge n. 196/1997), ben delimitate dalla legge o dall'autonomia collettiva. La questione si è complicata con il d.lgs. n. 276/2003, che, abrogando le disposizioni del cd. pacchetto Treu concernenti il lavoro interinale, ha eliminato il riferimento diretto alla temporaneità delle esigenze legittimanti e ha previsto il ricorso al contratto commerciale di somministrazione di lavoro a tempo determinato (9) «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore» (art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003). Sebbene *ratione temporis* non sia applicabile ai casi trattati, la più recente novella legislativa (art. 1, comma 2, d.l. n. 34/2014, convertito con modificazioni, in legge n. 78/2014) è intervenuta ad abolire l'obbligo del datore di lavoro di indicare le suddette ragioni giustificatrici, liberalizzando definitivamente l'utilizzo di manodopera a tempo determinato anche in regime di somministrazione.

La disciplina della fornitura professionale di lavoro altrui, quindi, a differenza di quella precedente, è priva di un riferimento inequivocabile alla necessità del carattere temporaneo delle causali giustificatrici ma, per quanto attiene al rapporto di lavoro a termine tra lavoratore e agenzia, opera un rinvio espresso – *ex* art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 – al d.lgs. n. 368/2001, per quanto compatibile. I problemi interpretativi del dettato normativo sono ascrivibili a una sovrapposizione compiuta dal legislatore italiano tra tipologie contrattuali che, seppur diverse in astratto, sono state considerate dalla giurisprudenza e dal sistema economico come sostituti funzionali (10) proprio per la medesima formulazione della causale che accomuna sia il contratto di lavoro a tempo determinato sia il contratto commerciale di somministrazione a termine. A riprova di un parallelismo, ormai divenuto automatico per il legislatore italiano, la riforma Fornero del 2012 (art. 1, comma 9, lett. *i*, legge n. 92/2012, che modifica l'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001) (11) ha mostrato di accogliere in certa mi-

(8) S. Ciucciovino, *I requisiti sostanziali (soggettivi e oggettivi) dei contratti a termine*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 107 ss., spec. pp. 115 ss. per l'analisi delle analogie e differenze tra ragioni di ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato e quelle di apposizione del termine al contratto di lavoro.

(9) V. Speziale, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, n. 2, pp. 295 ss.; P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 91 ss.

(10) R. Romei, *La somministrazione di lavoro dopo le recenti riforme*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, n. 4, I, p. 974.

(11) A. Riccardi, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 133 ss.

sura l'equiparazione (12), allorché ha esteso a entrambi la possibilità di un primo contratto acausale, stabilendo poi che ambedue concorrano al compimento del tetto dei 36 mesi per l'acquisizione del diritto del lavoratore a essere assunto a tempo indeterminato. Nella stessa direzione, il d.l. n. 34/2014 ha eliminato il cd. causalone, accomunando direttamente in un'unica disposizione le due forme di lavoro a termine (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001), e ha soppresso le ragioni giustificatrici per il contratto commerciale.

Infatti, la disciplina dei rapporti lavorativi di entrambe le forme contrattuali, come ribadito in precedenza, è da ricondurre al d.lgs. n. 368/2001, per quanto compatibile. In forza del richiamo testuale della normativa del 2001, la somministrazione a termine sarebbe consentita nelle medesime ipotesi in cui l'utilizzatore volesse ricorrere al rapporto di lavoro a termine. In altre parole, fino alle recenti modifiche introdotte a partire dal 2012, la causale giustificatrice del contratto di somministrazione tra agenzia e utilizzatore era la stessa del rapporto di lavoro a termine, cosicché era possibile siglare un contratto di somministrazione di manodopera solo ove fosse scritta in modo specifico (arg. *ex* art. 21, comma 3, d.lgs. n. 276/2003) (13) una esigenza tecnica, organizzativa o produttiva analoga a quella che legittimava anche un'assunzione a termine ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 (14): da questo angolo prospettico, in presenza delle medesime condizioni di liceità, era indifferente per l'utilizzatore ricorrere al contratto a termine o alla somministrazione di lavoro.

In proposito, tutte le sentenze in commento muovono da questo assunto e, sia pure nella diversità di normative succedutesi nel tempo, tendono a ricostruire il fenomeno del lavoro temporaneo sulle orme delle indicazioni legislative fornite per il contratto a termine. Ovviamente, giurisprudenza e dottrina si sono dovute esercitare molto per interpretare il d.lgs. n. 368/2001, specie per il carattere temporaneo delle ragioni d'impiego (15).

3. — *Il collegamento negoziale* — Il *fil rouge* che tiene insieme le tre sentenze è costituito dalla peculiare struttura normativa delle forme di lavoro temporaneo caratterizzata da un collegamento negoziale (16), che si traduce tecnicamente nella fusione tra elementi di più negozi tipici in un'unica causa.

La Suprema Corte, in entrambe le decisioni, ha rimarcato l'unitarietà della fattispecie complessa e ha adottato una lettura organica dei rapporti tra tutti i soggetti in

(12) In senso contrario a questa assimilazione, M. Tiraboschi, *Somministrazione di lavoro: ritorno al passato*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffré, Milano, 2012, pp. 109 ss.

(13) Comma modificato dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 24/2012.

(14) Cass. 27 febbraio 2003, n. 3020, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1029; Corte d'App. Torino 20 gennaio 2010, in q. *Riv.*, 2010, n. 4, II, pp. 682 ss., con nota di M. Salvagni, *La natura ontologicamente causale del contratto di lavoro temporaneo*; Cass. 15 luglio 2011, n. 15610, in q. *Riv.*, 2012, n. 1, II, pp. 80 ss., con nota di M. Salvagni, *Genericità della causale nel lavoro temporaneo e nella somministrazione*; Trib. Bologna 8 febbraio 2008, in q. *Riv.*, 2008, n. 4, II, pp. 947 ss.

(15) *Ex multis*, V. Speziale, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, n. 2, I, pp. 181 ss.; S. Ciucciovino, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 93 ss.

(16) L. Corazza, *Somministrazione di lavoro e appalti*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Torino, 2013, spec. pp. 1630 ss.

campo: sussiste un nesso inscindibile tra la causale del rapporto di fornitura (quello tra l'impresa fornitrice e l'impresa utilizzatrice) e il rapporto di lavoro temporaneo intercorso tra l'agenzia e il prestatore di lavoro, nel quale deve persistere la ragione giustificatrice che aveva indotto l'utilizzatore ad avvalersi della fornitura di lavoro *ex* legge n. 196/1997 (17). Pertanto, nel contratto intercorrente tra l'impresa fornitrice e il singolo lavoratore, la mancanza o genericità delle previsioni di casi in cui è possibile ricorrere a prestazioni di lavoro temporaneo sarebbe una spia del carattere patologico di uno dei negozi (contratto di lavoro) tale da inficiare l'operazione economica (contratto commerciale) (18).

In tal senso muove anche il ragionamento del giudice napoletano, il quale prende le mosse dall'unitarietà della funzione e dal rapporto di interdipendenza tra schemi contrattuali. Si propone, infatti, un'interpretazione della normativa del 2003 – prima delle novelle del 2012 e del 2014 – come automatismo (19): quando il contratto commerciale di somministrazione è a termine (per esigenze tecniche, organizzative o produttive dell'utilizzatore), esso giustifica sempre l'assunzione a termine da parte dell'agenzia somministrante (art. 20, comma 4), per cui la causale giustificatrice interessa anche il rapporto tra lavoratore e datore di lavoro (agenzia somministrante) e, logicamente, perfino le eventuali proroghe (20). Sul versante sanzionatorio, si produrrebbe un effetto domino declinato secondo i canoni tipici della disciplina lavoristica: il contratto di lavoro, a fronte di omessa o insufficiente indicazione delle ragioni di ricorso alla somministrazione nell'accordo tra imprenditori, risulterebbe illegittimo, con trasferimento delle conseguenze della violazione dal formale datore di lavoro (agenzia somministrante) all'utilizzatore effettivo (art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) (21).

---

(17) Cass. 24 giugno 2011, n. 13960, *Mass. giust. civ.*, 2011, n. 6, p. 952.

(18) Cass. 29 maggio 2013, n. 13404, in *Foro it.*, 2013, n. 7-8, I, c. 2127, con nota di A.M. Perrino, *In tema di lavoro interinale*.

(19) Trib. Bari 3 novembre 2010, in *Arg. dir. lav.*, 2009, n. 3, II, pp. 787 ss., con nota di R. Gentile, *Le ragioni giustificative della fornitura di manodopera tra requisiti formali e sostanziali del contratto di somministrazione*.

(20) Art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, il quale detta una disciplina (integrativa o derogatoria a seconda degli orientamenti) rispetto a quella prevista in generale in materia di contratto a termine (art. 4, d.lgs. n. 368/2001), precisando che «il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore». Art. 28, Ccnl per la categoria delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo del 23 settembre 2002; art. 42 (Proroghe), Ccnl per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro del 24 luglio 2008; quest'ultimo sostituito dall'art. 47 (Proroghe), Ccnl per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro del 27 febbraio 2014.

(21) Il nesso di reciprocità fa sì che le vicende del contratto di fornitura condizionino l'efficacia di quello di lavoro temporaneo e viceversa. Ciò condurrebbe, a livello sanzionatorio, all'applicazione del principio «*simul stabunt, simul cadent*». Tuttavia, l'inderogabilità dei princìpi connessi in generale al carattere subordinato del rapporto con l'agenzia implica che le eventuali cause di invalidità o inefficacia del contratto di fornitura non si traducano automaticamente nella invalidità e inefficacia del rapporto di lavoro con l'agenzia, in quanto restano salvi sempre i diritti inderogabili garantiti al prestatore dalla legislazione lavoristica: ciò costituisce una importante deroga ai princìpi generali in tema di collegamento negoziale. Così V. Speziale, *La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, n. 2, pp. 326-327.

Nel valutare la regolarità del rapporto triangolare, sia i giudici di legittimità sia il giudice di merito devono affrontare il fragile campo d'indagine costituito dalla specificazione delle ragioni indicate nel singolo contratto commerciale, con significative ricadute sulle ragioni poste a fondamento dei rapporti di lavoro. È bene ricordare che, in dottrina (22), alcune ricostruzioni tendono a leggere l'ipotesi di pluralità di negozi come se ciascuno di essi costituisse entità distinta rispetto all'altra e avesse, pertanto, una propria causa giuridica: il collegamento opererebbe soltanto come «uno scopo ulteriore» rispetto alla causa tipica propria di ciascuno, solitamente costituente una finalità di natura economica.

In proposito, tuttavia, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza si è attestato in favore della presenza di un collegamento negoziale. Questo inquadramento del fenomeno fa leva sulla causa in concreto (23) dell'operazione contrattuale posta in essere: soddisfare l'interesse dell'utilizzatore ad acquisire la disponibilità di prestatori di lavoro. Il nesso funzionale, rivolto a realizzare tale finalità pratica unitaria, lega i due contratti – di fornitura e di prestazione di lavoro temporaneo – e trova un puntuale aggancio normativo nell'obbligo di informazione al prestatore di lavoro, da ottemperarsi per iscritto da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore (art. 21, comma 3, d.lgs. n. 276/2003). Tale collegamento, in particolare, acquisisce autonoma rilevanza giuridica, atteso che le parti contrattuali, diverse, sono consapevoli dalla correlazione teleologica tra i due atti negoziali e lo stesso si palesa all'esterno proprio in ragione dell'obiettivo della flessibilità (24).

Il riferimento alla categoria del collegamento negoziale è frutto di un'elaborazione empirico-concettuale enucleata dalla dottrina civilistica (25) e applicata sovente dalla giurisprudenza del lavoro per qualificare e disciplinare manifestazioni come l'utilizzazione indiretta di manodopera, la cui portata non si esaurisce né in un singolo atto né in una mera sequenza di atti. Ciò permette alla Suprema Corte e al giudice di Napoli di verificare l'esistenza o meno di quelle ragioni specifiche del contratto commerciale che concretizzano il disegno complessivo che coinvolge l'impresa utilizzatrice (26) ed è diretto a ottenere l'impiego a tempo determinato della forza lavoro.

L'intreccio tra requisiti formali e sostanziali è uno dei terreni più solcati dalla giurisprudenza del lavoro per cogliere la vera natura delle ragioni giustificative della for-

(22) P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 292, secondo cui la validità di ciascuno dei due contratti, ma anche la possibilità concreta dell'attuazione del rapporto contrattuale, sussiste indipendentemente dalla sussistenza e validità dell'altro contratto. In senso contrario, M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2010, spec. p. 59; S.P. Emiliani, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, M. Persiani (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2010, pp. 617-618.

(23) V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 4, pp. 957 ss.

(24) Cass. 29 maggio 2013, n. 13404, cit.

(25) R. Scognamiglio, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1960, VII, p. 376; più di recente, C. Camardi, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *Contratti*, 2011, n. 11, p. 1044.

(26) Cass. 2 luglio 2009, n. 15515, in *Mass. giust. civ.*, 2009, n. 7-8, p. 1021.

nitura di manodopera. In particolare, le pronunce in esame si concentrano sull'aspetto sanzionatorio come apparato rimediale di risposta alla elusione della regola della temporaneità dell'occasione che giustifica l'utilizzazione, anche in proroga, di manodopera a termine. Nelle due sentenze di legittimità si conferma l'indirizzo di tutela del lavoratore interinale anche di fronte alla generica indicazione dei motivi di ricorso per la fornitura di lavoro temporaneo, e si stabilisce che gli effetti della violazione delle disposizioni di cui alla legge n. 196/1997 comportano la sostituzione della parte datoriale, ossia la configurabilità del rapporto direttamente tra lavoratore e soggetto utilizzatore delle prestazioni lavorative (27).

L'ulteriore conseguenza, prevista dai giudici di legittimità, è la costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, il quale deriva non tanto da una violazione della legge n. 196/1997 (28), bensì, eventualmente, dalla insussistenza delle condizioni che legittimano la conclusione di un rapporto di lavoro a termine direttamente fra datore di lavoro utilizzatore e lavoratore, come regolato dalla disciplina sul lavoro a tempo determinato (artt. 1 e 4, d.lgs. n. 368/2001). L'indagine giudiziale, anziché limitarsi a verificare il rispetto dei limiti sulle proroghe imposti dalla contrattazione collettiva, deve constatare se nel singolo caso si ravvisino effettive esigenze di carattere temporaneo tali da giustificare il ricorso al lavoro tramite agenzia, in assenza delle quali scatterebbe l'obbligo di assunzione a tempo indeterminato in capo all'utilizzatore. Da qui l'importanza delle ragioni che muovono il datore alla stipulazione di un contratto a tempo determinato, le quali non possono essere indicate mediante una tautologica e acritica ripetizione delle causali di legge (29). Infatti, sebbene riferibili all'ordinaria attività di lavoro, le ragioni richiedono una ulteriore specificazione per consentirne il controllo da parte del giudice, restando escluse le formule generali e generiche (30).

---

(27) Cass. 23 novembre 2010, n. 23684, in *Mass. giust. civ.*, 2010, n. 11, p. 1497.

(28) Ai sensi dell'art. 3, comma 3, legge n. 196/1997, la mancata indicazione delle ragioni nel contratto «non sembra dar luogo ad alcuna sanzione» (così R. Del Punta, *La fornitura di lavoro temporaneo nella legge n. 196 del 1997*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, n. 2, I, p. 227). In effetti, al di là del difetto di coordinamento all'interno dell'art. 10, legge n. 196/1997, e stando al tenore letterale delle norme sanzionatorie, il lavoratore si considera assunto dall'impresa utilizzatrice con contratto di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di mancanza di forma scritta del contratto commerciale di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo (art. 10, comma 2, primo periodo): per tutte le altre violazioni contemplate dall'art. 10, comma 1 (insussistenza dei motivi, violazione dei divieti, mancato rispetto del contenuto del contratto di fornitura di manodopera), il rinvio alla legge n. 1369/1960 avrebbe come effetto la sostituzione di diritto, nella titolarità del rapporto di lavoro subordinato, del datore di lavoro-fornitore con il soggetto utilizzatore delle prestazioni, lasciando invariati gli altri elementi contrattuali come quello inerente la temporaneità del rapporto (Cass. 1° febbraio 2008, n. 2488, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, n. 1, II, pp. 22 ss., con nota di M.D. Ferrara, *Il «riespandersi» delle ipotesi sanzionatorie ex lege n. 1369/1960 nel lavoro temporaneo: l'operatività delle «sanzioni di protezione» nel diritto del lavoro*). Inoltre, solo la carenza di forma scritta del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo e la mancata indicazione della data di inizio e fine dello svolgimento dell'attività lavorativa presso l'impresa utilizzatrice avrebbero come sanzione la trasformazione in contratto a tempo indeterminato alle dipendenze dell'impresa fornitrice (art. 10, comma 2, secondo periodo).

(29) Trib. Venezia 6 febbraio 2007, in *Dir. prat. lav.*, 2009, n. 32, p. 1905.

(30) Cass. 5 luglio 2011, n. 14715, in q. *Riv.*, 2012, n. 1, II, p. 78, con nota di M. Salvagni, *La questione della genericità della causale nei rapporti di lavoro temporaneo e di somministrazione: discipline a confronto nella interpretazione della Cassazione*; Corte d'App. Genova 12

Secondo la più recente giurisprudenza, in presenza di una realtà aziendale complessa e articolata per dimensioni organizzative (ad esempio, Poste Spa nel caso napoletano), ciò che rileva è che vi sia una corrispondenza quantitativa tra il numero di lavoratori assunti a termine per lo svolgimento di una certa mansione e le scoperture che, per quella stessa funzione, si sono realizzate per il periodo dell'assunzione (31). Per considerare instaurato con l'utilizzatore un contratto a tempo indeterminato non è sufficiente arrestarsi alla verifica del dato formale del rispetto della contrattazione collettiva con riferimento al numero delle proroghe consentite, ma è opportuno verificare l'effettiva persistenza delle esigenze di carattere temporaneo, in modo tanto più penetrante quanto più durevole e ripetuto sia il ricorso a questi contratti. In sostanza, se la reiterazione del contratto interinale è frutto di intese, esplicite o implicite, tra impresa fornitrice e soggetto utilizzatore concernenti la medesima persona del prestatore, si avrà evidentemente un contratto in frode alla legge (art. 1344 cod. civ.) poiché stipulato per eludere la regola.

4. — *Il negozio in frode alla legge* — L'enfasi posta dai giudici del lavoro sulla unitarietà della fattispecie è la prova tangibile di come sia divenuto usuale lo schema del collegamento negoziale nel procedimento ermeneutico di ricostruzione della vicenda contrattuale. L'approccio conferma anche l'impiego giurisprudenziale di questa categoria in combinazione con l'istituto della frode alla legge (art. 1344 cod. civ.) (32), in quanto anche per i profili di patologia contrattuale è necessario ricomporre l'intera operazione economica voluta dalle parti per individuare il *quid pluris* attraverso cui l'esito dell'attività interpretativa consenta di qualificare («reputa») come non lecita la causa.

Il contratto in frode alla legge, anche nel diritto del lavoro (33), è quello schema negoziale preordinato non al fine perseguito dal tipo prescelto, bensì mirato a evitare l'applicazione di una norma imperativa. Attraverso la frode alla legge si realizza un'operazione economica complessa connotata dall'utilizzo di un contratto, di per sé lecito, in combinazione con altri atti giuridici per realizzare un fine vietato. In altre parole, si ha frode alla legge sia nel caso di abuso del tipo contrattuale sia nell'ipotesi di collegamento negoziale indirizzato a un risultato finale che violi norme imperative. In dottrina (34), la prospettiva di utilizzare lo schema della frode alla legge come perno

---

settembre 2005, in *Dir. prat. lav.*, 2009, n. 32, p. 1912. In senso conforme, Trib. Milano 14 ottobre 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, n. 4, p. 904; Trib. Pavia 12 aprile 2005, in *Arg. dir. lav.*, 2006, n. 1, II, pp. 263 ss., con nota di G. Ludovico, *Sui requisiti sostanziali e formali richiesti per l'apposizione del termine al contratto di lavoro e sulla loro autonomia*; Trib. Roma 3 febbraio 2005, in *Dir. prat. lav.*, 2009, n. 32, p. 1906; Trib. Ravenna 7 ottobre 2003, in *Lav. giur.*, 2004, n. 12, p. 1283, con nota di P. Nodari, *Interpretazione della clausola generale che giustifica l'apposizione del termine*.

(31) Cass. 15 dicembre 2011, n. 27058, in *Guida lav.*, 2012, n. 4, p. 52.

(32) S. Nardi, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Giuffrè, Milano, 2006.

(33) Vd., *amplius*, G. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011, ma spec. pp. 163 ss., dove si affronta il tema dell'elusione delle norme protettive mediante il contratto di somministrazione di lavoro.

(34) M.T. Carinci, *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal d.lgs. n. 276/2003 in materia di esternalizzazioni*, in *Lav. giur.*, 2005, n. 12, pp. 1113 ss.

del sistema sanzionatorio è stata criticata perché si è intravisto il rischio di scolorire ulteriormente i vincoli all'utilizzo degli strumenti del decentramento produttivo in conseguenza della struttura stessa della fattispecie vietata dall'art. 1344 cod. civ., che presuppone limiti esterni e non limiti interni all'uso del potere o della libertà.

L'art. 1344 cod. civ., in realtà, presenta un *incipit* riferito alla causa del contratto, la quale «è reputata illecita» nel caso in cui la fattispecie contrattuale costituisca lo strumento per eludere le previsioni di una norma a carattere imperativo. All'interno della categoria delle norme imperative, la dottrina ha distinto tra le norme formali e quelle materiali. Le prime vietano il perseguimento di un risultato attraverso determinati mezzi, lasciando impregiudicata la possibilità per le parti di raggiungere l'obiettivo con procedimenti diversi da quelli non consentiti: così il rispetto del dato legislativo non si può mai tradurre in frode. Le seconde, invece, interdicono il conseguimento di un risultato mediante qualunque strumento negoziale adottato: in tale ipotesi le parti potrebbero rispettare la lettera della legge ma violare il contenuto delle disposizioni, rendendo gli schemi contrattuali utilizzati elusivi delle norme.

L'orientamento giurisprudenziale cui aderisce una delle sentenze in commento (n. 2763/2014) sembra integrare questa seconda ipotesi, dal momento che lo schema negoziale è preordinato non al fine perseguito dal tipo prescelto – ovvero la corretta allocazione del lavoro interinale –, bensì mirato a evitare l'applicazione di una norma imperativa: l'art. 1, commi 1 e 2, legge n. 196/1997. In altre parole, attraverso il contratto di fornitura di manodopera si realizza un'operazione economica complessa, connotata dall'utilizzo di un contratto di per sé lecito ma orientato a perseguire un fine che si pone in contrasto con una specifica disposizione legislativa sul contratto per prestazioni di lavoro temporaneo, determinando pertanto una discrasia tra schema impiegato e fine realizzato.

Dal punto di vista della teoria generale delle norme, non è semplice operare una chiara classificazione tra tipologie di norme imperative. Diviene determinante, allora, comprendere quando si sia di fronte a un collegamento fraudolento che concretizza un caso di elusione: uno dei mezzi che consente ai contraenti del contratto di fornitura di condurre un'azione di aggiramento della norma è il procedimento indiretto di interposizione che si perfeziona con il collegamento funzionale tra contratto commerciale e rapporto di lavoro.

La disposizione contenuta nell'art. 1344 cod. civ. è strettamente connessa al concetto di causa e ha risentito notevolmente delle diverse ricostruzioni che, in dottrina e giurisprudenza, hanno provato a fornire una definizione di questo requisito del contratto (art. 1325, comma 1, n. 2, cod. civ.). Senza ripercorrere la classica dicotomia sull'interpretazione della causa (35), l'unico spazio di operatività per la frode alla legge nel diritto del lavoro sembra essere quello di strumento di controllo *ex post* sulle possibili disfunzioni dell'autonomia privata – specie a fronte di contratti tipizzati – fa-

(35) Sui tradizionali approcci soggettivo e oggettivo rispetto all'illiceità della causa, vd. G. D'Amico, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 70 ss. In particolare: sulla teoria soggettiva, F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1983, pp. 191 ss.; L. Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, Cedam, Padova, 1943, pp. 37 ss.; e per quella oggettiva, E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1955, pp. 166 ss.; G. Oppo, *Recensione a Carraro*, *Il negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, pp. 179 ss.

cendo leva sugli elementi funzionali, più che strutturali, del congegno normativo utilizzato dalle parti. La frode alla legge opera alla stregua di clausola generale del sistema (36): l'attenzione si sposta dal piano astratto della causa del contratto al versante concreto dell'esatta interpretazione contrattuale (37), rimettendo al giudice la stima dei fatti che si configurano come elusione. Seguendo questa impostazione, un aspetto di rilevanza centrale per l'applicazione dell'art. 1344 cod. civ. è la sua connessione sistematica non solo con la nullità come conseguenza normativa di illiceità causale, ma anche con l'integrazione della normativa elusa, ove ne ricorrano i presupposti (art. 10, legge n. 196/1997; artt. 27 e 28, d.lgs. n. 276/2003).

Secondo questa lettura, il negozio in frode alla legge acquista il valore di canone ermeneutico che permette di analizzare le norme imperative secondo un significato che abbraccia, quale parte integrante dell'interpretazione e come modalità di violazione non consentita, anche l'insieme dei comportamenti che perseguono formalmente il fine della norma pur disattendendola sostanzialmente. Essendo il contratto il mezzo attraverso cui si elude il contenuto di una norma imperativa, il nucleo fondamentale della frode alla legge comporta che la valutazione di illiceità possa essere solo successiva alla verifica dell'avvenuta elusione della norma imperativa. Allora, la questione della violazione si risolve nell'individuare la sanzione che l'ordinamento prevede per quel contratto illecito: nel caso di specie, la costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato in capo al fruitore della prestazione ovvero la conseguenza prevista dall'art. 1, comma 5, legge n. 1369/1960, consistente nel fatto che «i prestatori di lavoro sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni».

5. — *Costituzione o conversione del rapporto di lavoro?* — In proposito, è bene precisare che una delle sentenze di legittimità (n. 161/2014) si muove nell'orizzonte della *conversione* – e non della *costituzione*, come correttamente indicato dal Tribunale di Napoli – del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo in un ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato con il datore di lavoro effettivo. Tale configurazione giuridica si inserisce in quel filone giurisprudenziale (38) secondo cui, quando il

(36) U. Morello, *Frode alla legge*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 299 ss.; Id., voce *Frode alla legge*, in *Digesto sez. civ.*, Utet, Torino, 1992, vol. VIII, pp. 503 ss.

(37) Secondo la teoria della causa come funzione economico-individuale elaborata da G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, grazie alla quale acquistano rilevanza causale anche quegli elementi specifici della concreta fattispecie contrattuale, che sarebbero invece espunti o sterilizzati dal processo di astrazione funzionale alla costruzione del tipo, secondo lo schema classico della causa come funzione economico-sociale disegnata da Emilio Betti.

(38) Cass. 23 novembre 2010, n. 23684, cit.; Cass. 17 gennaio 2013, n. 1148, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 2, II, pp. 331 ss., con nota di L. Fiorillo, *Il regime sanzionatorio forfetizzato si applica al lavoro temporaneo illegittimo e alla somministrazione a termine irregolare: la Cassazione risolve la querelle*, e in *Mass. giur. lav.*, 2013, p. 765; Cass. 29 maggio 2013, n. 13404, cit., la quale ha invocato la pronuncia europea C-290/2012 (*Della Rocca*) per stabilire un principio, in apparenza contrastante con la *ratio decidendi* del provvedimento europeo: la prestazione di lavoro temporaneo, regolato dall'art. 3, comma 1, lett. *a*, legge n. 196/1997, rientra, anche in base alle norme europee, nella categoria del contratto a tempo determinato. I giudici di legittimità sono giunti a tale conclusione rispetto all'applicabilità della specifica indennità prevista

contratto di lavoro che accompagna il contratto di fornitura è a tempo determinato, alla conversione soggettiva del rapporto si aggiunge la conversione dello stesso da lavoro a tempo determinato in lavoro stabile. Ciò avviene per intrinseca carenza dei requisiti richiesti dal d.lgs. n. 368/2001 o dalle discipline previgenti, a cominciare dalla forma scritta, che in tale contesto manca con riferimento al rapporto di fatto tra impresa utilizzatrice e lavoratore.

L'orientamento citato sembra adottare il termine «conversione» nel senso di trasformazione del contratto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato (arg. *ex* art. 10, legge n. 196/1997), sia pure alle dipendenze di un soggetto terzo, l'utilizzatore. I giudici di Cassazione non possono riferirsi all'istituto della conversione del negozio nullo (art. 1424 cod. civ.) (39) atteso che in tale caso si presuppone l'identità delle parti e l'intenzione di queste ultime, avuto riguardo allo scopo perseguito, di concludere egualmente il negozio se ne avessero conosciuto la nullità.

D'altra parte, l'espressione *conversione* non può essere sovrapposta neppure alla parola *costituzione*, come messo in luce dal magistrato del lavoro di Napoli con riferimento al profilo delle conseguenze economiche della somministrazione irregolare. Sul punto, nonostante ricostruzioni giurisprudenziali contrastanti (40), il giudice di merito ha escluso l'applicabilità dell'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 (cd. Collegato lavoro), che prevede la soluzione indennitaria onnicomprensiva (tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto) «nei casi di conversione del contratto a tempo determinato».

Le argomentazioni a favore di questa posizione sono essenzialmente tre: una di tipo letterale, secondo cui, quando il legislatore ha inteso prendere in considerazione anche i rapporti di somministrazione, lo ha fatto espressamente (art. 32, comma 4, lett. *d*), mentre la norma in esame si riferisce solo al contratto a termine (41); l'altra di tipo sistematico, che evidenzia la differente configurazione giuridica tra le due fattispecie (nei casi di somministrazione irregolare il rapporto s'instaura tra lavoratore e utilizzatore, interessando due soggetti non vincolati *ab origine* da alcun legame giuridico diretto); infine, il termine «ricostituzione», evocato dall'art. 1, comma 13, legge n. 92/2012 di interpretazione autentica del Collegato lavoro, sembra riferirsi a prov-

---

dall'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, nell'ipotesi in cui vi sia un contratto di lavoro a tempo determinato per il quale operi la conversione in contratto a tempo indeterminato.

(39) F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 1996, pp. 930-931. C.M. Bianca, *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 632-635.

(40) Cass. 17 gennaio 2013, n. 1148, cit.; Cass. 3 aprile 2013, n. 8120, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 4, II, pp. 827 ss., con nota di F. Martelloni, *La Cassazione ribadisce l'applicabilità dell'art. 32, comma 5, del Collegato lavoro alla somministrazione irregolare, ma i dubbi restano*, che estendono la disposizione all'ipotesi di somministrazione irregolare; *contra*, Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, in q. *Riv.*, 2012, n. 1, II, pp. 32 ss., con nota di L. Menghini, *L'indennità ex art. 32 della legge n. 183 del 2010: una possibile lettura parzialmente correttiva*, e in *Giur. cost.*, 2012, n. 1, pp. 555 ss., con nota di R. Romei, *Il bilanciamento delle conseguenze dell'illegittima apposizione del termine dinanzi alla Corte costituzionale*; Corte d'App. Roma 5 febbraio 2013, in *Giur. merito*, 2013, n. 5, p. 1119, con nota di L. Di Paola, *Brevi note sul tema dell'applicabilità, o meno, dell'indennità omnicomprensiva ex art. 32, comma 5, legge n. 183 del 2010 alla somministrazione di lavoro*.

(41) V. Speziale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 153/2012, p. 32.

vedimenti giudiziali volti a ricomporre rapporti già in corso tra le stesse parti e non può essere confuso con la «costituzione» *ex novo* del rapporto di lavoro di cui all'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003.

6. — *L'adeguamento dell'ordinamento interno alla normativa eurounitaria* — Una menzione a parte merita la lunga digressione compiuta dal giudice del lavoro partenopeo riguardo al rapporto tra il lavoro in regime di somministrazione e la normativa eurounitaria (42). Prendendo le mosse dal collegamento negoziale senza valorizzare la frode alla legge, il Tribunale di Napoli costruisce un percorso sanzionatorio basato sullo strumento comunitario della clausola di prevenzione degli abusi, contenuta sia nella Direttiva n. 1999/70/Ce sul lavoro a termine sia nella Direttiva n. 2008/104/Ce sul lavoro tramite agenzia. Il rapporto di lavoro impugnato rientrerebbe nell'ambito di applicazione della Direttiva n. 2008/104/Ce (43) e della legislazione attuativa prevista dal d.lgs. n. 24/2012 (44). Tuttavia, in ragione del principio del *tempus regit actum*, la disciplina non ha trovato applicazione in quanto il periodo lavorativo in questione, compreso tra il 2 novembre 2005 e il 31 gennaio 2007, è risultato antecedente all'entrata in vigore della citata legislazione sulle agenzie di somministrazione. La sopravvenuta disciplina in materia di lavoro tramite agenzia di cui alla Direttiva n. 2008/104/Ce – che come riconosce lo stesso giudice rimettente non è applicabile *ratione temporis* al caso di specie – rappresenta, in forza del principio dell'interpretazione conforme, un utile strumento ermeneutico per definire i precisi confini della normativa interna. In piena coerenza con quanto affermato nell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, l'Unione europea ha dettato nel 2008 un'apposita regolamentazione in materia di lavoro interinale del tutto autonoma e distinta da quella precedente in materia di rapporto di lavoro a termine.

Come noto, la Corte di Giustizia, con la sentenza C-290/2012 (*Della Rocca*) – caso trattato in commento a partire dal quale lo stesso giudice aveva sollevato la questione pregiudiziale –, al di là di alcune inesattezze (45), ha affermato che il contratto tra lavoratore e società di somministrazione è sottratto alla disciplina generale della Direttiva n. 1999/70/Ce e che le misure ostative contenute nella citata direttiva non possono trovare applicazione nel rapporto di lavoro tra utilizzatore e prestatore di lavoro. L'effetto giuridico della decisione della Corte sul nostro sistema giuslavoristico può

(42) Peraltro si veda anche l'interessante contributo teorico del magistrato citato, P. Coppola, *Somministrazione e Direttiva n. 2008/104/Ce: il (non) adeguamento dell'ordinamento interno*, in *Lav. giur.*, 2013, n. 10, pp. 879 ss.

(43) F. Pantano, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla Direttiva n. 2008/104/Ce e al suo impatto sull'ordinamento interno*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT*, n. 72/2009, pp. 1 ss.; M.D. Ferrara, *La Direttiva n. 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT*, n. 101/2013, spec. pp. 26 ss.

(44) G. Ferraro, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, spec. pp. 577 ss.

(45) La Corte di Giustizia afferma erroneamente che la somministrazione implica «un duplice rapporto di lavoro» (punto 40) con l'agenzia e con l'utilizzatore: è evidente come l'unica relazione giuridica di lavoro sia la prima – fonte di diritti e obblighi per ambedue le parti –, mentre tra il lavoratore e l'impresa che lo utilizza esista solo un rapporto di fatto.

essere oggetto di due interpretazioni alternative: la prima traccia un solco netto tra le due fattispecie ed evidenzia la separatezza di discipline con riguardo alle misure ostative di comportamenti elusivi; la seconda, più articolata, consente ai giudici nazionali di rintracciare nell'ordinamento interno lo strumento più appropriato di prevenzione degli abusi, utilizzando eventualmente anche quello previsto per il contratto a termine.

È interessante notare, infatti, come lo stesso giudice rimettente, prediligendo questa seconda impostazione nazionalista, abbia letto il pronunciamento della Corte di Giustizia lasciando immutato il quadro ermeneutico sui rapporti di lavoro a tempo definito, a prescindere dal fatto che siano svolti in regime di somministrazione. Peraltro, il giudice, attraverso il ricorso all'identità di scopo tra clausole di prevenzione delle elusioni sul contratto a termine (clausola 5, Direttiva n. 1999/70/Ce) e sul contratto commerciale di somministrazione (clausola 5, Direttiva n. 2008/104/Ce), giunge a sostenere l'esistenza di un comune divieto di reiterazione per i rapporti temporanei in generale con l'obiettivo di consolidare rapporti stabili e non frammentati. Per rafforzare questa opzione, la sentenza di merito si appoggia su alcuni precedenti della Corte di Giustizia (46), secondo cui quando una controversia ricade in una situazione puramente interna, se ha effetto sul diritto dell'Unione e per evitare future divergenze d'interpretazione, essa deve avvalersi di un'interpretazione uniforme e conforme alle disposizioni dell'ordinamento europeo rese applicabili per scelta meramente di diritto interno. Il rinvio a queste decisioni è funzionale a suffragare i citati princìpi ermeneutici ma non sembra conferire un valore aggiunto al tentativo di leggere congiuntamente il regime di prevenzione e le misure antielusive. Forse, anche senza ricorrere a tali sentenze, si sarebbe potuto sostenere che i giudici di Lussemburgo, per la definizione di strumenti di tutela antiabusiva, hanno rimandato alla regolazione interna dei singoli ordinamenti nazionali (*i.e.*: artt. 20, comma 4, e 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, oltre ai rinvii specifici alla contrattazione collettiva), come previsto dall'art. 5, n. 5, Direttiva n. 2008/104/Ce. In tal senso, l'ordinamento italiano da anni procede ad assimilare e applicare ai dipendenti a tempo determinato delle agenzie di somministrazione le condizioni di lavoro previste per i lavoratori a termine dell'impresa presso cui vengono utilizzati in missione. D'altra parte si tratta dell'unica strada percorribile ove si volesse rispettare in pieno un principio ben più pregnante per il sistema sovranazionale: quello della parità di trattamento tra lavoratori comparabili. Tale lettura sembra confermata dalle ultime novelle legislative del 2012 (47) e del 2014, che hanno riproposto in modo evidente la sovrapposizione regolativa tra le due tipologie contrattuali, anche per i profili di tutela contro gli abusi.

---

(46) Corte di Giustizia Ce, 17 luglio 1997, causa C-28/95, *Leur-Bloem*, in *Racc.*, 1997, p. 4161, punti 26-27; Corte di Giustizia Ue 20 maggio 2010, causa C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg*, in *Racc.*, 2010, p. 4303, punto 33; Corte di Giustizia Ue 7 novembre 2013, causa C-522/12, *Tevfik Isbir*, non ancora in *Racc.*, punti 25, 28 e 29; Corte di Giustizia Ue, 7 novembre 2013, causa C-313/12, *Romeo*, non ancora in *Racc.*, punti 22-23.

(47) Il d.lgs. n. 24/2012, invero, non ha previsto alcuna specifica misura ostativa alla possibilità di reiterazione delle missioni dei lavoratori interinali, e ciò potrebbe essere letto come mancata trasposizione della clausola 5, n. 5, Direttiva n. 2008/104/Ce, la quale ha stabilito che «gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva».

Del resto, tutte le pronunce in commento, ma soprattutto quella di merito del giudice di Napoli, si sono servite dell'esistente apparato rimediale per le ipotesi di somministrazione irregolare e fraudolenta, conformemente all'art. 9 della Direttiva n. 2008/104/Ce. La predisposizione di sanzioni collegate al profilo causale e alla verifica delle concrete ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore, costituisce una cornice simmetrica rispetto al quadro di misure antielusive adottate per il classico contratto di lavoro a tempo determinato. Ancora una volta il connubio tra contratto a termine e somministrazione è ben lontano dalla separazione e le due fattispecie, per il momento, sembrano saldamente procedere «a braccetto» (48).

Federico Siotto
Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Sassari

(48) R. De Luca Tamajo, F. Paternò, *La somministrazione di lavoro*, in *Lavoro welfare*, edizione online, aprile 2014, n. 4, p. 15.

I

CASSAZIONE, 1° agosto 2013, n. 18443, Sez. civ. – Pres. Salmè, Est. Didone, P.M. Russo (conf.) – La Maddalena Spa (avv.ti Stile, Fortuna) c. G.F. (avv. Sigillò), Garante per la protezione dei dati personali (Avv. Stato).
Conf. Tribunale Palermo, 26 giugno 2008.

Diritto alla riservatezza – Trattamento dei dati personali – Princìpi della correttezza, pertinenza e non eccedenza del trattamento dati personali – Fattispecie.

Ai sensi degli artt. 4 e 11 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, i dati personali oggetto di trattamento vanno gestiti rispettando i canoni della correttezza, pertinenza e non eccedenza rispetto alle finalità del nuovo loro utilizzo. Risulta, quindi, eccedente rispetto al suo scopo un trattamento allorquando il datore di lavoro, pur potendo diversamente dimostrare l'illiceità della condotta di un suo dipendente, consistita in reiterati e non autorizzati accessi alla rete effettuati sul luogo di lavoro, diffonda numerose informazioni, non indispensabili per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, indicative anche degli specifici contenuti degli accessi ai singoli siti «web» visitati dal medesimo dipendente durante le varie navigazioni. (1)

II

CASSAZIONE, 11 luglio 2013, n. 17204, Sez. civ. – Pres. Salmè, Est. Didone, P.M. Russo (conf.) – L.P.F. (avv.ti, Giannarini, Ricca) c. Intesa San Paolo (avv.ti Ciccotti, Burragato, Ichino), Garante per la protezione dei dati personali (Avv. Stato).
Conf. Tribunale Milano, 13 dicembre 2007.

Diritto alla riservatezza – Dati personali – Acquisizione e trattamento in sede giudiziaria – Disciplina – Fattispecie.

In materia di trattamento dei dati personali, non è necessario il consenso dell'interessato nei casi indicati dall'art. 24 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, fra i quali rientra l'utilizzazione dei dati per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che essi siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento (nella specie, la Corte ha

ritenuto lecita l'acquisizione e il successivo trattamento di una serie di dati, in particolare il movimento dei conti correnti – riguardanti il vicedirettore di una filiale di un istituto di credito, le cui risultanze avevano portato all'apertura di un procedimento disciplinare a suo carico e al licenziamento per giusta causa; situazione da cui erano conseguiti una controversia di lavoro instaurata a seguito dell'impugnazione del licenziamento e un procedimento penale). (2)

(1-2) TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI DEL LAVORATORE ED ESERCIZIO DEL DIRITTO ALLA DIFESA DEL DATORE

1. — Nelle pronunce in epigrafe, la Cassazione offre spunti interessanti riguardo al problema del bilanciamento degli opposti interessi del trattamento dei dati personali del lavoratore, da un lato, e dell'esercizio del diritto di difesa del datore di lavoro, dall'altro. Al riguardo, appare opportuno prendere le mosse dai casi che hanno originato le due pronunce in commento.

Nel primo caso (n. 17204/2013) un dipendente di un istituto bancario si rivolgeva al Garante per la protezione dei dati personali: ciò al fine di lamentare l'utilizzo – da parte del datore di lavoro – dei dati personali riguardanti la movimentazione dei conti correnti, di cui uno cointestato con il coniuge; i dati in questione erano stati resi noti a opera dell'ispettorato della direzione centrale dell'istituto e avevano messo in evidenza «un giro abnorme di denaro» (ingenti somme di dossier titoli intestati al lavoratore, autorizzazione ad apertura di conti correnti a persone ritenute «inaffidabili» ecc.); a seguito di tale ispezione, era stato avviato l'*iter* disciplinare che aveva portato al licenziamento del lavoratore.

Per contestare la liceità dell'acquisizione dei dati il lavoratore si rivolgeva al Garante, che rigettava il ricorso: secondo quest'ultimo il trattamento dei dati non era stato compiuto in maniera illecita, poiché «pertinente e non eccedente» rispetto agli obiettivi (l'esercizio del potere disciplinare datoriale) per cui erano stati raccolti e utilizzati i dati stessi, ai fini degli obblighi di controllo a cui sono tenuti gli istituti di credito per le «attività sospette» ai sensi della normativa antiriciclaggio.

La Suprema Corte, nel confermare il provvedimento del Garante, afferma come, ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. n. 196 del 2003 (Codice della privacy), venga in rilievo, nel caso di specie, l'esercizio «di un interesse giuridicamente rilevante» (pur nei limiti in cui «ciò sia necessario per la tutela di quest'ultimo interesse»), ossia il diritto di difesa dell'istituto di credito.

In modo diverso si è espressa la Sezione lavoro della Corte di Cassazione con una pronuncia del mese successivo (n. 18443/2013) a firma del medesimo giudice relatore; la sentenza, confermando quanto precedente affermato dal Garante e dal Tribunale di Palermo, ha ritenuto illegittimo il trattamento dei dati attuato da un'azienda, la quale aveva documentato il contenuto degli accessi non autorizzati durante l'orario di lavoro alla rete internet da parte di un suo dipendente e da cui era derivata, infine, la decisione di licenziare il lavoratore: secondo la Suprema Corte, infatti, dalla navigazione potevano evincersi dati «sensibili», quali l'orientamento politico, sindacale, religioso e le scelte sessuali (nel caso di specie, l'accesso a vari siti, tra cui anche quelli pornografici).

In particolare, i giudici di legittimità hanno ritenuto che la contestazione disciplinare, in sé lecita, si fondasse su un trattamento dei dati compiuto in maniera «eccedente» rispetto agli obiettivi perseguiti. In altre parole, le informazioni di natura sensibile possono essere trattate dal datore, senza il consenso dell'interessato, solo quando il trattamento è considerato «indispensabile» per far valere un diritto in sede giudiziaria.

In sintesi, rispetto alla prima vicenda, dove erano predeterminati in maniera chiara gli obiettivi rispetto ai quali erano stati raccolti i dati, nella seconda decisione è stato dato maggiore spazio alla salvaguardia della riservatezza del lavoratore, nonostante il comportamento di quest'ultimo fosse da ritenersi comunque illecito. Pertanto, non l'obiettivo perseguito con la raccolta dei dati, quanto le modalità per raggiungerlo sono state considerate non «indispensabili», travalicando la sfera personale.

In proposito, appare opportuno rammentare come l'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 196/2003 miri a prevenire fenomeni che possono ritenersi discriminatori nei confronti dell'interessato, quali l'acquisizione di dati personali atti a rivelarne l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché lo stato di salute e la vita sessuale (Sull'ampiezza della nozione di dato personale, all'interno del quale si articolano le nozioni di dati comuni, sensibili e giudiziari, vedi A. Trojsi, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013, pp. 401 ss.). D'altra parte, alla luce delle fonti sovranazionali che arricchiscono la nozione di sfera privata, il diritto alla privacy si delinea come «diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni» (In proposito vd. S. Giubboni, *Potere datoriale di controllo e diritto alla privacy dl lavoratore: una sinossi delle fonti europee e internazionali*, in q. *Riv.*, 2012, n. 1, I, pp. 82 ss.).

Nell'ambito del rapporto di lavoro l'evoluzione tecnologica incide sempre di più nella sfera della persona del prestatore: per tale motivo princìpi quali quelli di «non eccedenza» e di «necessità», emersi nei casi in commento, contribuiscono a limitare il potere di controllo informatico del datore di lavoro, impendendo a quest'ultimo di compiere operazioni di trattamento «automatizzato» dei dati dei dipendenti non «necessarie» ossia «quasi inevitabili» (A. Trojsi, *op. ult. cit.*, p. 383).

Con particolare riferimento alla seconda pronuncia, inoltre, l'accertamento nei confronti del lavoratore è risultato «eccedente», dal momento che, come rilevano gli stessi giudici di legittimità, esistevano altri mezzi idonei ad affermare l'illiceità del comportamento del dipendente: il datore di lavoro aveva raccolto i dati – senza previa informazione del controllo e del tipo di trattamento – attraverso un accesso al computer utilizzato dal lavoratore, invece che tramite un accesso al file di *backup* a conoscenza dello stesso per mezzo del «manuale di qualità»: in tale modo, operando «un trattamento diffuso di numerose altre informazioni indicative anche degli specifici contenuti degli accessi dei singoli siti web visitati nel corso delle varie navigazioni», il datore di lavoro ha finito col porre in essere un trattamento di dati «eccedente» rispetto agli obiettivi perseguiti.

Nel caso specifico, la comparazione fra contrapposti interessi, consistenti, da un lato, nel diritto alla protezione dei dati personali dell'interessato e, dall'altro, nell'esigenza di non aggravare in maniera eccessiva l'attività amministrativa propria del titolare del trattamento, ha fatto prevalere il primo sulla seconda [L. Del Vecchio, *Sub art.*

24, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in R. De Luca Tamajo, O. Mazzotta (diretto da), *Commentario breve delle leggi sul lavoro*, Padova, 2013, p. 1991].

D'altro canto, l'ottica della comparazione connota anche l'operato sia della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sia della giurisprudenza della Corte di Cassazione, per la quale si deve adottare la cd. gerarchia mobile di bilanciamento, intesa come concreta individuazione da parte del giudice dell'interesse da privilegiare a seguito di una ponderata valutazione della specifica situazione «capace di evitare che la piena tutela di un interesse possa tradursi nella limitazione di quello contrapposto tanto da vanificarne o ridurne il valore contenutistico» (Cass. 5 agosto 2010, n. 18279, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, n. 4, p. 1143, con nota di E. Cafiero, *Nel procedimento disciplinare il diritto di difesa del lavoratore può prevalere sulla tutela della riservatezza di altre persone coinvolte*; Cass. 30 giugno 2009, n. 15327, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, n. 3, p. 695, con nota di D. Bonsignorio, *Riservatezza e rapporto di lavoro: gli obblighi del datore di lavoro ex art. 2087 cod. civ. come «limite esterno» al diritto del lavoratore alla privacy*; entrambe le pronunce sono richiamate recentemente nel commento critico a Trib. Ferrara 27 agosto 2012, n. 172, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 2, II, con nota di F. Olivelli, *Il difficile bilanciamento tra la tutela della privacy e le esigenze di controllo del datore di lavoro*).

Nella logica di comparazione, nella prima pronuncia in commento, l'esigenza del diritto alla difesa del datore ha prevalso rispetto a quello alla riservatezza, dal momento che, fermi restando i princìpi di correttezza, pertinenza e non eccedenza (art. 11, d.lgs. n. 196/2003), l'utilizzazione di dati personali anche senza il consenso dell'interessato è consentita quando è necessaria a far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria (Così Cass., Sez. III, 11 febbraio 2009, n. 3358, in *Foro it.*, 2010, n. 1, I, pp. 209 ss.; Cass., 7 dicembre 2004, n. 22923, in *Dir. rel. ind.*, con nota di S.L. Monticelli, *L'uso processuale dei documenti aziendali tra diritto di difesa del lavoratore ed esigenza di riservatezza dell'impresa*). In sostanza, la linearità dell'obiettivo emerge nella vicenda che ha portato alla prima sentenza in esame, dal momento che lo scopo dell'istituto bancario ha reso lecito il monitoraggio compiuto.

Questa linearità nella connessione obiettivo-mezzo perseguito evidenzia il profilo di criticità del comportamento adottato dal datore nel secondo caso, laddove sono messe in discussione le modalità con cui è stato effettuato il controllo, ma non l'obiettivo di far emergere un comportamento illecito (Sul ruolo sempre più modesto del consenso individuale a fronte di un allargamento delle eccezioni in proposito, vedi il provvedimento del Garante della privacy del 5 ottobre 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, n. 2, II, pp. 374 ss., con nota di C. Faleri, *Sulla tutela della riservatezza del lavoratore nelle indagini preliminari al procedimento disciplinare: un intervento del Garante per la protezione dei dati personali*).

Inoltre, rispetto alla riservatezza del lavoratore, il parametro dell'indispensabilità emerge anche come elemento di cerniera e come concetto proprio dell'equilibrio tra gli interessi per quanto riguarda i controlli disciplinati nello Statuto dei lavoratori, laddove essi siano volti a «ricondurre il potere direttivo dell'imprenditore entro gli argini segnati dall'oggetto e dalla causa del contratto, e a tale scopo definisce i valori di dignità del lavoratore che non possono essere coinvolti nel rapporto di subordinazione, o possono esserlo solo nella misura strettamente indispensabile e con adeguat[e] garanzie assicurando un assetto più equilibrato degli interessi contrapposti delle parti, e

quindi più coerente con la logica egualitaria del contratto» [Così L. Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 400, ripreso anche da M. Aimo, *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali dei lavoratori*, in M. Marazza (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, II, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto lavoro*, vol. IV, Padova, 2012, p. 1797].

In proposito, un ruolo non secondario, proprio perché non costituiscono «meri indirizzi operativi, di buone prassi o di raccomandazioni», sono le Linee guida del Garante sul corretto utilizzo delle tecnologie informatiche in azienda del 2007, che «hanno sollecitato l'adozione di una strategia di carattere preventivo e inibitorio, intesa a ridurre al minimo l'esigenza di verificare *a posteriori* gli accessi effettuati dal singolo utente, in coerenza con i princìpi di pertinenza e di non eccedenza del trattamento dei dati personali» [Così P. Tullini, *Tecnologie informatiche in azienda: dalle Linee guida del Garante alle applicazioni concrete*, in P. Tullini (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, Padova, 2010, pp. 124 e 130].

Alberto Mattei
Dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei
presso l'Università di Trento

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 9 luglio 2013, ricorso n. 2330/099, Grande Camera – Pres. Spielmann – «*Păstorul cel bun*» (avv. Chiriţă) c. Romania (avv.ti Brumar, Cambrea).

Attività sindacale – Costituzione di associazione sindacale di sacerdoti e laici senza l'autorizzazione delle gerarchie ecclesiastiche – Mancato riconoscimento del sindacato dalle autorità pubbliche – Violazione art. 11 Cedu – Non sussiste – Possibile rischio per l'autonomia dell'organizzazione religiosa – La scelta di non riconoscere il sindacato rientra nel margine di apprezzamento dello Stato contraente.

In caso di costituzione di un'associazione sindacale di sacerdoti e laici senza la necessaria autorizzazione delle gerarchie ecclesiastiche, il mancato riconoscimento da parte delle autorità statali non costituisce violazione dell'art. 11 della Cedu in materia di libertà sindacale, rientrando la scelta di riconoscere o no un'associazione sindacale, le cui finalità potrebbero porre a rischio l'autonomia dell'organizzazione religiosa, nel margine di apprezzamento degli Stati contraenti. (1)

(1) LIBERTÀ SINDACALE E LIBERTÀ RELIGIOSA.
IL (NON) BILANCIAMENTO DELLA GRANDE CAMERA

SOMMARIO: 1. Ricostruzione dei fatti. — 2. L'applicabilità dell'art. 11 Cedu nelle comunità religiose. — 3. Art. 11 Cedu e autonomia delle organizzazioni religiose. — 4. Una decisione sul margine di apprezzamento. — 5. Il richiamo alla Direttiva n. 2000/78/Ce. — 6. Le finalità del sindacato ricorrente. Una questione rimasta sullo sfondo. — 7. Osservazioni finali.

1. — *Ricostruzione dei fatti* — Il caso che si commenta ha a oggetto il rigetto da parte delle autorità romene della richiesta di riconoscimento di personalità giuridica e d'iscrizione nell'apposito registro dei sindacati riconosciuti del sindacato *Păstorul cel*

bun (Il buon pastore) (1). In particolare, la Corte Edu è stata chiamata a decidere sulla conformità di tale rigetto all'art. 11 della Convenzione che garantisce la libertà di costituire e aderire a un sindacato per la protezione dei propri interessi.

L'elemento caratterizzante la vicenda, come si può intuire dal nome stesso del sindacato al centro della decisione, è rappresentato dalla natura religiosa delle funzioni della maggior parte dei suoi membri. Il sindacato veniva, infatti, costituito su iniziativa di trentadue sacerdoti ortodossi e tre impiegati laici dell'Arcidiocesi di Cracovia, con lo scopo di rappresentare e proteggere i diritti e gli interessi dei propri membri in ambito professionale, economico, sociale, culturale nei confronti, da un lato, della gerarchia ecclesiastica dall'altro, del ministero della Cultura e degli Affari religiosi.

La richiesta di riconoscimento presentata, in base alla legge nazionale che disciplina la costituzione di sindacati, al Tribunale di Cracovia incontrava da subito il dissenso delle autorità ecclesiastiche. Nello specifico, l'Arcidiocesi sosteneva davanti al Tribunale che la costituzione del sindacato in assenza del «consenso e della benedizione» dell'arcivescovo fosse in contrasto con lo Statuto della Chiesa ortodossa romena, approvato dal Governo con specifica ordinanza. Lo Statuto prevede, infatti, che sia riservata alla Chiesa la creazione di associazioni o fondazioni al suo interno e subordina la partecipazione dei membri del clero a qualsiasi forma di associazione al consenso dell'arcivescovo.

Ne seguono due decisioni delle Corti nazionali che permettono fin da subito di identificare con chiarezza il potenziale conflitto tra libertà religiosa e libertà sindacale alla base della controversia. La prima, pronunciata dal Tribunale di Cracovia in primo grado e favorevole al riconoscimento del sindacato, pone l'accento sull'obbligo a carico delle comunità religiose di rispettare i diritti e le libertà fondamentali della persona e sul divieto di discriminare in ragione dell'appartenenza a una comunità religiosa. La seconda, pronunciata a seguito dell'appello dell'Arcidiocesi e di segno diametralmente opposto, richiama le garanzie costituzionali a tutela della libertà religiosa e la necessità di rispettare l'autonomia delle comunità religiose, sia per quanto riguarda l'organizzazione interna, sia per quanto riguarda il complesso di diritti e obblighi dei propri membri.

Esauriti i rimedi interni, i membri del sindacato sottoponevano la questione alla Corte Edu. La Sezione III della Corte, con decisione del 31 gennaio 2012, dichiarava, con cinque voti a favore e due contrari, la sussistenza di una violazione dell'art. 11 della Convenzione. Ma, così com'era successo per l'assai più nota decisione della stessa Sezione in *Lautsi v. Italy* (2), a richiesta del Governo romeno, la causa sarebbe stata riferita alla Grande Camera. E come in quest'ultimo caso, la Grande Camera avrebbe ribaltato la decisione della Sezione III sulla sussistenza di una violazione della Convenzione. Con dodici voti a favore e sei contrari, la Grande Camera ha ritenuto che il rifiuto delle autorità romene di iscrivere *Păstorul cel bun* nel registro dei sinda-

(1) L'evoluzione delle vicende riguardanti il sindacato, dalla sua creazione al conflitto con le gerarchie ecclesiastiche, è ricostruita in modo dettagliato in F. Botti, *L'esercizio dell'attività sindacale dei ministri di culto nella Chiesa ortodossa romena*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statochiese.it*), 2012, n. 30.

(2) Corte Edu 18 marzo 2011, n. 30814/06, *Lautsi v. Italy*.

cati riconosciuti rappresentasse una restrizione della libertà di associazione garantita dall'art. 11, ma che tale restrizione fosse legittima poiché non eccedente il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati contraenti in materia di rapporti tra Stato e confessioni religiose.

2. — *L'applicabilità dell'art. 11 Cedu nelle comunità religiose* — Com'è stato anticipato, i membri del sindacato si rivolgevano alla Corte Edu lamentando una violazione dei diritti loro riconosciuti dall'art. 11 della Convenzione. Il mancato riconoscimento del sindacato avrebbe, secondo gli stessi, l'effetto di privare lo specifico gruppo di lavoratori interessato della possibilità di tutelare i propri interessi per il tramite di un'associazione sindacale, di conseguenza escludendoli da qualsiasi forma di protezione di fronte a potenziali abusi.

Come noto, nella formulazione dell'art. 11 Cedu, la libertà di associazione sindacale è tutelata come aspetto peculiare della più generale libertà di associazione, in ragione dell'originaria vocazione della Convenzione quale strumento a garanzia dei diritti civili e politici (3). Nello specifico, esso prevede il diritto di ogni persona di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi. Tale libertà non è tuttavia tutelata in termini assoluti, prevedendo lo stesso articolo, al comma 2, che l'esercizio di tali diritti possa essere oggetto di restrizioni stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Alla regola di cui sopra fa seguito una previsione specifica riguardante particolari categorie di lavoratori, la quale parrebbe aprire la strada a restrizioni più consistenti dei medesimi diritti con riferimento ai membri delle Forze armate, della Polizia o dell'amministrazione dello Stato (4).

Si può ritenere ormai pacifica nella giurisprudenza della Corte Edu una lettura della tutela di cui all'art. 11 che si articola in due dimensioni: una positiva e una negativa. Da un lato, come specificato dalla Grande Camera (par. 131), l'art. 11 ha la finalità di tutelare l'individuo di fronte a eventuali interferenze della pubblica autorità. Il rispetto da parte degli Stati contraenti dell'art. 11 si risolve nell'osservazione di un obbligo negativo: quello di non interferire con l'esercizio dei diritti di libertà sindacale. Dall'altro, esso include una serie di obblighi positivi a carico degli Stati contraenti tesi a garantire il godimento effettivo di tali diritti.

La Corte, dopo aver tradizionalmente riconosciuto agli Stati contraenti un ampio margine di apprezzamento nel definire le misure necessarie ai fini dell'esercizio effettivo della libertà sindacale, più recentemente sembra aver optato a favore di una più incisiva supervisione degli standard nazionali (5). Senza abbandonare l'atteggiamento

(3) In questo senso vd. G. Fontana, *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai princìpi ai conflitti*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 78/2010, p. 45. L'Autore richiama espressamente la riflessione sul punto di M. Merino, *Le renforcement de la protection de la liberté syndacale par la Cour Edh*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, n. 70, p. 465.

(4) N. Hervieu, *Liberté syndicale (art. 11 Cedh): conflit entre le droit de fonder un syndicat et le principe d'autonomie des communautés religieuses*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statochiese.it*), 2012, p. 3.

(5) G. Fontana, *op. ult. cit.*, p. 45. M. Merino, *op. ult. cit.*, p. 466.

solitamente prudente che caratterizza l'approccio della Corte in materia di libertà sindacale e continuando a riconoscere un ampio di margine di apprezzamento agli Stati contraenti, seppure più limitato, la Corte è recentemente intervenuta a tutela del diritto di sciopero e di contrattazione collettiva (6).

Come ci ricorda la Grande Camera, in base alla giurisprudenza sull'art. 11 (par. 135), è possibile individuare un elenco non esaustivo degli elementi costitutivi della libertà sindacale, come ad esempio quello di costituire o aderire a un sindacato, il divieto di accordi di *closed shop*, il diritto di essere ascoltati e, salvo casi eccezionali, il diritto alla contrattazione collettiva come riconosciuto recentemente in *Demir and Baykara v. Turkey* (7). E, si potrebbe aggiungere, il diritto di sciopero, da ultimo tutelato dalla Corte in *Enerji Yapi – Yol Sen v. Turkey* (8).

In entrambe le decisioni richiamate, l'art. 11, comma 2, ha permesso alla Corte di sottoporre le restrizioni al diritto alla contrattazione collettiva e al diritto di sciopero a un controllo scrupoloso. La Corte, pur senza individuare nell'art. 11, comma 1, almeno non in modo del tutto esplicito, l'obbligo per gli Stati contraenti di garantire l'esercizio di tali diritti, ha condannato le autorità nazionali escludendo che nei casi esaminati vi fossero ragioni legittime per limitarne l'esercizio.

Se l'orientamento della giurisprudenza di Strasburgo in materia di libertà sindacale si può ritenere in tale senso consolidato, la misura in cui tali diritti possono essere esercitati nell'ambito delle comunità religiose rappresenta per la Corte una questione nuova (9).

Ma prima di affrontare la delicata questione di cui sopra, la Corte Edu è tenuta a rispondere a una diversa domanda, riguardante la stessa applicabilità nelle comunità religiose delle garanzie di cui all'art. 11 Cedu.

La decisione della Sezione III, su quest'aspetto, non lasciava dubbi. Dopo aver affermato che sacerdoti e laici svolgessero le loro attività in forza di contratti individuali di lavoro (10), che percepissero uno stipendio a carico del bilancio dello Stato, oltre ad avere accesso al sistema di previdenza previsto per i dipendenti pubblici, la Camera concludeva che i sacerdoti, e a maggior ragione gli impiegati laici della Chiesa, non potessero essere sottratti all'ambito di applicazione dell'art. 11 Cedu. Stabilita per questa via l'applicabilità dell'art. 11 a sacerdoti e laici, il margine di manovra degli Stati veniva limitato alla possibilità di porre in essere restrizioni legittime ai sensi del comma 2 dell'art. 11 Cedu (par. 64).

---

(6) Vd., sulle diverse letture di questa evoluzione della giurisprudenza, G. Fontana, *op. ult. cit.*, p. 48.

(7) Corte Edu 12 novembre 2008, n. 34503/97, *Demir and Baykara v. Turkey*. Per un'approfondita analisi del caso vd. N. Hervieu, *Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale*, in *Revue de Droit du Travail*, 2009, n. 5, pp. 288 ss.

(8) Corte Edu 21 aprile 2009, n. 68959/01, *Enerji Yapi – Yol Sen v. Turkey*.

(9) N. Hervieu, *Liberté syndicale (art. 11 Cedh): conflit entre le droit de fonder un syndicat et le principe d'autonomie des communautés religieuses*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statochiese.it*), 2012, p. 2.

(10) In base alla ricostruzione dei fatti nella decisione della Grande Camera, la pratica della Chiesa ortodossa di firmare contratti di lavoro con i sacerdoti è stata abbandonata da novembre 2011 poiché, secondo il parere del ministero del Lavoro, basata su un'interpretazione errata del diritto vigente (par. 43; par. 44).

Alla stessa conclusione perviene anche la Grande Camera, pur soffermandosi in modo più approfondito sulle peculiarità del rapporto che lega i sacerdoti alla Chiesa. Per stabilire se tale rapporto possa ricondursi a un rapporto di lavoro ai fini dell'applicabilità dell'art. 11, la Grande Camera richiama i criteri dettati dalla Raccomandazione Oil n. 198/2006 sul rapporto di lavoro, ossia lo svolgimento della prestazione lavorativa e la remunerazione del lavoratore (11).

Alla luce dei criteri di cui sopra, la stessa osserva che le mansioni espletate dai sacerdoti rivestono alcune caratteristiche tipiche di un rapporto di lavoro. Da un lato, le attività previste si svolgono a seguito della decisione di nomina dell'arcivescovo, la quale ne definisce diritti e doveri, e sotto la supervisione di quest'ultimo. Per di più, oltre a occuparsi di funzioni liturgiche i sacerdoti insegnano, gestiscono i beni della parrocchia e si occupano della vendita di articoli liturgici. Dall'altro lato, la legge nazionale prevede un numero di posti riservati a membri del clero e laici, i cui stipendi sono in gran parte finanziati dallo Stato e dalle autorità locali e i cui salari sono definiti in rapporto a quelli degli impiegati del ministero dell'Educazione. In aggiunta, la Chiesa paga i contributi assicurativi, e i sacerdoti pagano le tasse sugli stipendi, contribuiscono al sistema nazionale di previdenza sociale e accedono al pari degli altri lavoratori all'assistenza sanitaria, alle prestazioni pensionistiche e al sussidio di disoccupazione.

È evidente che il rapporto che lega i sacerdoti alla Chiesa abbia natura particolare in ragione della funzione di guida spirituale che questi ultimi sono chiamati a svolgere. È altresì pacifico che gli stessi siano legati alla Chiesa da particolari obblighi di fedeltà. Tuttavia, conclude la decisione della Grande Camera, tali particolarità non sono tali da sottrarre il rapporto dall'ambito di applicazione dell'art. 11. A questo proposito, la decisione chiarisce che il comma 2 dell'art. 11 non esclude dal proprio ambito di applicazione alcun gruppo occupazionale e che, al più, le autorità nazionali possono imporre ad alcune categorie di lavoratori delle «restrizioni legittime» secondo quanto previsto dallo stesso comma 2 (par. 145).

La decisione sull'applicabilità dell'art. 11 ai sacerdoti non può che essere condivisa. Di fatto, affermare il contrario avrebbe significato creare una sorta di area di sospensione dei diritti garantiti dalla Convenzione. Essa lascia tuttavia almeno una questione aperta. È possibile assimilare la posizione di questi ultimi a una delle categorie di lavoratori espressamente menzionate dal comma 2 dell'art. 11? La scelta della Corte di non approfondire quest'aspetto potrebbe essere letta, com'è stato osservato, alla luce di un processo di «disattivazione implicita» del regime derogatorio previsto per queste categorie. Tale processo tenderebbe a superare la regola speciale con la finalità di uniformare il controllo di legittimità delle restrizioni alla libertà sindacale *ex* art. 11, comma 2 (12). La decisione della Grande Camera, nel ricordare che l'art. 11 non esclude dal proprio ambito di applicazione alcun gruppo occupazionale, sembrerebbe confortare tale interpretazione.

---

(11) Sull'utilizzo nella giurisprudenza Cedu delle raccomandazioni Oil vd. V. Remida, *Il ruolo della soft-law nella protezione multilivello dell'autonomia collettiva*, in q. *Riv.*, 2013, n. 4, I, pp. 783 ss.

(12) N. Hervieu, *op. ult. cit.*, p. 3.

3. — *Art. 11 Cedu e autonomia delle organizzazioni religiose* — All'affermazione circa l'applicabilità nel caso di specie dell'art. 11 Cedu, fa seguito la pacifica constatazione, in entrambe le decisioni, del fatto che il rigetto della richiesta di riconoscimento del sindacato da parte delle autorità romene costituisce un'interferenza nell'esercizio dei diritti di libertà sindacale.

La Corte Edu si ritrova dunque ad affrontare il passaggio più delicato dell'intero giudizio: la valutazione sulla legittimità dell'interferenza statale alla luce dell'art. 11, comma 2. Il test previsto da quest'ultimo comma si articola in tre distinti passaggi. In primo luogo è necessario verificare che la restrizione della libertà sindacale sia stabilita per legge; in secondo luogo essa deve perseguire una delle finalità ivi elencate; e infine deve essere considerata necessaria in una società democratica e proporzionata.

Entrambe le decisioni concordano sul fatto che la misura sia dettata dalla legge. La Grande Camera in proposito osserva che la limitazione della libertà sindacale derivi direttamente dallo Statuto della Chiesa ortodossa, come approvato con ordinanza del Governo. Pur mancando nello Statuto un'espressa previsione che vieta la costituzione di sindacati, si considera che le Corti nazionali abbiano dedotto tale divieto in base alla normativa nazionale che stabilisce che sia prerogativa della Chiesa ortodossa romena la creazione di associazioni o fondazioni di carattere religioso e che la partecipazione dei membri del clero a qualsiasi forma di associazione sia sottoposta al consenso dell'arcivescovo (par. 154).

Altrettanto pacifica, in entrambe le decisioni, risulta l'individuazione di una finalità legittima. Per la Camera questa finalità è rappresentata dall'esigenza di difendere l'ordine pubblico, il quale comprende la libertà e l'autonomia delle comunità religiose (par. 67). Secondo la Grande Camera, invece, la finalità perseguita dalla misura in questione è rappresentata dall'esigenza prevista dall'art. 11, comma 2, di proteggere i diritti altrui. Nello specifico, nella ricostruzione di quest'ultima, le autorità nazionali hanno agito nell'intento di preservare l'autonomia organizzativa delle comunità religiose: il diritto di queste ultime a non subire interferenze, riferito sia all'organizzazione interna, sia al complesso di diritti e obblighi dei propri membri. Tale diritto, chiarisce la Grande Camera, trova fondamento nella lettura congiunta degli artt. 9 e 11 Cedu e si pone al centro delle tutele della libertà religiosa (par. 158).

La valutazione di legittimità dell'interferenza statale si risolve pertanto nel bilanciamento di due interessi concorrenti, entrambi tutelati dalla Convenzione. Da un lato, l'art. 11 e, dall'altro, l'art. 9.

Formulata altrimenti, la questione che si pone ai giudici di Strasburgo è la stessa che si trova alla base delle controversie in ambito lavorativo riguardanti le cd. «organizzazioni di tendenza», e si sostanzia nella ricerca di un giusto equilibrio tra le esigenze della «tendenza» e i diritti dei lavoratori.

In questa prospettiva, la decisione della Grande Camera andrebbe considerata alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo avente a oggetto il bilanciamento tra autonomia delle organizzazioni religiose e diritti fondamentali del singolo.

Già nel caso *Vallauri* (13), la Corte affermava la necessità di bilanciare l'interesse dell'Università cattolica con i diritti fondamentali del ricorrente, escludendo che l'interesse di quest'ultima a offrire agli studenti un insegnamento ispirato alla dottrina

(13) Corte Edu 20 ottobre 2009, n. 39128/05, *Vallauri v. Italy*.

cattolica potesse estendersi fino al punto di intaccare la sostanza della libertà di espressione o al punto di compromettere totalmente il diritto a un equo processo. Lungi dal valutare la compatibilità delle idee del ricorrente con la dottrina della Chiesa cattolica, l'idea che permea la decisione è che gli Stati contraenti devono assicurare un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco, non potendosi limitare a prendere atto delle decisioni delle autorità ecclesiastiche. Il controllo della Corte Edu sarà finalizzato a stabilire, secondo una valutazione autonoma della Corte, se nel caso sottoposto alla sua attenzione l'esigenza di garantire il bilanciamento degli interessi in gioco possa dirsi soddisfatta.

Decisioni più recenti sembrano dare conferma a questo principio. Si tratta delle pronunce della Corte in *Obst* (14), *Schuth* (15), *Siebenhaar* (16). In tutti e tre i casi, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del licenziamento dei ricorrenti in ragione di comportamenti attinenti la loro sfera privata. Il sig. *Obst*, responsabile delle relazioni pubbliche della Chiesa mormone, era stato licenziato per aver coltivato una relazione extraconiugale; il sig. *Schuth*, organista e maestro di coro della Chiesa cattolica, per avere avuto un figlio da una donna che non era sua moglie; mentre la sig. *Siebenhaar*, maestra in un asilo nido gestito dalla Chiesa protestante, per aver aderito a una comunità religiosa basata su princìpi incompatibili con quelli della prima.

Nei casi sopra citati, la Corte Edu, pur confermando la tendenza a riconoscere ampio rilievo all'esigenza di garantire l'autonomia delle organizzazioni religiose e a giustificare in ragione di ciò la limitazione dei diritti del singolo, non manca, come ad esempio nel caso *Schuth*, di verificare puntualmente l'effettivo bilanciamento degli interessi in gioco. La Corte, seppure in modo non esplicito e confuso, sembrerebbe aderire alla cd. teoria dualistica, prendendo pertanto in considerazione la natura di tendenza delle mansioni affidate al lavoratore, lasciando intendere che il contrario si porrebbe in contrasto con il principio di proporzionalità (17). Si spiegherebbe per questa via l'esclusione di una violazione nel caso *Obst* e *Siebenhaar*, a fronte della dichiarazione di violazione dell'art. 8 Cedu nel caso *Schuth*.

Allargando lo sguardo oltre lo specifico ambito considerato, è facile notare come, in alcune decisioni della Corte riguardanti il bilanciamento tra diritti del singolo e le esigenze di tutela delle comunità religiose, la tendenza della Corte a far prevalere questi ultimi si confermi in modo più netto. Basti in proposito richiamare le recenti decisioni della Corte *Wasmuth v. Germany* (18) e *Lautsi v. Italy*. In modo particolare, quest'ultimo caso si differenzia in modo netto rispetto a quelli richiamati, rinunciando la Corte, quasi del tutto, a fare una valutazione autonoma ai fini della legittimità della misura. Quello della libertà religiosa rappresenta in generale un

(14) Corte Edu 23 settembre 2010, n. 425/03, *Obst v. Germany*.

(15) Corte Edu 23 settembre 2010, n. 1620/03, *Schuth v. Germany*.

(16) Corte Edu 3 febbraio 2011, n. 18136/02, *Siebenhaar v. Germany*.

(17) M. Corti, *Diritto dell'Unione europea e status delle confessioni religiose. Profili lavoristici*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statochiese.it*), 2011, p. 15.

(18) Corte Edu 17 febbraio 2011, n. 12884/03, *Wasmuth v. Germany*; vd. commento di N. Hierveu, *Liberté de religion (art. 9 Cedh): droit de ne pas être contraint de révéler ses convictions religieuses et prélèvement à la source de l'impôt cultuel. L'affaire Wasmuth c. Allemagne*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statochiese.it*), 2011.

terreno particolarmente scivoloso, in cui la Corte si muove con molta prudenza, a volte deferenza nei confronti degli Stati contraenti. Ne risulta un quadro giurisprudenziale complesso e di difficile lettura. L'ultima decisione della Corte in materia di organizzazioni di tendenza, *Fernández Martínez v. Spain* (19) che nel sancire la legittimità dell'allontanamento del ricorrente dall'insegnamento religioso in una scuola pubblica in ragione del venire meno del consenso delle autorità ecclesiastiche non omette di citare in qualità di precedente *Păstorul cel bun*, pare rafforzare questa descrizione. Al fine di comprendere come la sentenza che si commenta s'integri all'interno di questo filone giurisprudenziale, è necessario analizzare, come faremo adesso, la valutazione della Corte sul carattere necessario dell'interferenza con la libertà sindacale.

4. — *Una decisione sul margine di apprezzamento* — La valutazione sul carattere necessario in una società democratica della limitazione della libertà sindacale rappresenta sicuramente la questione chiave del contenzioso di fronte alla Corte Edu. È proprio l'ultima delle tre fasi in cui si articola la valutazione di legittimità ai sensi dell'art. 11, comma 2, a giustificare la riforma da parte della Grande Camera della decisione della Sezione III sulla sussistenza di una violazione dell'art. 11 Cedu. Le due decisioni saranno quindi messe a confronto anche su questo ultimo profilo.

La Camera chiariva da subito che le restrizioni alla libertà sindacale possono essere giustificate solo alla luce di ragioni molto forti e che nel determinare la loro natura necessaria in una società democratica, il che implica l'esistenza di un «bisogno sociale pressante», gli Stati contraenti hanno un limitato margine di apprezzamento (par. 66).

Ciò non significa tuttavia che la Corte sostituisca le proprie valutazioni a quelle delle autorità nazionali. I compiti della Corte ai sensi dell'art. 11, comma 2, si limitano alla verifica scrupolosa della natura rilevante e sufficiente delle ragioni addotte a giustificazione della restrizione; del carattere proporzionato della restrizione rispetto al fine perseguito e infine della giusta considerazione da parte delle autorità nazionali dei fatti rilevanti (20).

Il carattere necessario della restrizione, così inteso, ha la funzione di garantire l'essenza dei diritti fondamentali, evitando che gli stessi possano venire compressi in modo ingiustificato e arbitrario.

Passando all'esame del caso di specie, la Sezione III, aveva, in primo luogo, escluso l'esistenza di un «bisogno sociale pressante». Pur riconoscendo l'importanza dell'esigenza di tutelare l'autonomia delle comunità religiose nell'ambito di una società democratica, la stessa aveva escluso che la costituzione del sindacato potesse rappresentare un rischio a tale esigenza, alla luce del fatto che lo Statuto del sindacato ricorrente non contenesse alcun passaggio critico nei confronti della fede ortodossa e della Chiesa ortodossa e che le posizioni dei suoi membri non potessero essere considerate poco rispettose a tale riguardo (par. 73). Detto altrimenti, la collocazione delle rivendicazioni dell'associazione sindacale esclusivamente sul piano della difesa degli interessi economici, sociali e culturali dei propri membri farebbe ve-

(19) Corte Edu 12 giugno 2014, n. 56030/07, *Fernández Martínez*,.

(20) Vd. *Demir and Baykara v. Turkey* (par. 119).

nire meno, secondo la Camera, il rischio reale e serio di un conflitto tra libertà sindacale e tutela dell'autonomia delle comunità religiose (par. 75).

Passando all'esame di proporzionalità della restrizione, la decisione riconoscendo che i datori di lavoro la cui etica è fondata sulla religione possano legittimamente, nel quadro della Convenzione, imporre ai propri lavoratori particolari obblighi di fedeltà, ribadiva che le autorità nazionali non possono esimersi dal garantire l'effettivo bilanciamento degli interessi in gioco, in ossequio al principio di proporzionalità.

Sennonché il richiamo al bilanciamento effettivo degli interessi si limitava a una mera affermazione di principio, escludendo la Camera che tali obblighi di fedeltà potessero comportare la restrizione dei diritti del lavoratore oltre certi limiti e, in particolare, che nel caso di specie potessero comportare restrizioni che toccano il nucleo essenziale della tutela garantita dall'art. 11, ossia il diritto stesso di costituire un sindacato (par. 81).

A sostegno della sua posizione, la Sezione III richiamava la Direttiva n. 2000/78/Ce ricordando che, pur riconoscendo quest'ultima un regime speciale per i datori di lavoro la cui etica è fondata sulla religione, la stessa specifica che tali previsioni non pregiudicano in alcun modo la libertà sindacale.

In sintesi, la Camera sembrava affermare che, se ai sensi dell'art. 11, comma 2, è astrattamente possibile derogare in modo legittimo ai diritti dei lavoratori in materia sindacale, tali deroghe non possono essere tali da svuotare di significato la tutela prevista dal comma 1 dello stesso articolo (21). Poiché il diritto di costituire un sindacato attiene al nucleo essenziale della tutela prevista dall'art. 11, la sua restrizione finisce pertanto per determinare di per sé una violazione della Convenzione (22).

In linea con la precedente giurisprudenza nonché con quanto affermato dalla Sezione III nella decisione riformata, anche la decisione della Grande Camera chiarisce che, ai fini della legittimità della misura, è necessario dimostrare l'esistenza di un rischio reale e serio per l'autonomia della Chiesa ortodossa, che l'interferenza con la libertà di associazione sindacale non vada oltre quanto necessario per eliminare tale rischio e che non sia determinata da finalità estranee alla tutela dell'autonomia religiosa, e infine che le Corti nazionali siano tenute a un bilanciamento accurato degli interessi in gioco (par. 159).

Ciò premesso, la Corte esamina le circostanze del caso di specie. Quanto alla necessità di dimostrare un rischio serio e reale, si riconosce che in ragione di quanto sostenuto dall'arcidiocesi di Cracovia in merito ai possibili effetti della creazione del sindacato, come ad esempio quello di mettere in discussione il diritto della Chiesa

(21) Vd. *Schuth v. Germany*, precedentemente citato. La Corte, pur riconoscendo che il lavoratore, in forza del contratto di lavoro con la Chiesa cattolica, fosse soggetto a un particolare obbligo di fedeltà, non ammette che tale obbligo fosse tale da comportare il dovere per quest'ultimo di astenersi dall'avere relazioni a seguito di divorzio o separazione. Un'interpretazione di questo tipo, afferma la Corte, avrebbe l'effetto di incidere sul cuore della protezione della vita privata e familiare di cui all'art. 8.

(22) N. Hervieu, *Liberté syndicale (art. 11 Cedh): conflit entre le droit de fonder un syndicat et le principe d'autonomie des communautés religieuses*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statochiese.it*), 2012, p. 7.

di organizzarsi secondo le proprie tradizioni e la sua struttura gerarchica, nonché tenuto conto di alcune delle finalità previste dallo Statuto del sindacato, la decisione delle autorità nazionali di non consentirne l'iscrizione nel registro dei sindacati riconosciuti non può essere considerata irragionevole (par. 164).

Quanto all'effettivo bilanciamento, la Grande Camera si limita a due affermazioni. In primo luogo, prende atto che secondo quanto sostenuto dal giudice nazionale la costituzione del sindacato avrebbe sostituito o messo in discussione le gerarchie ecclesiastiche. Di conseguenza, afferma che la valutazione dei giudici nazionali confermerebbe che la decisione di non riconoscere il sindacato non vada oltre quanto necessario per eliminare questo rischio (par. 169). In secondo luogo, osserva che, non prevedendo lo Statuto della Chiesa un divieto assoluto di creazione di sindacati, i membri del sindacato ricorrente sarebbero liberi di esercitare i diritti loro riconosciuti dall'art. 11 nell'ambito di un'associazione compatibile con quest'ultimo o di aderire a una delle organizzazioni già esistenti (par. 171).

Il *self-restraint* della Grande Camera si spiega alla luce del successivo richiamo all'ampia varietà di modelli costituzionali e alla mancanza di consenso a livello degli Stati contraenti in materia di rapporti tra Stato e confessioni religiose. Ne deriva che, in tale ambito, agli Stati contraenti deve essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento, il quale comprende il diritto di stabilire se riconoscere o no la costituzione di organizzazioni sindacali le cui finalità *potrebbero* entrare in conflitto con l'autonomia di cui tali organizzazioni godono. Ciò premesso, la Grande Camera conclude che le autorità statali non abbiano superato il limite del margine di apprezzamento loro riconosciuto.

Come osservato nella *dissenting opinion*, la decisione della maggioranza si astiene dal verificare autonomamente le condizioni previste dall'art. 11, comma 2, rimettendosi, salvo il riferimento alla possibilità per i membri del sindacato ricorrente di esercitare i propri diritti in un'associazione compatibile con le finalità della Chiesa ortodossa, alle valutazioni dei giudici nazionali. Essa non valuta l'effettività del rischio paventato dalla Chiesa ortodossa, ossia quello della creazione di sistema decisionale alternativo alla struttura propria della Chiesa, né si addentra nel bilanciamento effettivo degli interessi in gioco. Non vi è alcun accenno all'inesistenza di misure meno restrittive, idonee a garantire l'autonomia dell'organizzazione religiosa e allo stesso tempo più rispettose dei diritti garantiti ai membri del sindacato ricorrente ai sensi dell'art. 11 della Convenzione.

Lo stesso riferimento alla mancanza di consenso tra gli Stati contraenti è di per sé discutibile, giacché, nonostante l'esistenza di diversi modelli costituzionali in materia di rapporti tra Stato e confessioni religiose, la stessa Grande Camera afferma che, con riferimento ai diritti sindacali dei sacerdoti, nessuno Stato contraente vieta formalmente la costituzione di associazioni sindacali, mentre in alcuni Stati tale possibilità è riconosciuta espressamente, ricordando che, ad esempio, in Austria, Bulgaria, Finlandia, Turchia, Francia e Regno Unito esistono associazioni a difesa degli interessi dei sacerdoti che svolgono attività assimilabili a quelle di un'associazione sindacale dei lavoratori (par. 61).

I termini in cui la Grande Camera richiama il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati contraenti non rappresentano una novità nella giurisprudenza della Corte, in modo particolare in materia di libertà religiosa. Basti, infatti, ricordare quan-

to affermato dalla Corte in *Lautsi v. Italy*, già richiamata (23), e ancora prima in *Leyla Sahin v. Turkey* (24).

La decisione della Grande Camera pare allinearsi a questa giurisprudenza. In *Fernández Martínez v. Spain*, cui si accennava in precedenza, avente a oggetto il bilanciamento dell'autonomia delle organizzazioni religiose con il diritto al rispetto della vita familiare, la Corte Edu, richiamando proprio *Păstorul cel Bun* e *Leyla Sahin*, ricorda che, per quanto riguarda le questioni legate alle relazioni tra Stato e religioni, al ruolo delle autorità nazionali deve essere data speciale importanza (par. 130).

Il ricorso da parte della Corte Edu alla dottrina sul margine di apprezzamento è particolarmente discusso tra gli studiosi, specie negli ultimi anni. Senza addentrarsi in un esame di tale dottrina, dei suoi fondamenti teorici e giustificazioni di natura pragmatica, è possibile, in questa sede, limitarsi a notare che la decisione della Sezione III e quella della Grande Camera paiono fornire un esempio di quanto osservato da diversi studiosi, ossia del riferimento da parte della Corte a due versioni distinte del margine di apprezzamento (25). Nella prima, il ragionamento della Corte è teso a stabilire se la misura contestata sia idonea a realizzare un bilanciamento equo tra gli interessi in gioco. Il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati contraenti non preesiste alla valutazione della Corte: ne rappresenta il risultato. In altre parole, l'interferenza con i diritti tutelati dalla Convenzione rientra nel margine di apprezzamento solo se ritenuta idonea a realizzare un bilanciamento equo. Nella decisione della Grande Camera, il riferimento al margine di apprezzamento si risolve invece in una forma di deferenza nei confronti delle autorità statali. Esso pare preesistere alla decisione della Corte e previene una valutazione indipendente della compatibilità della misura contestata con la Convenzione. Il margine di apprezzamento si risolve in una forma di presunzione a favore delle autorità statali.

Come si è avuto modo di vedere, la delicata questione affrontata dalla Corte Edu chiama in causa inevitabilmente due filoni giurisprudenziali: quello sulla libertà sindacale e quello sulla libertà religiosa. Se con riferimento al primo è possibile osservare il consolidamento del controllo da parte della Corte degli standard nazionali, quello sulla libertà religiosa risulta meno coerente e caratterizzato dal rischio che il margine di apprezzamento si risolva in definitiva in un non bilanciamento degli interessi concorrenti. La decisione della Grande Camera ci dimostra che si tratta di un rischio effettivo.

5. — *Il richiamo alla Direttiva n. 2000/78/Ce* — I richiami alla Direttiva europea n. 2000/78/Ce rappresentano ormai un tratto comune delle decisioni della Corte Edu

(23) Vd. la critica alla sentenza di G. Itzcovich, *One, None, and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: the Lautsi Case*, in *Human Rights Law Review*, 2013, n. 2, pp. 287 ss.

(24) M.I. Vila, *A Margin of Appreciation Doctrine for the European Convention of Human Rights: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere*, 2013, in *http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Eng_20130508.pdf*.

(25) Vd. G. Letsas, *The Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, n. 4, pp. 705 ss., il quale distingue tra «*substantive version of the margin doctrine*» e «*structural concept of the margin doctrine*», nonché M.I. Vila, *op. ult. cit.*, pp. 18 ss., la quale distingue tra «*voluntarist version of the margin of appreciation*» e «*rationalised version of the margin of appreciation*».

in materia di organizzazioni di tendenza (26). Sarebbe allora interessante guardare la prima e la seconda decisione della Corte Edu con le lenti del diritto dell'Unione europea, al quale, come si è avuto modo di specificare, nemmeno queste ultime mancano di fare riferimento.

Ai sensi dell'art. 4 della Direttiva, si legge in entrambe le decisioni, i datori di lavoro la cui etica è fondata sulla religione beneficiano di un regime speciale in materia di requisiti occupazionali e la direttiva lascia impregiudicato il diritto delle Chiese o delle altre organizzazioni pubbliche o private, la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione (27).

Vi è poi un'altra previsione della direttiva espressamente richiamata che riguarda in modo specifico la questione affrontata dalla Corte Edu. Si tratta del Considerando n. 5 in cui il legislatore europeo chiarisce che la Direttiva non pregiudica la libertà di associazione, tra cui il diritto di ogni individuo di fondare sindacati insieme con altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi.

A questo proposito è significativo osservare che nella decisione della Sezione III il Considerando n. 5 è richiamato nel paragrafo dedicato alla valutazione del carattere proporzionale della misura. In aggiunta, notava la Corte, la normativa internazionale rilevante, e in particolare il Considerando n. 5 della Direttiva n. 2000/78/Ce, non permette restrizioni del diritto di costituire sindacati o di aderire a sindacati a difesa dei propri interessi (par. 83). Mentre la Grande Camera si limita a richiamare la direttiva solo ai fini della non esclusione dei membri del sindacato ricorrente dall'ambito di applicabilità dell'art. 11 (par. 142), la Sezione III pare individuare nel Considerando n. 5 il risultato normativo dell'operazione di bilanciamento tra autonomia delle organizzazioni religiose e diritti dei lavoratori effettuata dal legislatore europeo.

Seguendo l'indicazione della Sezione III in questo senso, non si potrebbero non considerare, in aggiunta al Considerando n. 5, da un lato, il Considerando n. 23 della stessa Direttiva e, dall'altro, la formulazione stessa della deroga in materia occupazionale di cui le organizzazioni di tendenza beneficiano ai sensi dell'art. 4, comma 2.

Quanto al primo, si ritiene rilevante, per quanto qui interessa, l'affermazione circa la possibilità di giustificare trattamenti differenziati in ragione del fattore religioso *in casi strettamente limitati*, a testimonianza del generale disfavore del legislatore europeo rispetto a restrizioni dei diritti individuali dei lavoratori, e in particolare nel contesto della direttiva del diritto fondamentale a non essere discriminati. Quanto alla seconda, si consideri che la formulazione della deroga di cui al comma 2, per quanto significativamente più ampia rispetto a quella prevista per tutti gli altri fattori di discriminazione, non sembra potersi interpretare come un'apertura a qualsiasi forma di differenziazione in base al fattore religioso. Se è vero che, nel comma 2, il legislatore ha

(26) Vd. Corte Edu, n. 39128/05, *Vallauri c. Italia*; Corte Edu 23 settembre 2010, n. 425/03, *Obst v. Germany*; Corte Edu 23 settembre 2010, n. 1620/03, *Schuth v. Germany*; Corte Edu 3 febbraio 2011, n. 18136/02, *Siebenhaar v. Germany*.

(27) F. Onida, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella Direttiva n. 2000/78/Ce attuativa dell'art. 13 del Trattato sull'Unione europea*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2001, n. 1 pp. 905 ss.; A. Viscomi, *Osservazioni critiche su lavoro e tendenza nelle fonti internazionali e comunitarie*, in *Lav. dir.*, 2003, n. 4, pp. 581 ss.; Id., *Organizzazioni eticamente fondate e rapporti di lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, n. 2, pp. 381 ss.

omesso di fare riferimento al carattere proporzionato del requisito, è altrettanto vero che lo stesso limita la deroga ai casi in cui lo stesso possa definirsi essenziale, giustificato e legittimo. Se è consentito individuare nel requisito della legittimità una «regola modale che impone che un diritto fondamentale non sia mai compresso in misura superiore a quanto strettamente necessario a garantire lo spazio minimo vitale di un altro diritto di pari livello» (28), si deve ritenere che, pur non imponendo il legislatore europeo in modo assoluto un obbligo di porre in essere una soluzione necessariamente compromissoria, lo stesso escluda soluzioni indifferenti al sacrificio dei diritti fondamentali del singolo. Ne consegue che laddove sia possibile individuare all'interno del contenuto dei due diritti contrapposti un nocciolo duro, un nucleo essenziale che sia possibile salvaguardare, riuscendo comunque a garantire la parte più vitale delle esigenze dell'altro, la scelta della soluzione «bilanciata» diviene obbligata (29). Letta in questi termini, la deroga a favore delle organizzazioni religiose parrebbe ben lontana dal potersi interpretare in termini di pura e semplice prevalenza degli interessi della tendenza sui diritti del lavoratore.

Individuando più ampiamente nelle scelte del legislatore europeo, al di là della rilevanza diretta delle previsioni richiamate nel caso di specie, un'indicazione di metodo sull'effettivo bilanciamento degli interessi qui contrapposti, pare ovvio osservare che la decisione della Sezione III sia quella più affine allo spirito della direttiva oltre che alla sua lettera. Si consideri, infatti, che il Considerando n. 5 della Direttiva è stato pacificamente interpretato dalle due decisioni nel senso di escludere restrizioni alla libertà sindacale.

Eppure, anche il diritto dell'Unione in quest'ambito non pare sottrarsi a qualche incoerenza. Basti pensare alla Direttiva n. 2002/14/Ce, che consente agli Stati membri, nel rispetto dei princìpi e degli obiettivi della direttiva, di prevedere disposizioni specifiche in materia di informazione e consultazione dei lavoratori nelle imprese o degli stabilimenti che perseguono direttamente e principalmente fini politici, di organizzazione professionale, confessionali, benefici, educativi, scientifici o artistici nonché di formazione o espressioni di opinioni. Se il rispetto dei princìpi e degli obiettivi della direttiva nonché la limitazione temporale a cui il legislatore europeo subordina tale facoltà di deroga permettono di escludere anche in questo caso una delega in bianco alle autorità nazionali, non sembra superfluo sollevare qualche interrogativo sulla legittimità di tale previsione alla luce del fatto che l'art. 27 della Carta di Nizza sancisce la natura fondamentale del diritto all'informazione e alla consultazione (30).

Ciò tuttavia non impedisce di notare che la decisione della Camera, a differenza di quella della Grande Camera, sembra prendere più sul serio la necessità di portare avanti un dialogo tra l'ordinamento della Cedu e quello dell'Unione europea. L'importanza di questo dialogo risulta ancor più evidente se si considera, come si è avuto modo di affermare altrove (31), che i giudici nazionali, che sono i primi garan-

(28) F. Onida, *op. ult. cit.*, p. 915.

(29) *Ibidem*.

(30) Vd. in proposito Corte Giust. Ue 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*.

(31) M. Barbera, V. Protopapa, *Il Caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in q. *Riv.*, 2014, n. 2, II, pp. 163 ss.

ti dei diritti riconosciuti dall'uno e dall'altro sistema, sono al contempo giudici decentrati della Convenzione e giudici decentrati dell'Unione europea (32).

6. — *Le finalità del sindacato ricorrente. Una questione rimasta sullo sfondo* — Le decisioni esaminate invitano a occuparsi di un'ultima questione, comune a entrambe e in entrambi i casi rimasta, si potrebbe dire, sullo sfondo del ragionamento della Corte Edu. Essa attiene alle finalità statuite nell'atto costitutivo del sindacato ricorrente.

Nella decisione della Sezione III, la Camera, analizzando le finalità del sindacato ricorrente, escludeva che la sua costituzione potesse rappresentare un pericolo per l'autonomia della Chiesa ortodossa, essendo le stesse limitate a garantire sul piano economico, sociale e culturale i diritti dei propri membri. Sulla base dello stesso Statuto, la Grande Camera, riferendosi alle finalità di promuovere l'iniziativa, la competizione e la libertà di espressione tra i suoi membri, di assicurare la partecipazione di uno dei suoi membri nel Santo Sinodo, di richiedere all'arcivescovo un rapporto finanziario con cadenza annuale e usare lo sciopero a tutela degli interessi dei suoi membri, sostiene il contrario.

Ci si potrebbe addirittura chiedere se l'esito della decisione della Sezione III sarebbe stato differente se quest'ultima avesse ritenuto, diversamente da quanto ha fatto, che le finalità del sindacato non fossero esclusivamente di natura economica, sociale e culturale.

Nello specifico contesto considerato, determinare in modo univoco quando l'azione sindacale sia diretta a tutelare i diritti dei membri del sindacato in quanto lavoratori e quando la stessa invece sfoci in una critica nei confronti della Chiesa come organizzazione propriamente religiosa, o in un tentativo di metterne in discussione la struttura gerarchica attraverso la creazione di un sistema decisionale alternativo, rappresenta senza dubbio un'operazione difficoltosa.

La finalità dello Statuto del sindacato di «proporre», e non assicurare come invece si legge nella decisione della Grande Camera, la partecipazione di uno dei suoi membri nel Sinodo – l'autorità gerarchicamente più importante in tutti gli ambiti di attività della Chiesa ortodossa romena –, non potrebbe essere altrimenti considerata come finalizzata a promuovere la partecipazione democratica dei membri del sindacato alle decisioni di quest'ultimo che potrebbero avere un impatto sui loro interessi di natura economica-sociale e culturale.

Le difficoltà di una tale determinazione sono se possibile ancora più evidenti se si considera che l'art. 9 Cedu impone agli Stati di astenersi da qualsiasi valutazione sulla legittimità delle credenze religiose e sulla loro manifestazione, mentre la lettura congiunta degli artt. 9 e 11 Cedu si risolve in un dovere di non interferenza su questioni riguardanti l'organizzazione interna e i rapporti con i propri membri. Come noto, la tutela della libertà religiosa non include un diritto al dissenso all'interno delle comunità religiosa.

Le risposte della Corte a questo proposito sono assolutamente insufficienti. Non solo, entrambe le decisioni omettono di affrontare un'altra questione fondamentale; una

(32) J. Polakiewicz, *EU law and the ECHR: Will EU Accession to the European Convention on Human Rights square the circle?*, 2013, in *http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Accession_documents/Oxford_18_January_2013_versionWeb.pdf*.

questione che logicamente si pone prima. Si tratta di chiarire chi può decidere quali attività siano sindacali e quali non lo siano, di stabilire se esista un diritto del sindacato alla libera determinazione dei propri fini, che costituisce nelle tradizioni nazionali come la nostra un'essenziale componente dell'autonomia sindacale. È difficile distinguere in modo chiaro quale sia l'oggetto della valutazione della Corte, se le finalità stesse dell'azione sindacale (nel qual caso riguarderebbe i cd. limiti interni alla libertà sindacale) o il loro esercizio (nel qual caso riguarderebbe i cd. limiti esterni). È incontestabile tuttavia che l'associazione sindacale non è stata mai costituita; quindi ipotizzare che l'oggetto del giudizio della Corte riguardi i limiti esterni all'esercizio dell'azione sindacale sarebbe probabilmente inappropriato. Se fosse quindi ragionevole individuare nelle decisioni esaminate l'idea che spetti al giudice valutare la natura delle finalità di un'associazione sindacale, la posizione della Corte Edu non si porrebbe molto distante da quella affermata dalla Corte di Giustizia in *Viking* (33) e *Laval* (34) a proposito della valutazione di legittimità dei fini e degli obiettivi dell'azione sindacale (35).

Se la questione del bilanciamento tra diritti individuali e autonomia delle organizzazioni collettive è stata già affrontata dalla Corte Edu, le riflessioni di cui sopra portano a evidenziare la particolarità del caso di specie. Per la prima volta, la Corte Edu si ritrova a bilanciare l'esigenza di tutela dell'autonomia delle organizzazioni religiose con una domanda di tutela del pari collettiva: quella sindacale. La decisione che si commenta, come si è avuto modo di vedere, omette di approfondire degli aspetti assolutamente non secondari sui quali la Corte sarà sicuramente chiamata a fare chiarezza in futuro.

7. — *Osservazioni finali* — L'analisi che precede invita a due osservazioni sintetiche. La prima è di carattere generale e si riferisce all'utilizzo che la Grande Camera fa nel caso di specie della dottrina del margine di apprezzamento. Il ricorso a tale dottrina, in modo particolare per quanto riguarda l'ambito religioso, non ha mancato di sottoporre la Corte Edu a severe critiche. All'utilizzo del margine di apprezzamento in termini di rimessione della Corte alla valutazione delle autorità nazionali si ricollega l'ampia autonomia riconosciuta agli Stati contraenti in materia di restrizioni alla manifestazione della libertà religiosa e alla protezione ingiustificata delle credenze religiose della maggioranza (36). Secondo molti studiosi, il ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento sul modello *Lautsi* non solo mette a rischio la possibilità di sviluppare a livello europeo degli standard minimi di tutela dei diritti fondamentali, ma allo stesso tempo rischia di compromettere la credibilità stessa della Corte e quindi l'autorevolezza dei suoi giudizi (37).

---

(33) Sentenza Corte Giust. Ce 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking Line*.

(34) Sentenza Corte Giust. Ce 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval und Partneri Ltd.*

(35) M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, in *Lav. dir.*, 2008, n. 2, pp. 371 ss.

(36) M.I. Vila, *A Margin of Appreciation Doctrine for the European Convention of Human Rights: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere*, 2013, in *http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Eng_20130508.pdf*, p. 8.

(37) E. Benevenisti, *Margin of appreciation, consensus and universal standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1998/1999, n. 31 pp. 843 ss.; G. Letsas, *The Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, n. 4, pp. 705 ss.

La seconda osservazione riguarda invece le conseguenze che la decisione della Grande Camera ha con riferimento al godimento effettivo delle garanzie previste dall'art. 11, ed è strettamente legata alla prima. La Grande Camera, rimettendosi alla decisione delle autorità nazionali, omette di dirci per quali ragioni e in quali circostanze la libertà sindacale soccombe all'esigenza di garantire l'autonomia delle organizzazioni religiose. Ne emerge un quadro incerto in cui è difficile individuare quale sia il limite, se vi è un limite, al sacrificio delle libertà sindacali nelle comunità religiose. Tale incertezza è tanto più grave se si considera l'importanza dell'attività sindacale in contesti che, come è stato osservato, «si presumono caratterizzati da un alto tasso di coesione ideologica ma che spesso sono semplicemente segnati da modelli gerarchici e autoritari» (38).

Venera Protopapa
Dottoranda presso il dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università di Milano

(38) A. Viscomi, *Organizzazioni eticamente fondate e rapporti di lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, n. 2, p. 388.

TRIBUNALE PRATO, 28 gennaio 2014 – Est. Consami – Filt-Cgil comprensoriale di Firenze c. B.T. trasporti Spa.

Condotta antisindacale – Antisindacalità degli accordi conclusi direttamente con i lavoratori – Sussiste – Rimozione degli effetti e invalidità degli accordi – Impossibilità.

È antisindacale la condotta dell'imprenditore che cerchi e ottenga il consenso dei lavoratori nell'applicare la forfetizzazione dello straordinario e delle trasferte introdotta, su delega del Ccnl, da un accordo decentrato stipulato per un ambito territoriale a loro estraneo. L'ordine di cessazione e di rimozione non è, tuttavia, pronunciabile con riguardo alle adesioni già espresse dai singoli lavoratori all'intesa decentrata, anche perché la loro condotta non è per definizione antisindacale. (1)

(1) CONDOTTA ANTISINDACALE E ACCORDI INDIVIDUALI. UN DIFFICILE COMPROMESSO

1. — Il decreto del Tribunale di Prato riguarda la spinosa questione dei rapporti tra libertà sindacale e libertà individuale e, in particolare, la possibilità per i lavoratori di decidere di sottoporre il loro rapporto a una regolamentazione che il Ccnl affida ai contratti decentrati.

Nel caso concreto si discuteva sulla forfetizzazione dello straordinario e delle trasferte che il Ccnl logistica, trasporti e spedizioni demanda agli accordi di secondo livello. In assenza della volontà delle sigle decentrate di introdurre un'intesa su tale forfetizzazione, l'azienda era riuscita a far controfirmare a 8 lavoratori su 10 di un'unità produttiva dislocata in Toscana un'intesa territoriale siglata nel Lazio e, inoltre, l'aveva applicata in via di fatto ai restanti 2 dipendenti.

Alla luce di tale situazione e alla deduzione dell'O.S. ricorrente, secondo cui erano state violate le «competenze negoziali» in quanto il contratto era «valevole solo per il territorio del Lazio», il giudice ha concluso per l'antisindacalità della condotta aziendale. In particolare, il Tribunale ha inibito all'impresa di continuare ad applicare l'intesa decentrata, ma ciò limitatamente a quei 2 lavoratori che non avevano espresso le loro adesioni; al contrario, per quanto riguarda gli altri 8 dipendenti che l'avevano controfirmata – pur affermando anche in questo caso l'antisindacalità della condotta datoriale – il giudice ha statuito l'impossibilità della pronuncia inibitorio-reintegratoria.

Le ragioni che hanno indotto il Tribunale a tali conclusioni sono espresse in poche righe: «a prescindere dalla validità o meno delle predette pattuizioni rispetto alle previsioni del Ccnl che è questione estranea al presente procedimento», quegli 8 lavoratori «hanno scelto di accettarle e di sottoscriverle in qualità di singoli lavoratori dipendenti» e, inoltre, «la condanna del lavoratore non può per definizione essere antisindacale *ex* art. 28, Statuto dei lavoratori (si veda l'art. 28: se il datore di lavoro adotta…)».

2. — La descrizione della vicenda, così come emerge dal decreto, non consente con sicurezza di stabilire se, nella specie, i consensi individuali e l'applicazione dell'accordo decentrato erano subentrati quando le trattative decentrate erano ormai naufragate.

Questo profilo, per quanto si sta per vedere, non era decisivo per la risoluzione del caso concreto. Tuttavia, vale la pena di ricordare che secondo la giurisprudenza è antisindacale la condotta del datore di lavoro che *durante* le trattative contatti e raccolga il consenso dei singoli lavoratori su materie oggetto del confronto (Cass. 9 aprile 1992, n. 4319, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2139, con nota di P. Bellocchi) o che, pur essendovi tenuto, non si rivolga minimamente alle Oo.Ss. [Trib. Milano 8 giugno 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, n. 2, p. 373, con nota di F. Bernini, e Trib. Milano 23 dicembre 2002, *ivi*, 2003, p. 301; per la giurisprudenza più risalente, F. Lunardon, *La condotta antisindacale nell'impiego privato*, in F. Lunardon (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, Cedam, Padova, 2011, pp. 673 s.].

Pertanto, attenendoci per il momento a quest'indirizzo, si dovrebbe concludere che non è antisindacale la condotta dell'imprenditore che, *fallite le trattative*, si rivolga direttamente ai lavoratori. Ma in quest'ultimo caso non sembra rilevare il fatto che venga a loro sottoposto un'intesa sottoscritta in altro ambito territoriale; ciò appare solo *una* delle possibili modalità con cui, chiuse le trattative, l'imprenditore prende accordi con i dipendenti. Tale circostanza svela al più la sua capacità di imporre un'intesa già pronta in altri ambiti, ma non per questo si può concludere per l'antisindacalità della sua condotta. A questi fini occorrerebbe qualcos'altro, ad esempio la prova che le trattative siano state da lui portate avanti solo formalmente o siano state immotivatamente interrotte per ottenere subito dopo i consensi individuali.

3. — Ma, come si diceva, la fattispecie esaminata dal Tribunale era connotata da un altro aspetto che rendeva irrilevante qualsiasi indagine sullo stato delle trattative. Lo si intuisce quando, più di una volta, il Tribunale ha sottolineato che, ai sensi dell'art. 11, comma 9, lett. *b*, Ccnl cit., la forfetizzazione era una materia che «le parti collettive hanno espressamente riservato agli accordi collettivi (di II livello)», quasi a significare che, in mancanza di questi, era preclusa qualsiasi forfetizzazione dello straordinario e delle trasferte.

Si tratta, cioè, della *diversa questione* riguardante la devoluzione di certi aspetti del rapporto individuale all'esclusiva competenza dei contratti collettivi, senza che vi sia la possibilità per il datore di lavoro di raggiungere degli accordi individuali sia prima, sia *dopo* le trattative.

In effetti, anche se il Tribunale non si è soffermato con attenzione sull'art. 11 Ccnl, era probabilmente questo il significato da assegnare alla clausola oggetto di giudizio (tanto da prevedere, dopo il comma 9, l'obiettivo di «far rientrare eventuali accordi individuali plurimi, già esistenti al livello aziendale» nell'ambito della contrattazione di secondo livello).

Per converso, se appare irrilevante ogni indagine sullo stadio delle trattative, si ha l'impressione che il decreto in commento contenga una certa sovrapposizione tra la questione qui descritta e quella della possibile violazione delle competenze collettive territoriali.

Questi ultimi due piani – la volontà di sottrarre certe materie all'autonomia individuale, da un lato, e la possibile violazione delle competenze territoriali, dall'altro la-

to – vanno tenuti distinti. E infatti, una volta concluso che l'intenzione delle parti collettive è quella di sottrarre certi aspetti agli accordi individuali, è superfluo domandarsi se il datore di lavoro abbia sottoposto ai lavoratori l'accordo siglato in un ambito territoriale a loro estraneo. La condotta antisindacale è già nella violazione dell'obbligo di astenersi dal trattare con i singoli dipendenti le materie che, vigente il Ccnl, sono di pertinenza esclusiva della contrattazione collettiva. Ed è quanto basta ai fini dell'art. 28 Stat. lav.

4. — L'attenzione va ora spostata al piano sanzionatorio. Il Tribunale di Prato ha concluso nel senso del «salvataggio» delle clausole individuali, togliendo buona parte di utilità della tutela prevista dall'art. 28. Secondo il giudice, una volta raggiunti gli accordi individuali, la condotta non poteva più implicare effetti ripristinatori ed era solo possibile inibire all'imprenditore di continuare ad applicare in via di fatto l'intesa decentrata nei riguardi dei 2 lavoratori che non l'avevano controfirmata (Sulla tematica, oggi superata, relativa all'ammissibilità di ordini solo inibitori, E. Silvestri, M. Taruffo, voce *Condotta antisindacale*, in *Enc. giur. Treccani*, 1997, pp. 8 s., e ivi ampi riferimenti).

Alcune precisazioni dimostrano come il ragionamento del Tribunale e le conclusioni alle quali è approdato non siano completamente condivisibili o vadano, quanto meno, precisati.

In primo luogo, il giudice non si è domandato se dall'applicazione, ormai già di diversi mesi, di quel contratto integrativo a 2 lavoratori su 10 emergeva anche una loro adesione per fatti concludenti. Inoltre, per quei dipendenti, il Tribunale ha impropriamente parlato di rimozione degli effetti e non si è preoccupato degli emolumenti che erano stati già erogati (vd. *infra*, par. 7).

Ma, in questa sede, è interessante soffermarsi soprattutto su «come» la questione sia stata risolta per gli altri 8 lavoratori che, come si è detto, avevano controfirmato l'intesa.

In proposito, va innanzitutto corretto quel giudizio che il Tribunale ha formulato in termini di generale irrilevanza dell'invalidità delle pattuizioni individuali rispetto al Ccnl (vd. *supra*, par. 1). La nullità delle clausole individuali è rilevabile da chiunque vi abbia interesse, e il sindacato ha senz'altro un interesse concreto e puntuale alla dichiarazione dell'invalidità quando da essa può dipendere il completo ripristino della libertà che ritiene lesa.

È da dire, comunque, che nel caso specifico difficilmente ci si sarebbe potuti muovere lungo quest'ultimo piano (che, come detto, è stato *tout court* scartato dal giudice). In breve, come si dirà meglio in seguito, gli accordi individuali devono ritenersi validi nonostante vi sia un'esclusiva competenza della contrattazione collettiva (decentrata o non). Inoltre, è molto difficile riscontrare nella prassi clausole sulla forfetizzazione che abbiano come fine quello di precludere il diritto del lavoratore a conseguire le remunerazioni previste dal Ccnl eccedenti il *forfait* e che quindi possano ritenersi peggiorative e invalide (vd. *infra*, par. 5).

5. — Svolti questi chiarimenti, va aggiunto che la decisione del Tribunale di Prato s'ispira al principio secondo cui l'art. 28 impedisce di considerare antisindacali le condotte dei lavoratori (Per tutti R. Scognamiglio, voce *Condotta antisindacale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, 1988, p. 15).

Ma molto probabilmente il Tribunale ha tratto dalla dottrina appena citata ulteriori spunti laddove ha fatto riferimento alla scelta dei dipendenti di accettare le clausole sulla forfetizzazione. L'idea è evidentemente quella di dare prevalenza al loro interesse egoistico, che di per sé non può essere sacrificato sull'altare dell'art. 28 (Così testualmente R. Scognamiglio, *op. ult. cit.*, p. 16, il quale ritiene che vadano preservati gli accordi e gli impegni assunti dall'imprenditore in violazione dell'interesse collettivo; vd. però M. Papaleoni, voce *Repressione della condotta antisindacale*, in *Digesto sez. comm.*, 1994, XII, p. 363).

In verità, questa tesi era stata espressa dalla dottrina citata con riguardo alla plurioffensività della condotta e all'ipotesi in cui essa produca vantaggi per gli altri dipendenti (R. Scognamiglio, *op. ult. cit.*, p. 16); e, a parte le sentenze che verranno segnalate in seguito, è proprio per questi casi che recentemente la Cassazione ha ribadito la tutela *ex* art. 28 nella sua versione integrale, anche quando «il comportamento lesivo […] sia consistito nell'attuazione di assetti negoziali dei rapporti di lavoro» e vi abbia inciso direttamente (Cass. 18 giugno 2008, n. 16517; sul tema della plurioffensività, vd. di recente anche A. Allamprese, *La condotta antisindacale plurioffensiva*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, n. 2, II, pp. 565 ss., e ivi ulteriori riferimenti).

Il caso esaminato dal Tribunale di Prato, invece, si allontana dalle ipotesi qui accennate quanto meno perché, per le ragioni già viste, la forfetizzazione dello straordinario di norma dà diritto al lavoratore di conseguire il maggior compenso e non è un trattamento pregiudizievole (Cass. 18 agosto 2004, n. 16157, e Cass. 26 maggio 2000, n. 6902).

6. — Nel dare, ora, uno sguardo ad altri casi emersi in giurisprudenza che hanno maggiori assonanze con l'ipotesi descritta, si può iniziare da una pronuncia di legittimità resa diversi anni fa, in materia di prepensionamenti (Cass. 9 ottobre 2000, n. 13456). Con essa, è stata confermata la sentenza d'appello che aveva ritenuto le intese individuali perfettamente valide e aveva precluso all'imprenditore solo di dar corso a ulteriori prepensionamenti. Molto scarna è la motivazione al riguardo offerta dalla Cassazione: «il sindacato non può disporre dei diritti individuali dei lavoratori, ma, ove la loro lesione contemporaneamente pregiudichi l'esercizio della libertà e attività sindacale, il sindacato può far valere detta lesione dei diritti individuali al limitato scopo della tutela dei diritti sindacali offesi».

In una sentenza più recente, resa in un giudizio ordinario promosso da un lavoratore, la Cassazione non ha potuto far altro che prendere atto del decreto *ex* art. 28 già pronunciato in altro giudizio e dell'ostacolo derivante dalla sanzione penale che aveva impedito il suo avanzamento di carriera all'esito di una selezione già completata (Cass. 6 dicembre 2003, n. 18690).

In altra pronuncia più risalente, invece, il Collegio di legittimità ha concluso per la nullità di alcuni patti individuali che prevedevano l'erogazione ai lavoratori di assegni *ad personam* (Cass. 24 maggio 1986, n. 3510). La fattispecie era senz'altro connotata dal fatto che si trattava di una sorta di «corrispettivo del loro impegno di ridurre l'attività sindacale», così rilevando le lesioni tipizzate dagli artt. 15 e 16 Stat. lav. Tuttavia, la Suprema Corte ha valorizzato più di tutto proprio «il richiamo all'art. 1418, comma 1, cod. civ.» e ha ravvisato la illiceità della condotta in quel complesso di norme «attuativo del principio costituzionale della libertà di organizzazione sindacale (art. 39 Cost.)» includendovi anche l'art. 28.

7. — È ora il caso di avvicinarci alle conclusioni.

Si può dire che, nel caso esaminato dal Tribunale di Prato, non vi erano trattamenti discriminatori e che il profilo dell'antisindacalità era nella proposta dell'imprenditore, inadempiente all'obbligo di astenersi dal trattare con i singoli dipendenti, mentre le adesioni di questi ultimi non lo erano. Tuttavia, è proprio da simili accordi che proviene il colpo più duro inferto al bene protetto dall'art. 28 (specialmente, poi, se si è nella fase dei rinnovi contrattuali). Inoltre, tali patti hanno pur sempre alla loro base una proposta che, in quanto antisindacale, è illecita e che non pare perdere questo tratto solo perché è accettata dai lavoratori (Cfr. Cass. 9 aprile 1992, n. 4319, cit.).

Queste riflessioni potrebbero indurre a preferire la soluzione opposta a quella sostenuta dal Tribunale: quella che porti al dispiegamento di tutto l'armamentario previsto dall'art. 28. Di contro, rimangono importanti considerazioni da svolgere.

Nei casi di cui si sta parlando è in gioco la facoltà dei singoli o anche della maggior parte dei dipendenti di soddisfare il loro interesse egoistico in difformità alle vedute sindacali, al limite anche contro l'O.S. al quale fino ad allora erano iscritti. Anzi, poco importa che le trattative non si siano ancora concluse o che ai lavoratori sia stato proposto un testo negoziale già firmato da altre Oo.Ss. È in gioco l'altra faccia della libertà sindacale: quella dei lavoratori di perseguire come credono il loro interesse, anche non aderendo alle strategie poste in essere dalle sigle sindacali nazionali o decentrate.

Certo, la volontà dei lavoratori potrebbe non essere genuina e rimane quello «scavalcamento» delle Oo.Ss. che fa pensare all'antisindacalità della condotta datoriale. È, tuttavia, possibile spingersi un po' oltre il compromesso al quale è giunto il Tribunale di Prato e calibrare meglio il punto di equilibrio tra gli opposti interessi.

In questi casi il giudice ben potrebbe emettere una pronuncia che imponga all'imprenditore di proporre ai lavoratori un accordo risolutivo delle intese con loro già raggiunte; in questo non vi è alcun attentato all'autonomia negoziale. Anzi, da un lato, è salvaguardato l'interesse del lavoratore ad avvalersi delle pattuizioni che siano state da lui effettivamente volute; dall'altro lato, viene fatto salvo l'interesse di chi, invece, vuole liberarsi da un'intesa a lui imposta. Si tratta, del resto, di applicare le regole dell'effettività e dell'atipicità della tutela o, se si vuole, di imporre quella condotta uguale e contraria che si legge nell'art. 28. Altro discorso, poi, è quello – che qui non è possibile affrontare – relativo agli effetti solo futuri che in genere possono derivare dai conseguenti accordi risolutori (cfr. art. 1458 cod. civ.).

Giuseppe Cannati
Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università «G. d'Annunzio» di Chieti e Pescara

I

CASSAZIONE, 11 ottobre 2013, n. 23174, Sez. lav. – Pres. Napoletano, Est. Maisano, P.M. Sepe (conf.) – C.C., A.A., B.P. (avv.ti Andreoni, Naldi) c. Poste Italiane Spa (avv. Fiorillo).
Conf. Corte d'Appello Bologna, 23 marzo 2012.

Controversie di lavoro e previdenza – Contratto collettivo – Ricorso in Cassazione – Violazione e falsa applicazione – Sindacato della Cassazione – Limiti.

In tema di interpretazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro, l'accertamento della volontà delle parti in relazione al contenuto del negozio si traduce in una indagine di fatto, affidata al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità nella sola ipotesi di motivazione inadeguata ovvero di violazione di canoni legali di interpretazione contrattuale di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ., con la conseguenza che il ricorrente per cassazione deve non solo fare esplicito riferimento alle regole legali di interpretazione mediante specifica indicazione delle norme asseritamente violate e ai princìpi in esse contenuti, ma è tenuto a precisare in quale modo e con quali considerazioni il giudice di merito si sia discostato dai canoni legali assunti come violati o se lo stesso li abbia applicati sulla base di argomentazioni illogiche o insufficienti, non essendo consentito il riesame in sede di legittimità. (1)

II

CASSAZIONE, 7 maggio 2013, n. 10559, Sez. lav., sentenza – Pres. Lamorgese, Est. Napoletano, P.M. Romano (diff.) – Q.G. (avv. Dell'Oglio) c. Comune di Caltavuturo (avv. Di Fede).
Cassa Trib. Termini Imprese, 8 luglio 2009.

Controversie di lavoro e previdenza – Contratto collettivo – Ricorso in Cassazione – Violazione e falsa applicazione – Sindacato diretto della Cassazione.

Quando viene denunciata la violazione della norma di un contratto collettivo nazionale di lavoro, il giudice di legittimità procede autonomamente alla diretta interpretazione del contenuto del contratto collettivo senza essere vincolato a una specifica opzione interpretativa prospettata nella formulazione del motivo, ben potendo ricercare liberamente all'interno del contratto collettivo ciascuna clausola, anche non oggetto dell'esame delle parti e del primo giudice, comunque ritenuta utile all'interpretazione. (2)

(1-2) SUL CONTRASTO NELLA SEZIONE LAVORO IN TEMA DI LIMITI AL RICORSO PER CASSAZIONE PER VIOLAZIONE DI NORMA COLLETTIVA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, e l'interpretazione diretta dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro pubblico da parte della Cassazione. — 3. Il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40: la modifica del n. 3 dell'art. 360, comma 1, e l'introduzione degli artt. 420-*bis* e 146-*bis* disp. att. cod. proc. civ. Il contrasto all'interno della Sezione lavoro della Cassazione sulla portata delle nuove norme. — 4. La Cassazione procede alla diretta interpretazione del contratto o dell'accordo collettivo nazionale di lavoro.

1. — *Premessa* — Le due sentenze annotate manifestano e confermano un contrasto esistente all'interno della Sezione lavoro della Corte di Cassazione in ordine alla interpretazione della previsione per la quale è possibile proporre ricorso per cassazione per la violazione o la falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro. Una previsione contenuta sia nell'art. 63, comma 5, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (già art. 68, comma 5, d.lgs. n. 29 del 1993, così come modificato con il d.lgs. n. 80 del 1998) (1), sia nell'art. 360, n. 3, cod. proc. civ. (così come novellato dal d.lgs. n. 40 del 2006) (2).

In particolare, la Sezione lavoro, mentre con la sentenza n. 10559 del 2013 ha affermato che, quando viene «denunciata la violazione della norma di un contratto collettivo, il giudice di legittimità procede autonomamente alla diretta interpretazione del contenuto del contratto collettivo senza essere vincolato a una specifica opzione interpretativa prospettata nella formulazione del motivo», nella sentenza n. 23174/2013 ha

(1) «Nelle controversie di cui ai commi 1 e 3 e nel caso di cui all'articolo 64, comma 3, il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di cui all'articolo 40».

(2) «Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate con il ricorso per cassazione […] per violazione o falsa applicazione […] dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro».

stabilito che «in tema di interpretazione dei contratti collettivi di lavoro, l'accertamento della volontà delle parti in relazione al contenuto del negozio si traduce in una indagine di fatto, affidata al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità nella sola ipotesi di motivazione inadeguata ovvero di violazione di canoni legali di interpretazione contrattuale di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ.».

Il contrasto tra le due interpretazioni innanzi indicate è evidente e, come detto, si è già manifestato nella Sezione lavoro (3); contrasto che tuttavia non ha indotto uno dei Collegi aditi a rimettere gli atti al Primo presidente perché valutasse l'opportunità della rimessione alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 374, comma 2, cod. proc. civ., al fine di dirimere il predetto contrasto.

2. — *Il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, e l'interpretazione diretta dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro pubblico da parte della Cassazione* — Ciò posto, va evidenziato che almeno fino al 1998 la violazione o la falsa applicazione delle clausole dei contratti collettivi di lavoro, secondo la giurisprudenza e la dottrina (4), non costituiva motivo di ricorso per cassazione e non dava vita a un sindacato diretto della Suprema Corte, dal momento che, trattandosi di ricercare la volontà delle parti contraenti, si era in presenza di una indagine su una questione di fatto, riservata al giudice di merito. «I contratti collettivi postcorporativi (di diritto comune) non rientrano fra le fonti di diritto oggettivo, suscettibili di diretto esame interpretativo da parte dalla Corte di Cassazione, ma sono atti di diritto privato di natura negoziale, la cui interpretazione concreta un'indagine di fatto riservata al giudice del merito e censurabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione o per violazione delle regole legali di ermeneutica contrattuale, restando escluso che, sotto tale profilo, sia sufficiente la mera contrapposizione di un'interpretazione diversa da quella operata dal giudice del merito o la denuncia di generica violazione di regole di ermeneutica senza indicare in qual modo il giudice del merito abbia deviato da esse» (5).

Sicché poteva accadere che i giudici di merito pervenissero a opposte interpretazioni di una stessa clausola del contratto o dell'accordo collettivo nazionale e che la Corte di Cassazione le ritenesse entrambe valide, perché immuni da vizi: «in ragione del limite del sindacato della Corte di Cassazione – cui non è consentita l'interpretazione diretta di disposizioni di natura contrattuale, ancorché interessanti, come quel-

(3) Vd. *infra*, note 28 e 29.

(4) In dottrina vd., a tale riguardo e per tutti, V. Andrioli (C.M. Barone, G. Pezzano e A. Proto Pisani), *Le controversie in materia di lavoro*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1987, p. 901; A. Vallebona, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 381. Per una differente ricostruzione vd. M. Bove, *Il sindacato della Corte di Cassazione. Contenuto e limiti*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 178 ss.

(5) Così espressamente Cass. 15 gennaio 1990, n. 117, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 717. Vd. nello stesso senso, fra le altre, Cass. 4 luglio 1997, n. 6007, *ivi*, 1997, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 204 [«In tema di interpretazione dei contratti collettivi (di diritto comune), il sindacato della Corte di Cassazione deve limitarsi alla verifica del rispetto, da parte del giudice del merito, delle norme dettate dagli artt. 1362 ss. cod. civ. e al controllo della correttezza della motivazione, non essendo altrimenti censurabile il risultato dell'indagine interpretativa di tali contratti, la quale è istituzionalmente riservata al giudice del merito»]; Cass. 21 maggio 1998, n. 5091, *ivi*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 276.

le collettive, un notevole numero di destinatari –, è «fisiologico» che due opposte interpretazioni di giudici di merito di una medesima disposizione collettiva siano entrambe convalidate o censurate dalla Suprema Corte, a seconda del superamento o no del controllo (a questa attribuito) limitato alla verifica della correttezza della motivazione e del rispetto dei canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ.» (6).

I contratti collettivi nazionali di lavoro, quindi, venivano trattati come un qualsiasi contratto di diritto privato, relativamente al quale si affermava e si afferma che «l'accertamento della volontà delle parti in relazione al contenuto del negozio si traduce in una indagine di fatto, affidata al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità nella sola ipotesi di motivazione inadeguata ovvero di violazione di canoni legali di interpretazione contrattuale di cui agli artt. 1362 e seguenti cod. civ.; pertanto, al fine di far valere una violazione sotto i due richiamati profili, il ricorrente per cassazione deve non solo fare esplicito riferimento alle regole legali di interpretazione mediante specifica indicazione delle norme asseritamene violate e ai princìpi in esse contenuti, ma è tenuto, altresì, a precisare in quale modo e con quali considerazioni il giudice del merito si sia discostato dai canoni legali assunti come violati o se lo stesso li abbia applicati sulla base di argomentazioni illogiche o insufficienti, non essendo consentito il riesame del merito in sede di legittimità» (7).

Il quadro normativo muta significativamente nel 1998, con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (8), allorquando viene modificato l'art. 68 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (9), tra l'altro con l'introduzione del comma 5, che così dispone: «Nelle controversie di cui ai commi 1 e 3 e nel caso di cui al comma 3 dell'articolo 68-*bis*, il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di cui all'articolo 45».

In altri termini il d.lgs. n. 80/1998 introduce la significativa novità del ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro (a) nelle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (rientranti nella giurisdizione ordinaria), (b) nelle controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 28, legge 20 maggio 1970, n. 300, (c) nelle controversie, promosse da organizzazioni sindacali, dall'Aran o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva e (d) nelle controversie individuali di lavoro nelle quali risulta emessa sentenza che ha risolto la questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale (vd. art. 68-*bis*, comma 3).

Premesso che tale previsione trova applicazione soltanto relativamente ai contratti collettivi nazionali di lavoro e non anche agli altri contratti collettivi o individuali di

---

(6) Cass. 11 luglio 1996, n. 6327, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Cassazione civile*, n. 16.

(7) Così Cass. 31 maggio 2010, n. 13242, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Contratto in genere*, n. 42.

(8) «Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'art. 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59».

(9) «Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'art. 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421».

lavoro, come ad esempio i contratti integrativi di cui all'art. 45 (10), la ragione della previsione in esame è stata individuata nelle peculiarità che appunto contrassegnano il contratto collettivo nazionale di lavoro dei pubblici dipendenti e nell'obbligo che incombe sulla pubblica amministrazione di osservare il contratto collettivo (art. 45, comma 5); obbligo che viene a realizzare, sia pure indirettamente, una specie di estensione *erga omnes* della disciplina pattuita. In diverse parole, proprio la considerazione della circostanza che le clausole dei contratti e degli accordi nazionali collettivi di lavoro hanno una portata generale e quindi si applicano a una moltitudine di soggetti, da un lato, e che la poca chiarezza delle clausole contenute nei contratti collettivi può dare vita a controversie seriali e quindi a un alto numero di controversie giudiziali, dall'altro, ha sollecitato il legislatore nel 1998 a introdurre la previsione suindicata, affinché la funzione nomofilattica propria della Cassazione potesse esplicarsi in quei casi nei quali vengono in discussione clausole aventi portata generale e riguardanti un alto numero di soggetti, finendo così per garantire la certezza dell'interpretazione di tali clausole e per limitare il contenzioso di serie (11).

Ciò che va evidenziato è che la Cassazione ha recepito immediatamente tale novità e significativamente nel tempo ha affermato:

– che, «in tema di ricorso per cassazione per violazione dei contratti e accordi collettivi nazionali del pubblico impiego contrattualizzato (ai sensi dell'art. 63, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001), sono inammissibili le censure relative al vizio di motivazione nell'interpretazione della clausola controversa, stante l'irrilevanza della motivazione della sentenza impugnata a fronte del potere del giudice di legittimità di leggere direttamente il testo contrattuale e di enunciarne il significato» (12);

– che, «atteso che, con riguardo ai contratti collettivi di lavoro del pubblico impiego privatizzato, l'art. 63 d.lgs. n. 165 del 2001 stabilisce che nelle controversie di lavoro concernenti i dipendenti delle p.a. il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione e falsa applicazione dei contratti e degli accordi collettivi nazionali di cui all'art. 40 medesimo decreto, la Corte di Cassazione può procedere

---

(10) Cass. 5 dicembre 2008, n. 28859, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Cassazione civile*, n. 200.

(11) Vd., fra gli altri, R. Vaccarella, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 722; B. Sassani, *Il passaggio alla giurisdizione ordinaria del contenzioso sul pubblico impiego: poteri del giudice, esecuzione della sentenza, comportamento antisindacale, contratti collettivi in Cassazione*, in G.C. Perrone, B. Sassani (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Cedam, Padova, 1999, p. 19; G. Trisorio Liuzzi, *Controversie relative ai rapporti di lavoro*, in F. Carinci, M. D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, 2, *Commentario*, III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1862; A. Briguglio, *Le funzioni della Corte di Cassazione e l'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi*, in G.C. Perrone, B. Sassani (a cura di), *op. ult. cit.*, pp. 79 ss.; A. Panzarola, *La Cassazione civile giudice del merito*, Giappichelli, Torino, 2005, II, pp. 437 ss.; A. Pileggi, *Riflessi sostanziali del ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione dei contratti collettivi*, in G.C. Perrone, B. Sassani (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 107. In giurisprudenza, per una ipotesi di interpretazione diretta di una clausola di un contratto collettivo *ex* art. 63, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, vd. Cass. 16 febbraio 2005, n. 3072, la quale, «con l'enunciazione della regola di giudizio applicabile alla controversia all'esito dell'interpretazione delle clausole», ha poi deciso nel merito la causa, «non essendo necessari altri accertamenti di fatto».

(12) Cass. 7 aprile 2010, n. 8254, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 238.

alla diretta interpretazione di tali contratti, e, dalla natura negoziale degli stessi, discende che l'interpretazione debba essere compiuta secondo i criteri di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ., e non sulla base degli art. 12 e 14 delle disposizioni della legge in generale» (13);

– che «quando la Corte di Cassazione accoglie il ricorso per violazione o falsa applicazione di disposizioni dei contratti collettivi del pubblico impiego privatizzato, se non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto, decide la causa nel merito applicando in via analogica l'art. 384, comma 1, cod. proc. civ., atteso che sarebbero contraddetti i princìpi di ragionevolezza ed economicità se la Corte cassasse con rinvio nei casi in cui la decisione del merito della causa dipende interamente dall'interpretazione di una clausola contrattuale» (14);

– che, «con riguardo ai contratti collettivi di lavoro relativi al pubblico impiego privatizzato, la regola posta dall'art. 63, d.lgs. n. 165 del 2001, che consente di denunciare direttamente in sede di legittimità la violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi, deve intendersi limitata ai contratti e accordi nazionali di cui all'art. 40 del predetto d.lgs., con esclusione dei contratti integrativi contemplati nello stesso articolo, in relazione ai quali il controllo di legittimità è finalizzato esclusivamente alla verifica del rispetto dei canoni legali di interpretazione e dell'assolvimento dell'obbligo di motivazione sufficiente e non contraddittoria; ne consegue che, in riferimento ai contratti integrativi, il ricorrente ha l'onere di riportare il testo della clausola contrattuale controversa, al fine di consentire il controllo nei limiti individuati, risultando altrimenti violata la regola dell'autosufficienza del ricorso» (15).

Quindi, il Supremo Collegio ha preso atto della novità legislativa e ha riconosciuto che, allorché viene proposto un ricorso per violazione e falsa applicazione di una clausola di un contratto o di un accordo collettivo nazionale del lavoro pubblico contrattualizzato, la Corte di Cassazione procede alla diretta interpretazione di tali contratti, e, stante la natura negoziale degli stessi, l'interpretazione deve essere compiuta secondo i criteri di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ., e non sulla base degli artt. 12 e 14 delle disposizioni della legge in generale. Potendo, peraltro, decidere la causa nel me-

---

(13) Così Cass. 17 marzo 2005, n. 5892, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1015. Negli stessi termini vd., fra le altre, Cass. 8 aprile 2011, n. 8085, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, II, p. 307; Cass. 29 luglio 2008, n. 20581, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1756; Cass. 6 febbraio 2008, n. 2772, *ivi*, 2010, I, p. 697 [«In tema di contratti collettivi del lavoro di pubblico impiego privatizzato, posto che è possibile denunziarne in Cassazione la violazione o falsa applicazione, ai sensi dell'art. 63, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001, il giudice di legittimità deve procedere alla diretta interpretazione degli stessi secondo i criteri dettati dagli artt. 1362 ss. cod. civ. facendo innanzitutto riferimento al significato letterale delle espressioni usate e, quando esso risulti univoco, non utilizzando il ricorso a ulteriori criteri interpretativi, atteso che questi ultimi esplicano soltanto una funzione sussidiaria e complementare laddove una clausola si presti a diverse e contrastanti interpretazioni]; Cass., Ss.Uu., 8 maggio 2007, n. 10374, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1369; Cass. 4 marzo 2005, n. 4714, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Cassazione civile*, n. 328; Cass. 23 maggio 2003, n. 8210, nella motivazione, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1671.

(14) Cass. 4 marzo 2005, n. 4714, cit. nella nota precedente. Vd. altresì Cass. 8 settembre 2008, n. 22586, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 790.

(15) Cass. 5 dicembre 2008, n. 28859, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Cassazione civile*, n. 200. Negli stessi termini vd. Cass. 19 luglio 2006, n. 16522, *ivi*, 2006, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 907; Cass. 22 settembre 2006, n. 20599, *ibidem*, voce cit., n. 910.

rito applicando in via analogica l'art. 384, comma 1, cod. proc. civ., nel momento in cui non dovessero essere necessari ulteriori accertamenti di fatto.

Peraltro sia la dottrina sia la giurisprudenza in quel momento hanno precisato che la previsione del ricorso per cassazione non comportava un differente inquadramento dei contratti e degli accordi collettivi nazionali dei dipendenti pubblici nel sistema delle fonti. Infatti, se si fa eccezione per una posizione che possiamo ritenere minoritaria, per la quale le clausole dei contratti e accordi collettivi nazionali avrebbero dovuto essere equiparate alle norme di legge (16), l'opinione maggioritaria ha escluso, del tutto correttamente, tale equiparazione (17), dal momento che, come peraltro già affermato dalle Sezioni Unite, «i contratti collettivi del settore pubblico (come pure, successivamente, quelli del settore privato) sono stati equiparati agli atti normativi ai soli fini processuali dell'ammissibilità della denuncia di violazione e falsa applicazione di clausole nel ricorso per cassazione […], senza che ne sia stata alterata, sul piano sostanziale, la natura di atti negoziali» (18).

Quel che va, a questo punto, ricordato è che un autorevole studioso non mancò di mettere in evidenza che con l'intervento del 1998 si era venuta a creare una palese disparità di trattamento rispetto ai contratti collettivi nazionali di lavoro privato, tanto da prevedere, come inevitabile, un intervento della Corte costituzionale, per estendere la portata della norma anche al lavoro privato (19).

3. — *Il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40: la modifica del n. 3 dell'art. 360, comma 1, e l'introduzione degli artt. 420*-bis *e 146*-bis *disp. att. cod. proc. civ. Il contrasto all'interno della Sezione lavoro della Cassazione sulla portata delle nuove norme* — Ebbene, qualche anno dopo il legislatore è intervenuto per eliminare questa disparità di trattamento, e con la legge delega 14 maggio 2005, n. 80, all'art. 1, comma 1, lett. *a*, ha statuito che il Governo deve «disciplinare il processo di cassazione in funzione nomofilattica, stabilendo […] l'estensione del sindacato diretto della Corte sull'interpretazione e sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali di diritto comune, amplian-

(16) A. Pileggi, *op. ult. cit.*, p. 108.

(17) Vd., fra gli altri, R. Vaccarella, *op. ult. cit.*, p. 722; B. Sassani, *op. ult. cit.*, p. 19; G. Trisorio Liuzzi, *op. ult. cit.*, p. 1862; A. Briguglio, *La Cassazione e le controversie in materia di pubblico impiego trasferite alla giurisdizione ordinaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 1027.

(18) Cass., Ss.Uu., 8 luglio 2008, n. 18621, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 788, la quale ha di conseguenza ritenuto manifestamente infondata l'eccezione d'illegittimità costituzionale avverso una clausola di contratto collettivo, potendo l'incidente di costituzionalità essere proposto soltanto nei confronti di atti aventi forza di legge.

(19) Così G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 320. Da ricordare tuttavia che Corte cost. 5 giugno 2003, n. 199, in *Foro it.*, 2003, I, 2232, ha ritenuto «infondata, stanti le peculiarità del contratto collettivo nel pubblico impiego e stante il difetto di censura in ordine alla irragionevolezza delle differenziazioni della disciplina, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 64, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, per l'ingiustificata disparità della disciplina processuale applicabile ai dipendenti delle p.a. rispetto a quella applicabile ai lavoratori privati, in riferimento all'art. 3 Cost.». Ad avviso, invece, di S. Chiarloni, *Prime riflessioni su riforma del pubblico impiego e processo*, in *Corriere giur.*, 1998, p. 626, proprio alla luce del nuovo art. 68, comma 5, «ci si può ora ragionevolmente attendere un *revirement* da parte della giurisprudenza» relativamente all'interpretazione che esclude il ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione di una clausola di un contratto collettivo di diritto comune.

do la previsione del numero 3 dell'articolo 360 del codice di procedura civile…» (20). Un'estensione del sindacato diretto della Cassazione ai contratti collettivi nazionali di lavoro di diritto comune che trova il suo precedente nel progetto presentato dalla commissione ministeriale presieduta da Romano Vaccarella nel 2002 (punto 33, lett. *a*) (21).

In attuazione della delega con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, il legislatore:

(a) ha introdotto nel n. 3 dell'art. 360, comma 1, la previsione che il ricorso diretto in Cassazione può essere proposto anche «per violazione o falsa applicazione […] dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro»;

(b) ha inserito *ex novo* gli artt. 420-*bis* e 146-*bis* disp. att. cod. proc. civ. che disciplinano il ricorso immediato per cassazione avverso la sentenza resa dal giudice di primo grado avente a oggetto la decisione della questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale» (22).

Dunque, al pari di quanto disposto nel 1998, il legislatore ha inteso riferire la novità del controllo diretto della Cassazione solo ai contratti collettivi nazionali di lavoro.

Di fronte a questa indubbia novità gli interpreti si sono divisi, tra chi, in maggioranza, ha accolto favorevolmente siffatta innovazione e chi la ha invece criticata.

I primi hanno soprattutto rilevato che il controllo diretto della Cassazione, valorizzandone la funzione nomofiliattica, consente di porre un freno al fenomeno delle differenti interpretazioni da parte dei giudici di merito su una stessa clausola contrattuale di un contratto collettivo nazionale di lavoro – interpretazioni comunque incensurabili in Cassazione *ex* art. 360, n. 5 o n. 3, in relazione agli artt. 1362 ss. cod. civ. – con l'effetto di limitare il contenzioso seriale (23). Ciò perché «il legislatore ben può prevedere che il sindacato della Corte si esplichi anche in relazione a regole che non

---

(20) Sulla legge delega vd., fra gli altri, S. Chiarloni, *Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in *Giur. it.*, 2003, p. 817; A. Tedoldi, *La delega sul procedimento di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 935.

(21) Si legge nella relazione al progetto che «l'estensione del sindacato della Corte ai contratti collettivi di diritto comune porta a compimento l'opera iniziata dal legislatore con la riforma del pubblico impiego, e si raccorda anche alla più recente dottrina, la quale ha posto in rilievo come la nozione di "norma di diritto", rilevante ai sensi del ricorso in Cassazione, non coincida totalmente con quella di "regola posta da una fonte del diritto"».

(22) Ricordiamo che Corte cost. 17 luglio 2007, n. 298, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 936, con nota di A. Vallebona, *Legittimità costituzionale della nomofilachia accelerata della Cassazione sui contratti collettivi nazionali*, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 420-*bis* cod. proc. civ., in riferimento agli artt. 3, 76 e 111 Cost.

(23) Vd., fra gli altri, C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2, Giappichelli, Torino, 2010, II, p. 480; N. Picardi, *Manuale del processo civile*, 2, Giuffrè, Milano, 2010, p. 442; G. Monteleone, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 946; Id., *Manuale di diritto processuale civile*, 6, Cedam, Padova, 2012, p. 682 (per il quale con la riforma del 2006 il legislatore ha deciso «di organizzare il ricorso per cassazione in modo diverso da un puro giudizio di legittimità»); R. Vaccarella, *Lezioni sul processo civile di cognizione. Il giudizio di primo grado e le impugnazioni*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 319; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 7, Giuffrè, Milano, 2013, II, p. 430; C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2, Cedam, Padova, 2008, p. 230; G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 3, Cacucci, Bari, 2014, II, p. 423; B. Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv, dir. proc.*, 2006, p. 220; G. Trisorio Liuzzi, *Le azioni seriali nel contenzioso del lavoro*, in S. Menchini (a

sono norme giuridiche, come quelle contenute nei contratti collettivi, di modo che la pronuncia della Corte sia idonea a costituire un precedente per tutte le altre controversie, nelle quali diverrà rilevante l'interpretazione e applicazione delle regole contenute nel contratto collettivo» (24). A tale proposito è significativo quanto la Sezione lavoro (Est. Evangelista) rilevava nel 2005 all'indomani della legge delega n. 80 del 2005: proprio l'«ineludibile esigenza sociale che casi eguali non vengano decisi in modo diseguale, e che risulti garantita l'effettività del principio costituzionale di eguaglianza, ha ispirato la decisa svolta riformatrice di cui alla legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 5, la quale nel delegare all'esecutivo la formulazione della nuova disciplina del procedimento civile di cassazione, dopo avere fissato come fondamentale direttiva quella di una funzionalità di essa allo scopo della nomofilachia, ha espressamente imposto al legislatore delegato di prevedere l'estensione del sindacato diretto della Corte di Cassazione sull'interpretazione e sull'applicazione dei contratti collettivi di lavoro di diritto comune, in tale senso ampliando la previsione dell'art. 360, n. 3, cod. proc. civ.» (25).

Gli studiosi che hanno criticato la riforma del 2006 hanno invece evidenziato che in questo modo non solo il carico dei ricorsi in Cassazione sarebbe stato aggravato, con danno per la funzione nomofilattica della Cassazione, ma soprattutto si veniva a dare vita a un'alterazione del giudizio di legittimità, dal momento che l'interpretazione delle clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro avrebbe comportato un accertamento di fatto che non rientra tra i compiti della Cassazione (26).

Comunque, anche questi studiosi che hanno preso le distanze dalla riforma hanno riconosciuto che il legislatore nel 2006 aveva generalizzato il controllo diretto della Cassazione sulla violazione delle clausole di contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro.

Da parte sua la Suprema Corte, mentre, come abbiamo visto, ha riconosciuto che, allorché viene proposto un ricorso per violazione e falsa applicazione di una clausola

---

cura di), *Le azioni seriali*, Esi, Napoli, 2008, p. 230; R. Tiscini, *Commento all'art. 360 cod. proc. civ.*, in L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Utet, Torino, 2013, IV, pp. 581 ss.; Id., *Il giudizio di cassazione*, in F.P. Luiso, R. Vaccarella (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 344 ss.; M. Fornaciari, *Il sindacato della Cassazione sui contratti e sugli accordi collettivi di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 625; F. Rota, *Contratti collettivi in Cassazione tra nomofilachia e «autosufficienza del ricorso»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, pp. 1373 ss.; F. Roselli, *La violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in G. Ianniruberto e U. Morcavallo (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, 2, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 243 ss.; G. Amoroso, *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 262 ss.; Id., *Commento all'art. 360 cod. proc. civ.*, in F. Cipriani (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione*, Cedam, Padova, 2009, p. 111; U. Morcavallo, *L'interpretazione del contratto collettivo di diritto comune nella giurisprudenza di legittimità*, in *Corriere giur.*, 2009, pp. 327 ss.

(24) Così F.P. Luiso, *op. ult. cit.*, II, p. 430.

(25) Cass. 9 agosto 2005, n. 16771.

(26) Vd. A. Carratta, *La riforma del giudizio in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 1124 ss.; Id., *Commento all'art. 360 cod. proc. civ.*, in S. Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 318 ss.; G. Gilardi, *Quale futuro per la Cassazione civile?*, in *Questione giustizia*, 2005, p. 958. Vd. altresì il comunicato della Anm sullo schema di d.lgs., *ivi*, 2005, p. 977.

di un contratto o di un accordo collettivo nazionale del lavoro pubblico contrattualizzato, la Corte di Cassazione procede alla diretta interpretazione di tali contratti, non ha offerto un'interpretazione univoca della previsione introdotta nell'art. 360, n. 3, cod. proc. civ. dalla riforma del 2006 (27).

E così, mentre in alcune pronunce ha affermato che «nel giudizio di legittimità le censure relative all'interpretazione di un contratto o di un accordo collettivo offerta da parte del giudice di merito possono essere prospettate sotto il profilo della mancata osservanza dei criteri legali di ermeneutica contrattuale o della insufficienza o contraddittorietà della motivazione» (28), in altre ha ritenuto che, quando viene denunciata la violazione della norma di un contratto collettivo, il giudice di legittimità deve procedere alla diretta interpretazione del contenuto del contratto collettivo e «deve autonomamente procedere all'accertamento della portata della norma di cui si assume la violazione, senza essere vincolato a una specifica opzione interpretativa prospettata nella formulazione del quesito di diritto, ben potendo ricercare liberamente all'interno del contratto collettivo ciascuna clausola – anche non oggetto dell'esame delle parti e del primo giudice – comunque ritenuta utile all'interpretazione; nella stessa enunciazione in funzione nomofilattica del principio di diritto, del resto, la Corte è tenuta a operare – sia pure con una metodica interpretativa incentrata sui generali criteri di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ. – come se l'oggetto del suo esame fosse una norma giuridica e non, invece, un negozio di natura privatistica» (29).

4. — *La Cassazione procede alla diretta interpretazione del contratto o dell'accordo collettivo nazionale di lavoro* — L'interpretazione fatta propria da Cass. n. 23174/2013, per la quale «l'accertamento della volontà delle parti in relazione al contenuto del negozio si traduce in una indagine di fatto, affidata al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità nella sola ipotesi di motivazione inadeguata ovvero di violazione di canoni legali di interpretazione contrattuale di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ.», non convince e non può essere condivisa stante la univoca lettera dell'art. 360, n. 3, cod. proc. civ.: «le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione […] 3) per violazione o falsa

(27) Ovviamente le pronunce considerate sono solo quelle nelle quali ha trovato applicazione il nuovo art. 360, n. 3, cod. proc. civ., dopo la riforma del 2006. Infatti, nelle fattispecie nelle quali era applicabile *ratione temporis* l'art. 360, n. 3, cod. proc. civ. anteriormente alla novella di cui al d.lgs. n. 40/2006, la Suprema Corte ha sempre sostenuto che «l'interpretazione dei contratti collettivi di diritto comune è riservata al giudice di merito ed è censurabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione e violazione dei canoni di ermeneutica contrattuale» [vd., per tutte, Cass. 19 ottobre 2009, n. 22102, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 809].

(28) Così Cass. 15 aprile 2013, n. 9070, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 917. Vd. altresì, fra le altre, Cass. 6 giugno 2013, n. 14318, *ibidem*, voce *Cassazione civile*, n. 118; Cass. 25 marzo 2013, n. 7390, *ibidem*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 900; Cass. 15 aprile 2013, n. 9054, *ibidem*, voce *Cassazione civile*, n. 96; Cass. 2 maggio 2012, n. 6641, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 896, con nota di G. Ianniruberto, *Il ricorso in Cassazione per violazione o falsa applicazione del contratto collettivo*; Cass. 27 febbraio 2009, n. 4851, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Lavoro (contratto)*, n. 28.

(29) Cass. 18 febbraio 2008, n. 4008, in *Not. giurisp. lav.*, 2008, p. 539; Cass. 24 gennaio 2008, n. 1582, in q. *Riv.*, 2009, II, p. 185.

applicazione […] dei contratti e accordi collettivi nazionali i lavoro». Di fronte alla lettura prospettata da Cass. n. 2317/2013 sorge spontanea una domanda: ma se il controllo della Cassazione continua a essere quello indiretto, ossia mirato a verificare soltanto se il giudice di merito ha correttamente interpretato e applicato le norme in tema di ermeneutica contrattuale (artt. 1362 ss. cod. civ.) o se ha motivato al riguardo, per quale ragione il legislatore avrebbe inserito nell'art. 360, n. 3, i contratti e gli accordi collettivi nazionali di lavoro e avrebbe dettato due nuove norme come gli artt. 420-*bis* e 146-*bis* disp. att. cod. proc. civ.?

Ma procediamo per gradi.

In primo luogo, la chiara lettera della norma richiamata porta a condividere le decisioni nelle quali la Cassazione afferma che, quando non si versa in ipotesi di violazione di contratti e accordi collettivi *nazionali* di lavoro, non trova applicazione il controllo diretto del giudice di legittimità. In queste fattispecie (ad esempio, contratti integrativi, lodi ministeriali) l'interpretazione dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro è censurabile in Cassazione soltanto per violazione dei canoni di ermeneutica di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ. e per vizi di motivazione (30).

Ma se oggetto della censura è una clausola di un contratto o di un accordo collettivo nazionale di lavoro, non può affermarsi che il controllo della Cassazione continua a essere indiretto, nel senso che è limitato alla violazione dei canoni di ermeneutica di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ. e ai vizi di motivazione.

Il n. 3 dell'art. 360 è fin troppo chiaro nel disporre che è possibile proporre ricorso per cassazione per «violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi nazionali di lavoro». Si può essere d'accordo oppure no con tale novità. Sta di fatto però che una volta che il legislatore ha ritenuto, in base a una scelta insindacabile da parte dell'interprete, di equiparare le clausole dei contratti e degli accordi nazionali di lavoro alle norme di legge, sia pure solo ai fini processuali dell'ammissibilità della denuncia di violazione e falsa applicazione di clausole nel ricorso per cassazione, l'interprete non può che applicare quella previsione.

In secondo luogo, i contratti e gli accordi nazionali di lavoro, sia del lavoro pubblico contrattualizzato, sia del lavoro privato, devono ritenersi estranei al sistema delle fonti di diritto, con la conseguenza che l'interpretazione di una clausola del contratto costituisce una *quaestio facti*, dovendosi ricostruire la volontà dei contraenti (31).

---

(30) Vd., fra le altre, Cass. 9 ottobre 2012, n. 17168, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Cassazione civile*, n. 92 (si trattava di un lodo ministeriale); Cass. 21 febbraio 2011, n. 4170, *ivi*, 2011, voce *Lavoro (contratto)*, n. 89 (si discuteva del Regolamento per il personale del Banco di Sicilia); Cass. 13 dicembre 2010, n. 25139, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, p. 832; Cass. 22 novembre 2010, n. 23635, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Cassazione civile*, n. 82 (si trattava dell'Accordo integrativo per i giornalisti Rai); Cass. 19 marzo 2010, n. 6748, *ivi*, voce cit., n. 103 (il contratto era quello collettivo integrativo di amministrazione); Cass. 4 febbraio 2010, n. 2625, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, p. 33 (si trattava di un accordo aziendale); Cass. 2 marzo 2009, n. 5025, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 858 (si discuteva del contratto collettivo provinciale del lavoro della dirigenza medica e veterinaria).

(31) Vd. G. Verde, *Diritto processuale civile*, 2. *Processo di cognizione*, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 246, per il quale il controllo sui contratti comporta «una valutazione prevalentemente di tipo soggettivo (fondata sulla ricerca della comune intenzione delle parti) e quello sulla legge una valutazione prevalentemente di tipo oggettivo (rispetto alla quale l'intenzione del legislatore è elemento utile, ma non decisivo e sempre meno decisivo quanto più ci si allontana

Sicché, la Cassazione, nell'interpretazione del contratto e nella ricerca della volontà delle parti, deve applicare le regole di ermeneutica contrattuale dettate negli artt. 1362 ss. cod. civ. Il nostro legislatore, dapprima nel 1998 limitatamente ai contratti e agli accordi nazionali di lavoro del lavoro pubblico contrattualizzato, e successivamente nel 2006 per tutti i contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro, senza distinguere tra lavoro pubblico e lavoro privato (vd. art. 360, n. 3), ha ritenuto di prevedere, in linea con il potenziamento della funzione nomofilattica della Cassazione, che il sindacato della Suprema Corte si esplichi direttamente anche su questi contratti, affinché l'interpretazione prospettata costituisca un precedente per tutte le altre controversie nelle quali quella clausola contrattuale verrà in discussione, così da garantire la uniformità e la certezza in ordine alla interpretazione di clausole che coinvolgono una pluralità di soggetti.

In terzo luogo, con la riforma del 2006 il legislatore ha completato il disegno iniziato nel 1998: poiché i contratti e gli accordi collettivi nazionali di lavoro riguardano una moltitudine di soggetti, allorché sorge controversia giudiziaria in ordine alla interpretazione e all'applicazione di una clausola del contratto o dell'accordo e viene adita la Corte di Cassazione, è necessario che il controllo della Cassazione, la cui funzione nomofilattica viene rafforzata, sia diretto, con la conseguenza che lo stesso giudice di legittimità possa fornire l'interpretazione che funga da precedente per tutti gli altri casi identici.

E in questo quadro va collocato il meccanismo dell'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti e accordi collettivi, che il d.lgs. n. 40 del 2006 ha esteso anche alle controversie di lavoro privato (vd. l'art. 420-*bis* cod. proc. civ.) (32). Un meccanismo che prevede:

---

nel tempo dal momento in cui le legge è stata emanata». Sulla questione se i contratti collettivi nazionali di lavoro siano da includere tra le fonti di diritto vd., fra gli altri, F. Roselli, *La violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in G. Ianniruberto e U. Morcavallo (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, 2, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 244 ss.; G. Amoroso, *Commento all'art. 360 cod. proc. civ.*, in F. Cipriani (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione*, Cedam, Padova, 2009, p. 100.

(32) Senza pretese di completezza, vd., fra i tanti, G. Trisorio Liuzzi, *Commento agli artt. 420-bis e 146-bis disp. att. cod. proc. civ.*, in F. Cipriani (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione*, Cedam, Padova, 2009, pp. 462 ss.; S. Liebman, *Brevi note in tema di accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 1027; R. Foglia, *Impugnabilità delle sentenze per violazione dei contratti collettivi e accertamento pregiudiziale ai sensi dell'art. 420-bis,* in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 543; M. Fezzi, *Il nuovo art. 420-bis cod. proc. civ.*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 31; P. Tiberi, *L'accertamento pregiudiziale per l'interpretazione delle clausole controverse nel settore privato – Analogie con l'art. 64, d.lgs. n. 165/01?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, II, p. 955; G. Ianniruberto, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi dopo il d.lgs. n. 40 del 2006*, in G. Ianniruberto e U Morcavallo (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 463; A.D. De Santis, *Sull'inapplicabilità dell'art. 420-bis cod. proc. civ. al giudizio di appello*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2082.

Sull'accertamento pregiudiziale dei contratti collettivi di lavoro pubblico contrattualizzato, vd., fra i tanti, R. Vaccarella, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 715; S. Chiarloni, *Prime riflessioni su riforma del pubblico impiego e processo*, in *Corriere giur.*, 1998, p. 625; G. Costantino, *Sull'accertamento pregiudiziale della efficacia, validità e interpretazione dei contratti*

– che il giudice di merito emani una sentenza non definitiva su una questione che non può mai essere idonea di per sé a definire il giudizio;

– che la sentenza non definitiva sia solo ricorribile per cassazione, con l'effetto di sospendere il processo in corso;

– che in pendenza del giudizio davanti alla Cassazione possono essere sospesi i processi la cui definizione dipende dalla risoluzione della medesima questione sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi;

– che se la questione pregiudiziale è stata già decisa dalla Corte di Cassazione, il giudice adìto per una diversa controversia, se non ritiene di uniformarsi, deve pronunciare sentenza non definitiva.

Ebbene, tali disposizioni mostrano con tutta evidenza l'intenzione del legislatore di favorire un'efficacia della sentenza della Cassazione sulla questione pregiudiziale anche in altri processi, nei quali è in discussione la stessa questione, senza però arrivare a prevedere una efficacia *erga omnes* della sentenza. E ciò al fine di evitare controversie di serie attinenti all'interpretazione e applicazione delle norme collettive, oltre che al fine di potere pervenire a una uniformità di soluzioni in tema di contrattazione collettiva.

A volere tirare le fila di quanto fino a ora detto possiamo concludere nel senso che:

(i) a seguito della riforma del 2006, la Corte di Cassazione, nell'esame del ricorso con cui si denuncia la violazione o la falsa applicazione di contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro pubblico o privato, non deve più circoscrivere la propria indagine all'interpretazione data dal giudice di merito e verificare se vi sia stata una corretta applicazione dei canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ. o se la motivazione sia presente, ma deve scendere nell'esame diretto della clausola del contratto o dell'accordo ed enunciare la corretta interpretazione, con la necessaria precisazione che i contratti collettivi rimangono contratti e non rientrano tra le fonti di diritto.

(ii) L'esame della Corte si svolge sui contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro sui quali si fonda il ricorso; contratti o accordi che devono essere specificamente indicati nel ricorso a pena di inammissibilità *ex* art. 366, comma 1, n. 6, e depositati a pena di improcedibilità ai sensi dell'art. 369, comma 2, n. 4, cod. proc. civ. (unitamente agli altri documenti indicati in tale norma) (33). Poiché l'indagine istruttoria necessaria per la pronuncia della questione pregiudiziale è svolta dal giudice di me-

---

collettivi, *ivi*, 1998, p. 966; D. Borghesi, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Cedam, Padova, 2002, p. 59; G. Trisorio Liuzzi, *L'accertamento pregiudiziale dei contratti collettivi dal d.lgs. n. 80 del 1998 al d.lgs. n. 40 del 2006*, in M.G. Garofalo, R. Voza (a cura di), *La deflazione del contenzioso del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007, pp. 287 ss.; A. Briguglio, *Le funzioni della Corte di Cassazione e l'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi*, in G.C. Perrone, B. Sassani (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Cedam, Padova, 1999, p. 79; G. Guarnieri, *Sentenza «non definitiva» ex art. 64 T.U. 30 marzo 2001, n. 165, e giudicato implicito sulla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1334; L. De Angelis, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 68-bis, d.lgs. n. 29/93)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, I, p. 825; P. Curzio, *Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, pp. 7 ss.

(33) Vd., su tale aspetto, F. Roselli, *op. ult. cit.*, p. 255; G. Amoroso, *op. ult. cit.*, p. 112.

rito (34) e stante la natura e la struttura del giudizio di cassazione, la Corte non può assumere iniziative istruttorie e acquisire di ufficio nuovi documenti, altri contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro (35), ma deve decidere unicamente sul materiale probatorio prodotto (36).

(iii) Il giudice di legittimità, allorché viene denunciata la violazione della norma di un contratto o di un accordo collettivo nazionale, deve procedere autonomamente alla diretta interpretazione del contenuto del contratto o dell'accordo collettivo senza essere vincolato a una lettura interpretativa prospettata nella formulazione del motivo. Ciò significa che la Cassazione ben può ricercare all'interno del contratto o dell'accordo collettivo ciascuna clausola, anche non oggetto dell'esame delle parti e del primo giudice, ma che comunque venga ritenuta utile all'interpretazione e alla soluzione del caso concreto. Ne deriva che, affinché la Cassazione esamini il motivo concernente la violazione di norme di contratti o accordi nazionali di lavoro, non è necessario che il ricorrente alleghi la specifica violazione dei canoni di ermeneutica contrattuale e le modalità con le quali il giudice di merito se ne è discostato. La Corte di Cassazione, «pur adottando i canoni di ermeneutica negoziale indicati dal codice civile, […] si muove secondo una metodica diversa da quelle adottate dal giudice di merito, non essendo vincolata dall'opzione ermeneutica adottata da quest'ultimo, pur fondata su motivazione congrua e corretta sul piano logico, potendo la stessa Corte, a seguito di propria e autonoma scelta, pervenire a una diversa decisione da quella del primo giudice non solo per quanto attiene alla validità ed efficacia del contratto collettivo, ma anche in relazione alla sua interpretazione, attraverso diversa valutazione degli elementi di fatto già vagliati nel diverso grado di giudizio; il rafforzamento della funzione nomofilattica, cui è volta la modifica normativa del d.lgs. n. 40 del 2006, si fonda, infatti, sulla certezza e stabilità delle statuizioni giurisprudenziali; regime, questo, incompatibile con la possibilità che possano darsi, di un'identica disposizione contrattuale, interpretazioni corrette e al tempo stesso tra loro contrastanti» (37).

(iv) La Corte, nel decidere la controversia, deve enunciare il principio di diritto *ex* art. 384, comma 1, cod. proc. civ. In quei casi in cui la controversia si esaurisca nell'interpretazione resa dal giudice di legittimità e non sussista un residuo ambito di intervento da affidare al giudice del rinvio, la stessa Cassazione, in base all'art. 384, comma 2, cod. proc. civ., può decidere la causa nel merito allorquando non siano necessari ulteriori accertamenti in fatto (38).

Giuseppe Trisorio Liuzzi
Professore ordinario di Diritto processuale civile
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

(34) Vd. Cass. 24 gennaio 2008, n. 1578, in *Corriere giur.*, 2008, p. 1253.

(35) Ad avviso di Cass., Ss.Uu., 12 ottobre 2009, n. 21558, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 301, l'art. 369, comma 2, n. 4, non si applica ai contratti collettivi del lavoro pubblico. Si tratta di una lettura che, a ragione, è stata criticata, dal momento che la norma predetta non distingue a seconda del tipo di contratto. Vd. in tal senso F. Roselli, *op. ult. cit.*, p. 257, nota 40.

(36) Cass. 6 febbraio 2008, n. 2796, cit., nota 32; Cass. 24 gennaio 2008, n. 1578, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1577; Cass. 21 settembre 2007, n. 19560, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 113.

(37) Cass. 6 febbraio 2008, n. 2796, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1576, con osservazioni di D. Dalfino.

(38) F. Roselli, *op. ult. cit.*, p. 282.

SICUREZZA SOCIALE

I

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 8 aprile 2014 – Pres. Işil Karakaş – Dhahbi (avv. Angiolini) c. Italia (Avv. Stato).

Controversie di lavoro e previdenza – Diritto al giusto processo – Omessa motivazione in ordine a precedenti difformi – Violazione della Cedu – Sussiste.

Sicurezza sociale – Prestazioni familiari – Discriminazione in ragione della nazionalità – Sussiste.

Viola l'art. 6.1 (diritto a un equo processo) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo il rifiuto della Corte di Cassazione italiana di sottoporre alla Corte di Giustizia Ue una questione controversa in tema di applicazione del diritto dell'Unione europea, quando la decisione non sia stata adeguatamente motivata. (1)

Viola gli artt. 8 (rispetto della vita familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo una disposizione di legge che neghi una provvidenza economica per le famiglie numerose, quando tale beneficio sia stato rifiutato unicamente in ragione della cittadinanza del richiedente. (2)

II

TRIBUNALE BERGAMO, 30 marzo 2014 – Est. Corvi – Mamadou (avv. Guariso e Lavanna) c. Comune di V. (avv. Fugazzola) e Inps (avv. Imparato).

Controversie di lavoro – Giurisdizione del g.o. – Discriminazione – Posta in essere attraverso un provvedimento amministrativo – Sussiste.

Controversie di lavoro – Prestazioni familiari – Provvidenze non contributive – Inps – Ruolo di *adiectus solutionis causa* – Carenza di legittimazione passiva – Non sussiste.

Sicurezza sociale – Prestazioni familiari – Legge n. 97/2013 – Natura ricognitiva di precetti già presenti nell'ordinamento – Sussiste.

Spetta alla giurisdizione del g.o. conoscere di una discriminazione anche quando questa sia stata posta in essere attraverso un provvedimento amministrativo. (3)

Nei giudizi diretti a ottenere il riconoscimento dell'assegno per le famiglie numerose di cui all'art. 65, legge n. 448/98, l'Inps, pur essendo solamente deputato al pagamento della provvidenza, non è carente di legittimazione passiva e può quindi essere correttamente convenuto in giudizio. (4)

Anche prima dell'entrata in vigore della legge n. 97/2013, il beneficio di cui all'art. 65, legge n. 448/98, per le famiglie con almeno tre figli a carico doveva comunque riconoscersi ai cittadini residenti extraUe soggiornanti di lungo periodo, giusta le previsioni di cui all'art. 9, comma 12, del d.lgs. n. 286/98, come modificato dal d.lgs. n. 3/2007. (5)

(1-5) PRESTAZIONI ASSISTENZIALI AI CITTADINI EXTRAEUROPEI E TUTELA DEI DIRITTI INDIVIDUALI

SOMMARIO: 1. L'intervento dell'Inps e la risoluzione pratica della questione. — 2. Disciplina applicabile allo straniero extraUe: considerazioni in generale. — 3. Le prestazioni assistenziali: le fonti sovranazionali. — 4. L'evoluzione della disciplina interna e le pronunzie della Corte costituzionale italiana. — 5. La Corte europea dei diritti dell'uomo quale giudice di ultima istanza del sistema europeo di tutela multilivello? — 6. Conclusioni (con qualche dubbio).

1. — *L'intervento dell'Inps e la risoluzione pratica della questione* — L'applicazione del principio di parità di trattamento ai cittadini extraUe (o extraeuropei) interessa oramai da quasi un decennio la giurisprudenza italiana ed europea, venendo a investi-

re soprattutto le disposizioni della legge finanziaria del 2001 (art. 80, legge n. 388/2000), che, pur senza abrogare la più favorevole previsione delle «disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione» (art. 41, d.lgs. n. 286/98, vd. subito *infra*), aveva reso maggiormente selettivi i criteri di accesso alle prestazioni di tipo assistenziale, richiedendo che i beneficiari fossero residenti sul territorio nazionale da almeno cinque anni.

Si tratta, sul piano pratico, di una battaglia forse, oramai, solo di retroguardia, come dimostrano le sentenze che si annotano e che si riferiscono – non a caso – a dinieghi relativi a situazioni esaurite, posto che l'Inps ha profondamente modificato il suo orientamento e, con il messaggio n. 13983 del 4 settembre 2013, ha ammesso al godimento dei benefici «tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti, anche se privi di permesso di soggiorno Ce di lungo periodo, alla sola condizione che siano titolari del requisito del permesso di soggiorno di almeno un anno di cui all'art. 41 T.U. immigrazione [d.lgs. n. 286/98]».

Malgrado il venir meno dell'interesse pratico, la materia presenta però un ancor indubbio rilievo, sia in relazione alla necessità di ricostruire il quadro normativo complessivo, a ragione dello stratificarsi di fonti di varia natura e di incerta gerarchia (convenzioni Oil, Cedu, direttive Ue, princìpi costituzionali, norme ordinarie), sia al fine di precisare gli esatti confini del principio di parità di trattamento, soprattutto in relazione alle provvidenze, in denaro o in natura (si pensi al libero accesso ai mezzi di trasporto pubblici), che siano disposte da altre fonti (*in primis*, leggi regionali o provvedimenti adottati dalle giunte comunali).

Non è quindi per caso se, unanimemente (1), si rileva un andamento ondivago della giurisprudenza costituzionale, in ordine non solo alle ragioni che nelle varie occasioni hanno sorretto le decisioni di incostituzionalità della Corte, ma anche in relazione al segno delle varie pronunzie, che in alcuni casi hanno invece ritenuto legittima la disciplina che dettava una regola differenziata fra cittadini e stranieri (2).

La questione, invero, non è semplice, e numerose sono le ipotesi da prendere in esame, anche quando, come nella prima delle sentenze in commento, si tratti di fare applicazione di norme comunitarie che riconoscono la libertà di movimento di lavoratori appartenenti a paesi terzi, ma legati all'Unione da accordi di (cooperazione o) associazione.

2. — *Disciplina applicabile allo straniero extraUe: considerazioni in generale* — Invero, per quanto attiene al contratto dei lavoratori regolarmente soggiornanti nel territorio nazionale, la parità di trattamento non può per forza di logica che essere piena, sia perché sarebbe pericoloso per i lavoratori nazionali se i cittadini stranieri rappresentassero un minore onere economico (a ragione dell'evidente rischio di una «se-

(1) La valutazione di cui al testo è sottolineata da tutti gli Autori che si sono occupati del punto: in particolare vd. G. Turatto, *Le «pause» della Corte cost. in tema di parità di trattamento dei cittadini di paesi terzi extracomunitari*, in q. *Riv.*, 2014, II, pp. 549 ss.; e già W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Torino, 2013 (dello stesso Autore, vd. altresì *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari e il principio di non discriminazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 101 ss.); nello stesso senso vd. A. Guariso, nelle opere citate a nota 18.

(2) Vd. meglio *infra*, nota 14.

lezione avversa» da parte delle imprese), sia perché, da ogni punto di vista, appare contrario alla dignità dell'uomo (art. 36 Cost.) che, a parità di lavoro, sussista una disparità di salario (3). E va da sé che alla parità retributiva faccia seguito una parità «previdenziale», sia quanto agli oneri contributivi (salvo che per le presenze stagionali) sia quanto alle prestazioni.

E anzi, si deve notare come un principio di parità si applichi, a ben vedere, anche agli immigrati irregolari, come è confermato dall'art. 2116 cod. civ. in tema di invalidità del contratto di lavoro, le cui disposizioni, per concorde orientamento giurisprudenziale (4), possono trovare applicazione all'invalidità derivante dalla mancanza del permesso di soggiorno (originaria o da omesso rinnovo), a fronte, peraltro, dell'evidente rilievo che la nullità del negozio si tradurrebbe in un indebito vantaggio per il datore, liberato dagli obblighi retributivi e contributivi.

Analoga soluzione deve ritenersi applicabile in relazione alla contribuzione (5), nonché alle prestazioni previdenziali, comunque dovute al lavoratore migrante, in relazione al periodo precedente all'accertamento dell'illiceità del soggiorno, in forza dell'art. 9, comma 1, della Convenzione Oil n. 143 del 1975 (vd. *infra*), che assicura «i diritti derivanti da occupazioni anteriori, in fatto di retribuzione, di previdenza sociale e di altre facilitazioni».

3. — *Le prestazioni assistenziali: le fonti sovranazionali* — Diversa è invece la questione per le prestazioni «assistenziali» così dette perché riconosciute in assenza della previa corresponsione di contribuzione: a riguardo, la disciplina positiva rimane legata all'idea che la libertà di movimento sia conseguente allo svolgimento di un'attività lavorativa, con la conseguenza che l'accesso a tali benefici sia ammessa solo quando il soggetto abbia maturato un radicamento sociale; e siffatto presupposto viene valutato in termini di durata del soggiorno nel paese, anche al fine evidente di evitare il cd. turismo assistenziale, che viceversa si è registrato soprattutto con riguardo ai confini tedeschi.

La regola ora enunziata trova fondamento nella più antica disciplina dell'Oil, posto che la Convenzione sui lavoratori migranti n. 97, stipulata nel 1939 e riveduta nel 1949 (ratificata dall'Italia con la legge 2 agosto 1952, n. 1305), limita il principio di parità di trattamento, altrimenti previsto in generale per le assicurazioni sociali (6),

(3) Per la questione (invero del tutto chiara nel senso positivo) dell'accesso al pubblico impiego, vd., fra i tanti, P. Corsini, *L'accesso degli stranieri al pubblico impiego*, in L. Calafà e D. Gottardi, *Il diritto antidiscriminatorio*, Roma, 2009, pp. 193 ss.; S. Palladini, *L'avviamento a selezione dei lavoratori extracomunitari nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, III, pp. 645 ss.; R. Foglia, *Sull'accesso degli extracomunitari agli impieghi pubblici*, in *Corriere giuridico*, 2007, pp. 357 ss.; M. Grasso, *Gli ostacoli all'accesso degli stranieri al lavoro pubblico*, in q. *Riv.*, 2007, n. 2, II, pp. 218 ss.; M. Agostini, *Il cittadino straniero extracomunitario non può accedere all'impiego pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, pp. 302 ss.

(4) Vd. Trib. Milano 6 ottobre 1993, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 434; Pret. Parma 29 settembre 2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 222; Cass. 13 ottobre 1998, n. 10128; Cass. 11 luglio 2001, n. 9407.

(5) Cass. 26 marzo 2010, n. 7380, in *Juris data Giuffrè*.

(6) I rischi assicurati vengono espressamente definiti, in conformità con le indicazioni della legislazione internazionale sul lavoro, come quelli attinenti alle disposizioni legali contro gli infortuni sul lavoro, le malattie professionali, la maternità, la malattia, la vecchiaia e la morte, la disoccupazione e gli obblighi familiari, nonché – si aggiunge – «contro qualsia-

escludendo nell'applicazione quando ci si trovi in presenza di «disposizioni speciali prescritte dalla legislazione nazionale del paese di immigrazione sulle prestazioni o frazioni di prestazioni pagabili esclusivamente con fondi pubblici», nonché di «indennità pagate alle persone che non riuniscono le condizioni di contributo richieste per l'attribuzione di una normale pensione» (art. 6, lett. *b*, Convenzione n. 97).

L'art. 8 della Convenzione ora in esame, tuttavia, stabilisce che un lavoratore emigrante ammesso a titolo permanente e i membri della sua famiglia, che siano stati autorizzati ad accompagnarlo o a raggiungerlo, «non potranno essere rinviati nel loro territorio di origine o nel territorio da cui essi sono emigrati, quando a causa di malattia o di infortunio il lavoratore emigrante si trovi nell'impossibilità di esercitare il proprio mestiere, a condizione che la malattia o l'infortunio sia sopravvenuto dopo il suo arrivo», salvo che per espressa volontà del lavoratore stesso. La norma prevede altresì, nel suo comma 2, ed è questo il punto che maggiormente qui interessa, che i singoli Stati possano escludere l'applicazione della disposizione ora esaminata, ma non quando i lavoratori emigranti siano, sin dal loro arrivo nel paese di immigrazione, «ammessi a titolo permanente», o quando sia comunque trascorso un periodo superiore a cinque anni a decorrere dalla data di ammissione del lavoratore.

La Convenzione Oil n. 97, dunque, ammette l'esclusione dai trattamenti «assistenziali» (*i.e.*: «pagabili esclusivamente con fondi pubblici») per gli immigrati, salvo che per l'ipotesi che essi abbiano maturato una residenza continuativa superiore a cinque anni. Il principio, peraltro, trova conferma anche nella successiva Convenzione n. 143 del 1975 (ratificata dall'Italia con la legge 10 aprile 1981, n. 158) (7) nonché nella Convenzione n. 102 del 1952 (ratificata con legge 22 maggio 1956, n. 741), che detta condizioni uniformi in materia previdenziale.

Lo stesso principio di parità viene enunciato, ora, anche dalla Direttiva del Consiglio n. 109 del 25 novembre 2003 (8), che detta una disciplina comune per i paesi dell'Unione, con riferimento ai cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, facendo coincidere (artt. 4 e 5) tale qualificazione, con un soggiorno legale e ininterrotto di pari durata, con il godimento «di risorse stabili e regolari, sufficienti al sostentamento loro e dei loro familiari, senza fare ricorso al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato» (art. 5.1, lett. *a*) e con la stipulazione di «un'assicurazione malattia contro tutti i rischi solitamente coperti per i propri cittadini nello Stato membro interessato» (lett. *b*, art. cit.).

---

si altro rischio che, in conformità alla legislazione nazionale, sia coperto da un sistema di assicurazione sociale».

(7) A dispetto di una opinione diffusa, l'art. 10 di tale testo normativo non estende il principio oltre i limiti di cui alla convenzione precedente, ma solo si limita a impegnare «ogni Stato membro per il quale la convenzione sia in vigore […] a formulare e ad attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire, con metodi adatti alle circostanze e agli usi nazionali, la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione, di sicurezza sociale, di diritti sindacali e culturali, nonché di libertà individuali e collettive per le persone che, in quanto lavoratori migranti o familiari degli stessi, si trovino legalmente sul suo territorio».

(8) Correggo qui un'opinione espressa forse frettolosamente nel volume da me curato, unitamente a L. Zanfrini, dal titolo *Una parità imperfetta*, Roma, 2006, che raccoglieva i risultati di una ricerca internazionale sul tema della presente nota.

L'art. 11 della stessa Direttiva precisa gli ambiti in relazione ai quali gli Stati dell'Unione devono garantire la parità di trattamento fra i cittadini nazionali e quelli extraUe lungo soggiornanti, indicando una serie di ambiti assai vasti, fra i quali ricadono: l'istruzione e la formazione professionale, compresi gli assegni scolastici e le borse di studio secondo il diritto nazionale (lett. *b*); le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale (lett. *d*); le agevolazioni fiscali (lett. *e*); l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l'ottenimento di un alloggio (lett. *f*). Il combinato disposto dei commi 1 e 2 dello stesso art. 11 vale poi a stabilire che non può sussistere limitazione in ordine allo svolgimento di un'attività lavorativa subordinata o autonoma «purché questa non implichi nemmeno in via occasionale la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri» (9).

La Direttiva, sempre all'art. 11, prevede poi una serie di eccezioni al principio di parità di trattamento, autorizzando gli Stati membri a derogare a esso, ad esempio, a mente del comma 3, lett. *b*, al fine di accertare il possesso di «adeguate conoscenze linguistiche» per quanto attiene all'accesso all'istruzione e alla formazione.

In via generale, il comma 2 dell'art. 11 stabilisce che per una serie di ambiti *lato sensu* assistenziali (sostanzialmente quelli prima richiamati, in ordine a istruzione, prestazioni sociali, agevolazioni fiscali e accesso ai beni e servizi) lo Stato membro dell'Unione possa «limitare la parità di trattamento ai casi in cui il soggiornante di lungo periodo, o il familiare per cui questi chiede la prestazione, ha eletto dimora o risiede abitualmente nel suo territorio».

Il comma 4 stabilisce, infine, che gli Stati membri «possono limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali». Non è chiaro, invero, il significato di quest'ultima affermazione: se essa, cioè, costituisca una eccezione ai limiti di cui al comma 2 (secondo, peraltro, la valutazione della pronunzia di merito che si annota), o se viceversa essa si affianchi a quegli stessi limiti, finendo con l'imporre una parità di trattamento per i lungo soggiornanti, comunque ristretta alle sole «prestazioni essenziali» (10).

---

(9) Vd. l'art. 38, d.lgs. n. 165/2001, che rinvia a un d.P.c.m. (n. 174 del 1994) l'individuazione dei posti e delle funzioni «per i quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana»; tale disposizione è stata recentemente completata con un comma 3-*bis* che la estende anche «ai cittadini di paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo o che siano titolari dello *status* di rifugiato ovvero dello *status* di protezione sussidiaria». Mi pare abbastanza evidente, alla luce del combinato disposto dei commi 2 e 3-*bis* della norma cit., che tale ultima estensione (disposta dall'art. 7, legge n. 97 del 2013), fa salvi i limiti relativi all'esercizio di poteri autoritativi così come individuati in generale dal comma 1 e specificati ai sensi del comma 2, dal d.P.c.m. cit.

(10) Sembra che a quest'ultima previsione si riferisca la tredicesima considerazione preliminare della Direttiva, che così recita: «(13) Con riferimento all'assistenza sociale, la possibilità di limitare le prestazioni per soggiornanti di lungo periodo a quelle essenziali deve intendersi nel senso che queste ultime comprendono almeno un sostegno di reddito minimo, l'assistenza in caso di malattia, di gravidanza, l'assistenza parentale e l'assistenza a lungo termine. Le modalità di concessione di queste prestazioni dovrebbero essere determinate dalla legislazione nazionale». A riguardo vd. Corte Giust. Ue 24 aprile 2012, *Kamberaj c. Ipes Bolzano* (punti 83 ss.), secondo cui la clausola deve essere interpretata tenendo conto dell'obiettivo della direttiva, che consiste nell'integrazione «dei cittadini di paesi terzi che abbiano soggiornato legalmente e a titolo duraturo negli Stati membri».

Sino a qui si è detto della disciplina dettata per i lavoratori che non abbiano altro legame se non con il paese di origine e quello di residenza, poiché diversa è invece la situazione per coloro che, esercitando la libertà di movimento, si siano spostati da uno Stato dell'Unione a un altro: a costoro si applicano quindi le disposizioni comunitarie dettate per i lavoratori migranti, dovendosi riconoscere loro una piena parificazione, indipendentemente dalla distinzione fra prestazioni propriamente previdenziali e quelle cd. non contributive. A tanto si giunge in forza di una interpretazione estensiva delle disposizioni di cui al Regolamento n. 1408 del 1971, operata dalla Corte di Giustizia in forza di una valorizzazione dell'elenco dei rischi protetti (di modo che, per restare nell'ambito oggetto della pronunzia in commento, la tutela della famiglia non si limiterebbe ai trattamenti integrativi della retribuzione, ma a tutte le provvidenze che vengono riconosciute alle famiglie numerose).

In questo senso la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha abbandonato la distinzione fra prestazioni assistenziali e previdenziali basata sul sistema di finanziamento e ha stabilito una distinzione diversa che passa attraverso il riconoscimento di un diritto soggettivo, di modo che sarebbero solamente escluse dall'ambito comunitario quelle prestazioni che vengono riconosciute nell'esercizio di un potere puramente discrezionale.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto ha registrato numerose sentenze, tutte orientate all'ampliamento dei beneficiari, ritenendosi in buona sostanza che requisiti troppo stringenti in ordine alla concessione dei benefici finiscano per snaturare la finalità dei trattati, che consiste nell'agevolare la libertà di movimento, non senza evidenziare peraltro il carattere intimamente discriminatorio di una esclusione che risulti fondata in ultima analisi sul solo requisito della nazionalità (11).

Quest'ultimo aspetto, peraltro, è ripreso dalla «Carta di Nizza» (ora: Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), che ha previsto, all'art. 15.3, che «i cittadini di paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio di uno Stato membro hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione». Nello stesso senso la Convenzione Edu all'art. 14 (divieto di discriminazione) garantisce parità di trattamento nell'accesso e nella tutela dei diritti fondamentali, di fatto finendo con il parificare la condizione degli stranieri a quella dei cittadini, almeno per quelle prestazioni che vengano a garantire tutela ai diritti fondamentali dell'individuo.

---

(11) A riguardo, in via di sintesi, vd. S. Giubboni, *La sicurezza sociale dei lavoratori che si spostano all'interno dell'Ue*, in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), *Il lavoro dipendente*, vol. V del *Tratt. dir. priv. comunitario* diretto da G. Ajani, G.A. Benacchio, Torino, 2008 spec. pp. 616 ss., e Id., *Sicurezza sociale comunitaria e lavoratori migranti da «paesi terzi»: problemi e prospettive*, in *Dir. lav.*, 1999, I, pp. 189 ss.; P. Bozzao, *Le prestazioni non contributive*, *ivi*, pp. 184 ss. Nel senso invece dell'inesistenza di una nozione comunitaria e del rinvio alla legislazione nazionale, vd. la sentenza *Kamberaj*, cit. a nota che precede (punto 77), secondo cui «qualora il legislatore dell'Unione abbia espressamente rinviato alla legislazione nazionale, come avvenuto all'articolo 11, paragrafo 1, lettera *d*, della Direttiva n. 2003/109, non spetta alla Corte dare delle parole di cui trattasi una definizione autonoma e uniforme ai sensi del diritto dell'Unione […] Infatti, un rinvio siffatto implica che il legislatore dell'Unione abbia inteso rispettare le differenze che sussistono tra gli Stati membri riguardo alla definizione e alla portata esatta delle nozioni di cui trattasi».

Può sin da ora anticiparsi che la giurisprudenza delle Corti Supreme europee, come bene si evince dalla sentenza della Corte europea in commento, tralasciando le fonti connotate da un carattere più tecnico e le limitazioni in esse previste (Convenzione Oil n. 97 e Direttiva n. 109/2003), ha privilegiato le enunciazioni delle Carte dei diritti che attribuiscono invece alla parità di trattamento un carattere tendenzialmente generale e assoluto. La vicenda ha interessato tutti gli ordinamenti, in generale modellati sulle previsioni Oil prima richiamate, imponendo in molteplici occasioni una profonda modifica delle condizioni previste per l'accesso ai benefici di legge.

4. — *L'evoluzione della disciplina interna e le pronunzie della Corte costituzionale italiana* — Nell'ambito della vicenda, l'ordinamento italiano non è rimasto ai margini, di modo che si sono registrate non poche pronunzie, molte delle quali hanno rinviato alla Corte costituzionale, affinché questa valutasse se correggere le previsioni di legge (12).

La vicenda, poi, è stata complicata dal fatto che il quadro normativo italiano ha nel frattempo subìto una evoluzione, per cui alla parificazione fra soggetti nazionali e stranieri residenti da oltre un anno, prevista in origine dal già ricordato art. 41 del T.U. delle leggi sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/98) (13), si è sovrapposto il comma 19 dell'art. 80 della legge n. 388/2000 (legge finanziaria 2001), che ha invece limitato il diritto a poter godere dei trattamenti assistenziali solo a quanti siano titolari della «carta di soggiorno» (o, più correttamente, del «permesso di soggiorno» introdotto dalla legge 8 gennaio 2007, n. 3, in attuazione della Direttiva n. 2003/109/Ce) (14). In questo modo il numero dei possibili beneficiari è stato ristretto ai soli cittadini stranieri (i) che dimostrino di avere un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e dei familiari, (ii) che abitino in un appartamento di adeguate dimensioni e conforme ai requisiti igienico-sanitari previsti per legge e (iii) che possano attualmente vantare un soggiorno sul territorio italiano superiore a cinque anni.

---

(12) Una breve rassegna si rinviene *on-line* su *Questione giustizia*, all'indirizzo *magistraturademocratica.it*, nell'articolo dal titolo *Cedu, discriminatoria e illegittima l'esclusione di stranieri regolarmente soggiornanti da prestazioni sociali familiari*.

(13) Si riporta, per comodità, il testo dell'art. 41 (legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 39): «Gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti».

(14) Se ne riporta il testo: «Ai sensi dell'articolo 41 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concesse, alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno; per le altre prestazioni e servizi sociali l'equiparazione con i cittadini italiani è consentita a favore degli stranieri che siano almeno titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno. Sono fatte salve le disposizioni previste dal decreto legislativo 18 giugno 1998, n. 237, e dagli articoli 65 e 66 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, e successive modificazioni» (comma 19).

Alla norma del 2001, peraltro, si è affiancata una serie di varie disposizioni, di diversa provenienza e rango, chiaramente intese a escludere i cittadini non comunitari dagli interventi assistenziali, previsti dallo Stato o da altri enti territoriali (15). Dimostrazione evidente di una tale tendenza si rintraccia, per tacere delle ipotesi minori, nell'art. 20, comma 10, della legge 6 agosto 2008, n. 133 (di conversione del d.l. n. 112/08), che a decorrere dal 1° gennaio 2009 ha richiesto un ininterrotto soggiorno di dieci anni sul territorio nazionale per la concessione dell'assegno sociale.

La giurisprudenza di costituzionalità ha reagito alle chiusure del legislatore attraverso una pluralità di pronunzie, che tuttavia non sono mai giunte sino al punto di assicurare una perfetta parificazione. La prima importante pronunzia si è registrata con la sentenza n. 306 del 30 luglio 2008, che ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 80, comma 19, legge n. 388/2000, in relazione all'indennità di accompagnamento di cui alla legge n. 18/80 (16). Numerose altre sentenze si sono registrate in relazione alle varie prestazioni di tipo assistenziale previste nel nostro ordinamento (17).

Si è rilevato concordemente in dottrina come le motivazioni utilizzate dalla Corte si fondino su ragionamenti in certa misura ondivaghi, diretti più a premiare aspetti di illogicità interna che ha dichiarare contrario al principio di parità di cui all'art. 3 il requisito del possesso della carta di soggiorno: così si è ritenuto che fosse illogico richiedere un certo reddito quando la prestazione fosse diretta proprio a garantire condizioni minime di sussistenza a chi fosse privo di reddito (vd. Corte cost. n. 306/2008); analogamente si è affermato che per un certo nucleo di diritti fondamentali fosse inammissibile la richiesta di un permesso di soggiorno (Corte cost. n. 187/2000, e ancora 18 gennaio 2013, n. 2; 15 marzo 2013, n. 40), con un argomento che, in prospettiva, conduce alla parificazione della condizione dell'irregolare al lavoratore munito di permesso di soggiorno; infine, con una decisione che è apparsa ad alcuni come una marcia indietro (18), si è ritenuta comunque legittima la previsione di requisiti differenziati per l'accesso al godimento dei benefici, dovendosi apprezzare l'adeguatezza della partecipazione dello straniero alla organizzazione politica, economica e sociale (vd. Corte cost. 4 luglio 2013, n. 172; 17 luglio 2013, n. 197; 19 luglio 2013, n. 222).

---

(15) Ma si noti che i dati relativi ai cittadini stranieri che possono avere accesso alle previdenze sono invero assai contenuti, a stare almeno ai dati periodicamente resi noti dall'Inps e dall'Istat.

(16) In q. *Riv.*, 2008, II, p. 991, con nota di G. Turatto, nonché in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, pp. 867 ss., con nota di M. Altimari; in *Dir. imm. citt.*, 2008, pp. 285 ss., con nota di N. Salvini, e in *Lav. giur.*, 2009, n. 1, pp. 19 ss., con nota di D. Mesiti; la pronunzia è analizzata altresì da G. Ciocca, *Le modifiche all'assegno sociale e la carta acquisti*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, n. 3, pp. 637 ss.

(17) Vd. altresì Corte cost. 14 gennaio 2009, n. 11, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 1, pp. 198 ss., relativa alla pensione di inabilità di cui all'art. 12, legge n. 118/1971; Corte cost. 28 maggio 2010, n. 187, relativa all'assegno mensile di invalidità di cui all'art. 13, legge cit.; Corte cost. 16 dicembre 2011, n. 329, per l'indennità di frequenza di cui alla legge 11 ottobre 1990, n. 289 (le pronunzie più recenti sono citate nel testo e sono relative a provvedimenti di legge regionale).

(18) A. Guariso, *Passi avanti e passi indietro della Corte costituzionale in tema di universalità delle prestazioni sociali*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2013, n. 1-2, pp. 39 ss.; Id., Ratione temporis e ratione census*: cade l'ultima barriera per un welfare paritario tra italiani e stranieri*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, n. 4, pp. 910 ss.

5. — *La Corte europea dei diritti dell'uomo quale giudice di ultima istanza del sistema europeo di tutela multilivello?* — La decisione che si annota tiene conto solo in una certa misura della vicenda sino a qui narrata, perché riguarda una situazione invero assai particolare: il ricorrente, cittadino tunisino all'epoca dei fatti, soggiornava del tutto legittimamente sul territorio italiano venendo a guadagnare una retribuzione che lo metteva nelle condizioni di poter ottenere l'assegno per le famiglie particolarmente numerose, previsto dall'art. 65 della legge n. 448/1998. Egli invocava quindi l'Accordo di associazione fra la Tunisia e l'Unione europea (cd. «Accordo euro-mediterraneo»), sostenendo che questo attribuisce ai lavoratori di quel paese gli stessi diritti dei cittadini europei, anche in materia di previdenza sociale (19), rendendo di fatto applicabili a tali soggetti, in via di analogia, le (ampie) nozioni che la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ha elaborato, in relazione alle prestazioni previste (per i cittadini comunitari) a mente del Regolamento n. 1408/1971.

A fronte del diniego opposto dall'Inps a riguardo, il sig. Dhahbi adiva la giustizia italiana che tuttavia confermava sempre la legittimità del rifiuto dell'istituto previdenziale, considerando corretta una interpretazione dell'accordo che escludesse dal regime di reciprocità le prestazioni di natura non contributiva, in quanto, a dire dei giudici italiani, era questo il solo significato che potesse attribuirsi alla disposizione di cui all'art. 46 dell'Accordo di associazione (20). Il sig. Dhabi, quindi, vista respinta la sua domanda anche dalla Corte di Cassazione (21), ha adìto la Cedu per lamentare violazione dell'art. 6 (diritto al giusto processo) e degli art. 8 e 14 (diritto alla protezione della vita familiare e divieto di discriminazione).

Sotto il primo profilo, il ricorrente ha lamentato il fatto che l'ultima pronunzia resa dal giudice di legittimità non avesse tenuto in alcun conto le sue citazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia, respingendo anzi la domanda senza alcuna motivazione sul punto.

La risposta è a riguardo molto chiara e merita di essere qui trascritta per lunghi passi: la Corte europea dei diritti dell'uomo, richiamando espressamente l'art. 267 TfUe, nota come «i giudici nazionali le cui decisioni non prevedono ricorsi giurisdizionali di diritto interno sono tenuti, quando rifiutano di sottoporre alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione del diritto dell'Ue sollevata dinanzi a essi, a motivare il loro rifiuto rispetto alle eccezioni previste dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia».

Un tale obbligo è anzi particolarmente stringente (22) nel caso delle pronunzie della Cassazione «poiché avverso le sue decisioni non era possibile proporre alcun ricorso

---

(19) Ma si noti che nella versione francese dell'accordo il termine è *securité sociale*, come correttamente nota G. Turatto, nel commento alla sentenza pubblicato sul sito *http://www.europeanrights.eu*.

(20) Il punto è correttamente segnalato da E. D'Alessandro, *Giudice di ultima istanza e obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo: il caso «Dhahbi c. Italia» innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *www.foroitaliano.it*.

(21) Cass. 29 settembre 2008, n. 24278, in q. *Riv.*, 2009, II, p. 255, con nota di G. Turatto, *Il diritto dell'Unione europea mortificato dalla «autosufficienza» della Corte di Cassazione*, nonché in *Foro it.*, 2009, I, p. 176, e in *Inf. prev.*, 2009, p. 370, con nota di C. d'Aloisio.

(22) È lo stesso art. 267 TfUe a stabilire che: «Quando una questione del genere [cioè sulla validità e l'interpretazione dei trattati o di un atto di diritto derivato] è sollevata in un giudizio

giurisdizionale nel diritto interno», di modo che poiché il giudice italiano ha omesso di motivare il suo rifiuto di sottoporre la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia ovvero di indicare se la questione fosse «stata considerata come non pertinente o come relativa a una disposizione chiara o già interpretata dalla Corte di Giustizia», e anzi non ha operato alcun «riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia», la Corte ritiene sussistente una violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione, in tema di diritto a un processo equo (23).

Quanto al merito della questione, la Corte Edu non può, ovviamente, procedere ad applicare il diritto dell'Unione e tuttavia essa giunge comunque al risultato di ritenere illegittimo il rifiuto dell'Inps, fondando la sua decisione sull'art. 8 della Cedu, affermando che tale disposizione, sebbene non imponga agli Stati di predisporre misure di sostegno economico alla famiglia, obblighi comunque gli Stati che si siano dotati di una legislazione promozionale di applicarla in maniera rispettosa del principio di non discriminazione, di cui all'art. 14 della stessa Cedu (punto 41 della motivazione): da qui la condanna della Repubblica italiana per aver negato al sig. Dhahbi l'assegno richiesto.

La sentenza appare quanto mai rilevante nelle sue conclusioni, poiché essa sembra rappresentare il punto di saldatura fra la giurisprudenza nazionale e quella della Corte di Giustizia, ponendo il ricorso alla Cedu a garanzia del prevalere della seconda sulla prima. Non si deve dimenticare, infatti, che lo sviluppo della cd. interpretazione conforme, che mira alla diffusione degli orientamenti della Corte di Giustizia negli ambiti nazionali, incontra comunque un limite insormontabile nella necessità di una cooperazione fra gli organi giudiziali nazionali ed europei. E infatti, l'applicazione delle norme dell'Unione resta in ultima analisi affidata al fatto che i supremi organi giurisdizionali dei singoli ordinamenti vengano a conformarsi agli orientamenti europei, essendo evidente come una procedura di infrazione a mente dell'art. 258 TfUe possa intraprendersi solo a fronte dell'iniziativa della Commissione (o di uno Stato membro), cosicché possono restare prive di conseguenze violazioni anche sistematiche, come quella che ha costituito oggetto di pronunzia, quando non vi sia chi intervenga a difesa.

Qui la Corte Edu sembra assumere il ruolo di garante di ultima istanza del diritto dell'Unione, assicurando il rispetto del principio di primazia del diritto europeo,

---

pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte».

(23) La stessa Corte sembra segnalare i pochi precedenti, richiamando solo il caso *Vergauwen c. Belgio* del 10 aprile 2012 che coinvolgeva la Corte costituzionale belga; ancora a riguardo peraltro si segnalano la sentenza 20 settembre 2011, *Ullens de Schooten* (su cui vd. A. Rovagnati, *Mancato rinvio pregiudiziale di questioni interpretative concernenti il diritto eurounitario e diritto a un giusto processo ex art. 6 Cedu*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*); nonché la sentenza 14 gennaio 2010, *Atanasovski*, secondo la cui massima «la presenza di una giurisprudenza ormai pacificamente consolidata obbliga l'organo giudicante, che voglia discostarsene, a fornire una motivazione estesa e particolareggiata delle ragioni che supportano tale mutamento di orientamento. Ciò è richiesto dal principio della certezza del diritto, che, quale aspetto del più ampio principio del "*rule of law*", caratterizza il diritto della convenzione. Nel caso *de quo*, pertanto, si ritiene che la S.C. abbia violato il principio di equità del processo, avendo motivato la propria decisione mediante il mero richiamo a una norma del contratto collettivo di riferimento, senza soffermarsi ulteriormente sulle ragioni alla base del completo cambiamento di orientamento rispetto alla giurisprudenza precedente, sia propria sia delle Corti di grado inferiore».

anche quando il formarsi del giudicato sembrerebbe impedire ogni ulteriore forma di controllo (al di là, ovviamente, dell'impervia strada della responsabilità derivante da errore giudiziario). Anche il ricorso al diritto alla vita familiare di cui all'art. 8 finisce per far debordare il controllo della Corte di Strasburgo dalla estrinseca legalità del processo, saldando insieme la giurisprudenza della Cedu con quella della Corte di Giustizia. Non è per un caso, quindi, che i danni vengono liquidati (punti 56 ss.) senza che si differenzi fra la lesione del diritto al giusto processo e quella conseguente alla violazione dell'art. 8 in tema di vita familiare. La tentazione della Corte europea di farsi giudice *de amparo* dell'ordinamento dell'Unione è qui evidente e un siffatto tentativo andrebbe forse incoraggiato, al fine di mettere ordine nel complesso sistema venutosi complessivamente a creare non solo nell'ordinamento italiano in forza dell'interpretazione «adeguatrice».

6. — *Conclusioni (con qualche dubbio)* — Apparentemente dalla pronunzia che si annota non sembra potersi trarre argomento per ritenere definitivamente superata la questione nel diritto interno, a ragione del fatto che il caso trattato, a ragione della sussistenza di un accordo di associazione, apparteneva comunque al diritto comunitario (e dunque a una sfera cui rimane estranea la questione che si è richiamata in premessa). In questo senso, anche a mente delle reticenze e delle incertezze (di cui si è detto nel par. 4) ascrivibili alla Corte costituzionale italiana, sembrerebbe rimanere ancora aperta la questione della legittimità del limite quinquennale alla parità di trattamento per lavoratori che non abbiano esercitato la libertà di movimento transfrontaliera. Senonché le argomentazioni ora utilizzate dalla Corte europea si presterebbero comunque a valutare negativamente la legittimità di una misura puramente interna, essendo evidente come il principio di tutela della vita famigliare, letto in combinato disposto con l'art. 14 Cedu, verrebbe in rilievo anche in tale caso.

In questo senso, si deve rilevare come la Corte Edu, mentre non ha difficoltà a supplire alle insufficienze del TfUe attraverso una interpretazione estensiva del principio di eguaglianza, sembra rifiutare il ruolo di garante dell'applicazione del diritto internazionale derivante dalle convenzioni Oil, tanto che in sentenza si omette ogni riferimento alla disciplina prima sunteggiata al par. 2, preferendo fare applicazione evolutiva delle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In questo senso appare chiaro come la Corte non sembra preoccupata di collocarsi in contrasto con la norma internazionale Oil.

La soluzione adottata, quindi, seppure riporti l'innegabile vantaggio di prospettare la chiusura del sistema di tutela multilivello, altrimenti aperto al rischio di contrasti laceranti fra giurisdizioni (24), porta con sé il rischio di condurre a una definitiva marginalizzazione dell'Oil, preferendosi la soluzione giudiziale fondata sulla interpretazione estensiva dei sommi princìpi contenuti nelle «cCarte» dei diritti, anche a scapito di norme che sono frutto di una valutazione congiunta dei Governi e delle parti sociali, all'esito di lavori preparatori e di negoziati multilaterali, di non breve momento. Invece di rafforzare una istituzione, quale l'Oil, chiamata a operare in un ambito universale, l'omessa applicazione del diritto uniforme internazionale lascia in certa misura

(24) A riguardo mi permetto di rinviare per qualche ulteriore considerazione a un mio saggio di prossima pubblicazione in *Lav. dir.*, 2014, n. 2, e agli altri interventi contenuti nello stesso volume.

al protagonismo dei giudici il ruolo di motore dell'integrazione sociale dei paesi dell'Unione e del Consiglio d'Europa, segnando una separazione netta con i paesi che si collochino al di fuori dell'ambito europeo (e, in fondo, anche con le forme più tradizionali di rappresentazione degli interessi).

Lo stesso approccio si deve, peraltro, ascrivere alla sentenza del Tribunale di Bergamo, che giunge a riconoscere il beneficio di cui alla legge n. 97 del 2013, sulla base di un argomento che premia la portata generale del principio, senza riconoscere alcun peso alle eccettuazioni che pure le fonti internazionali contengono (in questo caso la Direttiva n. 109 del 2003).

Inoltre, e da una prospettiva sicuramente differente, non sembra che la differenza fra prestazioni contributive e non contributive possa correttamente essere messa da parte, perché essa è connaturata allo spirito della previdenza sociale, che trova ancora, a differenza dei generici diritti «sociali», nella corrispondenza fra finanziamento della misura e accesso alle prestazioni la sua base fondante (25). In questo senso, anzi, si può notare come, in epoca di crisi e di riduzione dell'intervento statale, una giurisprudenza esclusivamente orientata secondo l'approccio dei diritti fondamentali possa condurre a risultati in certa misura paradossali, quando venga a essere applicata alle prestazioni previdenziali, senza rispettare la specialità che caratterizza il settore.

A differenza che nel settore dell'assistenza, la previsione di un diritto a prestazione previdenziale trova nell'art. 38 Cost. un fondamento assai più saldo di quello che può rinvenirsi nelle carte internazionali, in quanto la norma, in combinato disposto con l'art. 36 Cost., nel richiamarsi a valutazioni di adeguatezza (il primo) e di proporzionalità (il secondo) impone al legislatore di rispettare il sacrificio sostenuto dal singolo mediante il versamento dei contributi. In questo senso l'adeguatezza, alla luce della proporzionalità, deve intendersi, come è stato autorevolmente scritto (26), in una logica «bidirezionale», che impedisce al legislatore di porre nel nulla la contribuzione versata, anche solo limitatamente a un certo periodo.

Ogni qual volta venga quindi in rilievo l'aspettativa di un soggetto a una prestazione contributiva, ovvero si tratti di valutare la legittimità della riforma in senso peggiorativo di una norma che precedentemente attribuiva un diritto previdenziale, l'approccio «dei diritti fondamentali» rischia alla fine di lasciare il singolo legislatore arbitro della soluzione da applicare, rendendo del tutto inoperante la tutela che discende dal divieto di discriminazioni e riducendo così gli spazi di libertà individuale (27).

Vincenzo Ferrante
Professore ordinario di Diritto del lavoro
presso l'Università Cattolica di Milano

(25) A riguardo vd. ampiamente, da ultimo, M. D'Onghia, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Bari, 2013.

(26) Prendo l'espressione da P. Sandulli, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, pp. 6 ss., qui p. 10.

(27) Confermo, per questo aspetto, l'importanza del diritto alla proprietà, nel senso amplissimo di tutela anche di posizioni riconducibili *lato sensu* al diritto di credito e al divieto di esproprio, garantito dal Protocollo 1 alla Cedu, secondo quanto a suo tempo avevo già sostenuto, richiamando la sentenza della Corte Edu 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria*, in *Parità di trattamento e tutela previdenziale dei lavoratori immigrati: profili comparati*, in V. Ferrante, L. Zanfrini, *Una parità imperfetta*, Roma, 2006, pp. 123 ss.

CASSAZIONE, 17 marzo 2014, n. 6085, Sez. VI civ. – Pres. ed Est. La Terza, Cons. Tria – Inps (avv.ti Ricci, Pulli, Capannolo) c. M. (avv. X). Cassa Tribunale Potenza, decreto 30 novembre 2012, e decide nel merito.

Assicurazione I.V.S. – Controversie di lavoro e previdenza – Accertamento tecnico preventivo – Decreto di omologazione del requisito sanitario – Art. 445-*bis* cod. proc. civ. – Incidenza sul diritto alla prestazione previdenziale o assistenziale – Limiti.

Il decreto di omologa del requisito sanitario o la sentenza che conclude il giudizio contenzioso conseguente alle contestazioni non incidono sulle situazioni giuridiche soggettive perché non conferiscono né negano alcun diritto, dal momento che non statuiscono sulla spettanza della prestazione richiesta e sul conseguente obbligo dell'Inps di erogarla. Quando il procedimento termini con la verifica dell'inesistenza dell'invalidità, il giudizio si chiude non essendovi più nulla da accertare, in quanto è evidente che la prestazione richiesta non compete. Quando, invece, o attraverso la fase di omologa o attraverso quella contenziosa, si accerti l'esistenza di un'invalidità che conferisce il diritto alla prestazione previdenziale o assistenziale richiesta, si apre necessariamente la fase successiva, quella cioè concernente la verifica delle ulteriori condizioni poste dalla legge per il suo riconoscimento. (1)

(1) L'ATP IN MATERIA PREVIDENZIALE AL VAGLIO DELLA CASSAZIONE

1. — La sentenza della Suprema Corte n. 6085 del 17 marzo 2014, riprendendo le medesime argomentazioni giuridiche contenute in due altre, ma meno articolate, pronunce (Cass. n. 6010 e n. 6084), costituisce una delle prime applicazioni dell'accertamento tecnico preventivo obbligatorio (d'ora in poi Atpo), previsto dal novellato art. 445-*bis* cod. proc. civ., e offre nuovi spunti di riflessione per un acceso dibattito, invero, già vivace all'indomani dell'entrata in vigore della norma.

Il contenzioso trae origine da un decreto emesso proprio ai sensi dell'art. 445-*bis* cod. proc. civ. nell'ambito dell'Atpo per il conseguimento di una prestazione assistenziale connessa allo stato di invalidità del ricorrente, con cui il giudice di primo grado, accertata la mancanza di contestazioni, omologava l'accertamento effettuato dal Consulente tecnico d'ufficio (d'ora in poi Ctu), ovvero la non «necessità di assistenza continua», e poneva a carico dell'Inps le spese per la consulenza tecnica. Con ricorso straordinario *ex* art. 111 Cost., l'Inps si opponeva al decreto di omologa, affermando che il giudice deve provvedere alla verifica della sussistenza dei presupposti dell'azione, la carenza dei quali precluderebbe alla parte privata di beneficiare della prestazione.

La mancata verifica di tali presupposti renderebbe inutile il ricorso all'Atpo e la nomina di consulenza medico-legale costituirebbe solo dispendio di attività e spese; inol-

tre, l'Istituto, in uno dei provvedimenti impugnati, lamentava che erroneamente il giudice avesse convalidato l'omologa indicando nel decreto «persona invalida al 100% ma senza necessità di assistenza continua», laddove oggetto dell'accertamento era solo ed esclusivamente la riduzione della capacità lavorativa *ex* legge n. 222/1984.

L'Inps, poi, lamentava la condanna alle spese della Ctu nonostante il rigetto sostanziale dell'Atpo e la condanna del ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, a eccezione, per l'appunto, delle spese di consulenza poste solo a carico dell'Istituto.

Per meglio comprendere la questione è opportuno ricordare che la norma processuale, introdotta nel nostro ordinamento nel 2011 (*ex* art. 38, comma 1, legge n. 111/2011) e operativa a partire dal 1° gennaio 2012, prevede l'obbligatorietà dell'Atp ai fini della verifica delle condizioni sanitarie esistenti a sostegno delle pretese (pensioni o indennità) che si intendono far valere in giudizio. L'espletamento dell'Atpo costituisce una vera e propria condizione di procedibilità della domanda per il riconoscimento in giudizio di tutti i diritti e delle connesse prestazioni in materia di invalidità e inabilità. Oltre ciò, però, costituisce anche uno strumento per velocizzare e per ottenere un risultato, il più delle volte favorevole, senza dover attendere i tempi di un procedimento a cognizione ordinaria.

La scelta di politica legislativa si fonda sulla constatazione che nel giudizio per il riconoscimento delle invalidità il ruolo centrale è svolto dall'accertamento medico-legale effettuato tramite la Ctu. Di qui l'opportunità di precostituire la prova del requisito sanitario al di fuori e prima del giudizio di merito, nel quale al giudice non è consentito emettere pronunce di mero accertamento circa lo *status* di invalido, e di rimettere l'accertamento dei requisiti socio-economici (per l'invalidità civile) e dei requisiti assicurativo e contributivo (per le prestazioni *ex* legge n. 222/84) all'Istituto previdenziale.

Ciò dovrebbe comportare, secondo la *ratio legis*, l'alleggerimento del procedimento giudiziario, aggravato da attività istruttorie (tramite acquisizione di certificazioni provenienti dai competenti enti, spesso reiterate nel corso del giudizio), stante la necessità di verifica della sussistenza dei requisiti dal momento della decorrenza della prestazione a quello della pronuncia della sentenza [Per un primo commento, anche critico, della nuova norma processuale, cfr. P. Capurso, G. Madonia, *L'accertamento tecnico preventivo nel processo previdenziale (art. 445*-bis *cod. proc. civ.)*, in *www.lavoro previdenza.com*, e A. Sgroi, *Commento all'art. 445*-bis, in *Le fonti del diritto italiano – Diritto del lavoro*, G. Amoroso, V. Di Cerbo, R. Foglia, A. Maresca (a cura di), Milano, 20120, IV, p. 874].

2. — I giudici della Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, hanno dichiarato l'inammissibilità del ricorso (a eccezione dei motivi riguardanti le spese), chiarendo anche alcuni punti in contrasto con la prassi consolidata dei Tribunali territoriali.

In particolare, la Corte precisa come la nuova disciplina abbia previsto, per le controversie in materia di invalidità, un unico procedimento articolato in due diverse fasi: la prima, giudiziale, diretta all'accertamento del requisito sanitario «regolata da un rito speciale (a contraddittorio posticipato ed eventuale)»; la seconda, non necessariamente giudiziale, di concessione della prestazione, diretta alla verifica dell'esistenza dei requisiti cd. socio-economici. In tal modo, i giudici ipotizzano, quale unica sede di ve-

rifica giudiziale dell'esistenza delle condizioni non sanitarie cd. socio-economiche (e solo di queste), il ricorso proposto, qualora l'ente di previdenza, esperita l'Atpo, non abbia dato seguito con la concessione della prestazione richiesta.

Per il giudice della nomofilachia, il legislatore del 2011 ha introdotto lo strumento dell'accertamento tecnico per «la verifica preventiva delle condizioni sanitarie cui la legge ricollega la prestazione richiesta». In tal modo, viene ad attivarsi, in via preventiva, un procedimento obbligatorio, teso unicamente alla verifica dei requisiti sanitari normativamente previsti, modellato secondo le disposizioni contenute nell'art. 696-*bis* cod. proc. civ., ove compatibili, e nell'art. 10, comma 6-*bis*, legge n. 248/2005. Il nuovo modello procedimentale, dunque, impone al giudice adìto per l'Atpo di procedere, necessariamente, alla nomina del Ctu, senza possibilità di verificare l'esistenza dei presupposti sostanziali per accedere alla pretesa azionata, diversamente, invero, dalla prassi consolidata dei Tribunali territoriali. Il giudice, in questa fase, deve esclusivamente verificare l'esistenza delle condizioni sanitarie, procedendo a conferire l'incarico al Ctu, le cui conclusioni sono comunicate alle parti secondo i termini e le modalità previste dalla norma e soggette a eventuali contestazioni.

Ne consegue, sempre secondo l'impostazione accolta dal giudice della nomofilachia, che, qualora non vi siano contestazioni sollevate nei confronti della Ctu, il giudice, senza possibilità di discostarsene, omologa le conclusioni peritali. In tale ipotesi l'accertamento del requisito sanitario diventa intangibile, essendo il decreto di omologa inimpugnabile e immodificabile.

Sulla base di tali premesse, conclude la Corte, la verifica delle condizioni socio-economiche e, dunque, di concessione della prestazione rimane fuori dal processo essendo, nelle intenzioni del legislatore, riservata a un'attività di natura squisitamente amministrativa, e «sono da considerarsi del tutto ininfluenti i rilievi (eventualmente errati) del giudice contenuti nel decreto di omologa, perché in detto provvedimento il giudice medesimo deve necessariamente limitarsi ad asseverarsi le conclusioni del Ctu».

Qualora, invece, sorgano contestazioni nei confronti delle risultanze peritali, si apre un nuovo procedimento contenzioso, «successivo ed eventuale», sempre però limitato all'accertamento dello stato invalidante, secondo le coordinate tracciate dai motivi del dissenso. Tale fase si chiude con la pronuncia di una sentenza non appellabile, ai sensi del comma 7 dell'art. 445-*bis* cod. proc. civ. (come novellato dall'art. 27, comma 1, legge n. 183/2011).

3. — L'opzione ermeneutica caldeggiata dai giudici della Suprema Corte ha suscitato alcune perplessità (In senso critico, vd. anche S.L. Gentile, *Accertamento tecnico preventivo previdenziale, consulenze mediche inutili, spese superflue a carico dell'erario: è compito del giudice impedire l'abuso del procedimento*, in *Foro it.*, 2014, n. 5, I, p. 1507, e *ivi* P. Morabito, *La Cassazione e l'accertamento tecnico preventivo in materia previdenziale: un arresto criticabile*, p. 1510, e G. Ianniruberto, *Primi interventi della Cassazione sull'art. 445*-bis *cod. proc. civ.*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, p. 339); tra le tante, tutte di particolare interesse, si intende esaminare in questa sede l'aspetto della riduzione della potestà giurisdizionale all'interno del procedimento per Atpo.

Le motivazioni della pronuncia in commento sono condivisibili quanto alle premesse. E, infatti, nessun dubbio può sorgere sul fatto che trattasi di un procedimento

speciale, tipico a contenuto vincolato: «chi intende proporre in giudizio domanda per il riconoscimento dei propri diritti presenta […] istanza di accertamento tecnico per la verifica preventiva delle condizioni sanitarie legittimanti la pretesa fatta valere». Al contrario, poco convincenti sono state le rigorose conclusioni cui è giunta la Corte, allorquando afferma che, nel giudizio per Atpo, per ben due volte (la prima obbligatoria a contraddittorio posticipato ed eventuale, e la seconda all'esito delle contestazioni alla Ctu) al giudice è imposto di valutare il requisito esclusivamente sanitario, e solo una volta, eventuale – in ipotesi di mancata erogazione da parte dell'ente previdenziale della prestazione richiesta dopo l'esperimento dell'Atpo –, l'esistenza delle condizioni non sanitarie.

Sembrerebbe, dunque, prospettarsi una vera e propria «mutilazione» della potestà giurisdizionale: il processo diventa la sede di verifica di una sola componente della prestazione azionata, quella sanitaria, con ciò trascurando completamente che le prestazioni in materia di invalidità sono a struttura complessa, essendo le medesime concesse solo quando si realizzano una serie di condizioni normativamente previste (redditi, incollocabilità, anzianità contributiva, mancato ricovero in struttura pubbliche di assistenza ecc.).

Il nuovo procedimento, così come confezionato, riduce l'oggetto dell'accertamento in sede giudiziale a favore della verifica in sede amministrativa.

Sia in dottrina che in giurisprudenza sono state proposte soluzioni dirette a contemperare lo slancio innovativo che ha ispirato il legislatore del 2011 con i princìpi fondamentali dell'ordinamento giuridico.

La giurisprudenza di merito pronunciatasi in proposito si è orientata per un'interpretazione dell'art. 445-*bis* che valorizzi estremamente la sua finalità deflattiva e acceleratoria del contenzioso, secondo il dichiarato scopo del legislatore del 2011 «… di realizzare una maggiore economicità dell'azione amministrativa […] nonché deflazionare il contenzioso in materia previdenziale, di contenere la durata dei processi».

Le plurime manifestate finalità sottese alla modifica normativa devono rappresentare i necessari limiti entro cui muovere l'attività di interpretazione del testo legislativo.

Muovendosi lungo queste coordinate interpretative, per i giudici di merito, anche dopo la pronuncia in commento e secondo un orientamento condiviso, l'indiscussa natura giurisdizionale del procedimento per Atpo impone il rispetto dei princìpi generali applicabili a qualunque tipologia di processo e contenuti nel Libro I cod. proc. civ. (Cfr. Trib. Napoli 7 aprile 2014, ord.); pertanto non si giustificherebbe l'esclusione di una valutazione da parte del giudice dell'Atpo in ordine alla sussistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione, che si trovano ontologicamente a monte rispetto all'accertamento del requisito sanitario.

Sempre secondo i giudici napoletani, l'orientamento espresso dalla Cassazione «non può condurre a obliterare, ove esistente, la prova positiva circa l'insussistenza di tali requisiti, determinandosi, altrimenti, del tutto illogicamente, lo svolgimento di un'attività processuale finalizzata esclusivamente a fornire alla persona interessata una diagnosi medica fine a stessa in una sede del tutto impropria qual è quella del processo civile» (Così Trib. Napoli 31 marzo 2014, ord.). Il che porta a escludere con convinzione che il giudice dell'Atpo non sia tenuto a valutare preliminarmente l'interesse ad agire *ex* art. 100 cod. proc. civ., atteso che l'interesse sotteso alla presentazione dell'istanza di Atpo non può non rinvenirsi, come suggerisce un'attenta interpretazione

letterale dell'art. 445-*bis* cod. proc. civ., nella possibilità di ottenere entro 120 giorni dalla notifica del decreto di omologa all'ente competente il pagamento della prestazione azionata (Trib. Avellino 13 giugno 2014, ord.).

Peraltro, elementi a sostegno di tale interpretazione rinvengono anche dal rinvio contenuto all'art. 696-*bis* cod. proc. civ. («il giudice procede a norma dell'articolo 696-*bis* cod. proc. civ., in quanto compatibile», si legge nel testo dell'art. 445-*bis* cod. proc. civ.).

Orbene, è oramai acquisito che si tratta in entrambi i casi di un rimedio giurisdizionale sommario, non cautelare, con funzioni conciliative: lo strumento introdotto con l'art. 696-*bis* cod. proc. civ. ha inteso fornire agli operatori uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie, a scopo deflattivo del contenzioso.

È opinione consolidata in dottrina e in giurisprudenza come sia sempre necessario che il giudice della Atpo valuti, seppure con delibazione sommaria, la sussistenza delle condizioni dell'azione volta a ottenere l'Atpo (così anche in ipotesi di domanda volta a ottenere la consulenza tecnica *ex* art. 696-*bis* cod. proc. civ.), anche al fine di impedire Atpo «esplorative» e, cioè, finalizzate, in prospettiva, a supplire alle deficienze delle allegazioni e offerte di prova gravanti sul ricorrente nel futuro giudizio di merito ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., ovvero a compiere un'indagine tendente alla ricerca di elementi di fatto o circostanze non provati dal soggetto su cui ricade il relativo onere.

Al riguardo il Tribunale di Piacenza con ordinanza del 27 maggio 2011 (In Banca dati *Pluris Utet*) ha precisato come la sommarietà non possa essere intesa come superficialità o riduzione al minimo delle prove, dovendosi viceversa intendere per sommarietà unicamente l'omissione di formalità e di formule sacramentali e, quindi, la semplificazione e lo snellimento delle procedure.

In dottrina si è affermato che il giudice investito *ex* art. 696-*bis* cod. proc. civ. deve senz'altro valutare l'ammissibilità, la rilevanza e l'utilità della consulenza in relazione alla materia del contendere. Non diversamente da ogni altra ipotesi di istruzione preventiva, il giudice deve cioè domandarsi se, nella futura causa di merito eventualmente promossa dalle parti, la consulenza tecnica preventivamente disposta potrà essere ammessa e servirà ai fini della decisione: egli dovrà, così, respingere, ad esempio, istanze di consulenza tecnica palesemente esplorative, perché appunto inammissibili nel giudizio ordinario; ovvero dovrà rigettare istanze di indagine peritale su fatti non pertinenti al *thema decidendum* del futuro processo di cognizione, per difetto della sempre necessaria rilevanza della prova (Cfr. C. Costabile, *L'irreclamabilità dei provvedimenti in tema di consulenza tecnica preventiva* ex *art. 696*-bis *cod. proc. civ.*, in *Giur merito*, fasc. 5, 2013, p. 1011).

Analogamente, la giurisprudenza intervenuta sul procedimento di cui all'art. 696-*bis* cod. proc. civ., secondo un condiviso orientamento, ha escluso che si possa consentire una generalizzata richiesta di Ctu preventiva, sganciata dal principio dispositivo che governa il processo civile, in quanto in tale ambito la consulenza si rivela assolutamente esplorativa e come tale inammissibile (Cfr., per tutte, Trib. Milano 13 aprile 2013, ord., in *Corriere del merito*, 2012, n. 2, p. 141, con nota di L. D'Angelo).

E così anche per l'art. 445-*bis* cod. proc. civ., la cui funzione conciliativa, vista la natura dei diritti che s'intendono far valere, cede il passo alla funzione istruttoria an-

ticipatoria: la scelta di politica legislativa si fonda sulla constatazione che nel giudizio per il riconoscimento delle invalidità il ruolo centrale è svolto dall'accertamento medico-legale effettuato tramite Ctu. Di qui l'opportunità di precostituire la prova del requisito sanitario al di fuori e prima del giudizio di merito nel quale, secondo la Cassazione, al giudice non è consentito emettere pronunce di mero accertamento circa lo *status* di invalido, e di rimettere l'accertamento dei requisiti socio-economici e dei requisiti assicurativo e contributivo all'Inps (Cfr. M. Morelli, *Il nuovo procedimento per l'accertamento delle invalidità*, in *www.giustiziadellavoro.it*).

Da tali premesse, dunque, per non tradire la *voluntas legis* e per non togliere al processo per Atpo la sua naturale veste di procedimento giurisdizionale, occorrerà considerare che l'accertamento del requisito sanitario in sede giudiziaria sia comunque funzionale alla «pretesa fatta valere» dall'istante nella fase amministrativa ai fini del pagamento di una prestazione. In definitiva, per evitare di ridurre l'attività giurisdizionale a una mera forma priva di effetti concreti, il giudice dell'Atpo dovrebbe pregiudizialmente verificare i presupposti processuali e le condizioni dell'azione (In tal senso vd. S.L. Gentile, *Accertamento tecnico preventivo previdenziale, consulenze mediche inutili, spese superflue a carico dell'erario: è compito del giudice impedire l'abuso del procedimento*, in *Foro it.*, 2014, n. 5, I, p. 1510).

Giuliana Cavalcanti (*)
Avvocato Inps

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

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

ASSICURAZIONE I.V.S.

Controversie di lavoro e previdenza – Accertamento tecnico preventivo – Decreto di omologazione del requisito sanitario – Art. 445-*bis* cod. proc. civ. – Incidenza sul diritto alla prestazione previdenziale o assistenziale – Limiti (Cassazione, 17 marzo 2014, n. 6085, Sez. VI civ.). 520

ATTIVITÀ SINDACALE

Costituzione di associazione sindacale di sacerdoti e laici senza l'autorizzazione delle gerarchie ecclesiastiche – Mancato riconoscimento del sindacato dalle autorità pubbliche – Violazione art. 11 Cedu – Non sussiste – Possibile rischio per l'autonomia dell'organizzazione religiosa – La scelta di non riconoscere il sindacato rientra nel margine di apprezzamento dello Stato contraente (Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 luglio 2013, ricorso n. 2330/099, Grande Camera). 471

CONDOTTA ANTISINDACALE

Antisindacalità degli accordi conclusi direttamente con i lavoratori – Sussiste – Rimozione degli effetti e invalidità degli accordi – Impossibilità (Tribunale Prato, 28 gennaio 2014). 487

CONTROLLI DEL DATORE DI LAVORO

Abuso dei permessi *ex* art. 33, legge n. 104/92 – Legittimità dei controlli occulti in presenza del sospetto di commissione di illeciti da parte del lavoratore – Utilizzabilità in giudizio delle prove ac-

quisite da agenzia investigativa – Legittimità del licenziamento (Cassazione, 4 marzo 2014, n. 4984, Sez. lav.). 444

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Diritto al giusto processo – Omessa motivazione in ordine a precedenti difformi – Violazione della Cedu – Sussiste (Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 aprile 2014). 507

Contratto collettivo – Ricorso in Cassazione – Violazione e falsa applicazione – Sindacato della Cassazione – Limiti (Cassazione, 11 ottobre 2013, n. 23174, Sez. lav.). 493

Contratto collettivo – Ricorso in Cassazione – Violazione e falsa applicazione – Sindacato diretto della Cassazione (Cassazione, 7 maggio 2013, n. 10559, Sez. lav., sentenza). 494

Giurisdizione del g.o. – Discriminazione – Posta in essere attraverso un provvedimento amministrativo – Sussiste (Tribunale Bergamo, 30 marzo 2014). 508

Prestazioni familiari – Provvidenze non contributive – Inps – Ruolo di *adiectus solutionis causa* – Carenza di legittimazione passiva – Non sussiste (Tribunale Bergamo, 30 marzo 2014). 508

DIRITTO ALLA RISERVATEZZA

Trattamento dei dati personali – Princìpi della correttezza, pertinenza e non eccedenza del trattamento dati personali – Fattispecie (Cassazione, 1° agosto 2013, n. 18443, Sez. civ.). 465

Dati personali – Acquisizione e trattamento in sede giudiziaria – Disciplina – Fattispecie (Cassazione, 11 luglio 2013, n. 17204, Sez. civ.). 465

SICUREZZA SOCIALE

Prestazioni familiari – Discriminazione in ragione della nazionalità – Sussiste (Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 aprile 2014). 507

Prestazioni familiari – Legge n. 97/2013 – Natura ricognitiva di precetti già presenti nell'ordinamento – Sussiste (Tribunale Bergamo, 30 marzo 2014). 508

SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

Mancata previsione del divieto di reiterazione del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo – Temporaneità occasione di lavoro – Frode alla legge – Illegittimità – Costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra lavoratore e utilizzatore interponente (Cassazione, 6 febbraio 2014, n. 2763, Sez. lav.). 449

Generica previsione delle ragioni del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo – Collegamento negoziale – Illegittimità – Costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra lavoratore e utilizzatore interponente (Cassazione, 8 gennaio 2014, n. 161, Sez. lav.). 449

Contratto di lavoro a tempo determinato – Direttive n. 1999/70/Ce e n. 2008/104/Ce – Interpretazione conforme – Misure di prevenzione degli abusi – Diritto interno (Tribunale Napoli, 5 marzo 2014, Sez. lav.). 450

Generica previsione delle ragioni – Collegamento negoziale – Illegittimità – Legislazione nazionale – Sanzioni – Costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra lavoratore e utilizzatore interponente (Tribunale Napoli, 5 marzo 2014, Sez. lav.). 450

TRASFERIMENTO DI AZIENDA

Direttiva n. 2001/23/Ce – Ramo aziendale non preesistente – Rapporti di lavoro – Legittimità della successione del cessionario al cedente (Corte di Giustizia Ue, 6 marzo 2014, causa C-458/12, Sezione Nona). 425

Art. 2112 cod. civ. – Rapporti di lavoro – Successione del cessionario al cedente – Necessità della preesistenza del ramo aziendale (Cassazione, 9 maggio 2014, n. 10128, Sez. lav.). 426

Contratto in frode alla legge – Motivo illecito – Prognosi favorevole continuazione attività produttiva – Licenziamenti collettivi (Cassazione, 22 aprile 2014, n. 9090, Sez. lav.). 438

Art. 2112 cod. civ. – Rapporti di lavoro – Successione del cessionario al cedente – Necessità della preesistenza del ramo aziendale (Cassazione, 15 aprile 2014, n. 8756, Sez. lav.). 426

CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

2013

MAGGIO

Cassazione, 7 maggio 2013, n. 10559, Sez. lav., sentenza – Pres. Lamorgese, Est. Napoletano, P.M. Romano (diff.) – Q.G. (avv. Dell'Oglio) c. Comune di Caltavuturo (avv. Di Fede). 493

LUGLIO

Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 luglio 2013, ricorso n. 2330/099, Grande Camera – Pres. Spielmann – «*Păstorul cel bun*» (avv. Chiriță) c. Romania (avv.ti Brumar, Cambrea). 471

Cassazione, 11 luglio 2013, n. 17204, Sez. civ. – Pres. Salmè, Est. Didone, P.M. Russo (conf.) – L.P.F. (avv.ti, Giannarini, Ricca) c. Intesa San Paolo (avv.ti Ciccotti, Burragato, Ichino), Garante per la protezione dei dati personali (Avv. Stato). 465

AGOSTO

Cassazione, 1° agosto 2013, n. 18443, Sez. civ. – Pres. Salmè, Est. Didone, P.M. Russo (conf.) – La Maddalena Spa (avv.ti Stile, Fortuna) c. G.F. (avv. Sigillò), Garante per la protezione dei dati personali (Avv. Stato). 465

OTTOBRE

Cassazione, 11 ottobre 2013, n. 23174, Sez. lav. – Pres. Napoletano, Est. Maisano, P.M. Sepe (conf.) – C.C., A.A., B.P. (avv.ti Andreoni, Naldi) c. Poste Italiane Spa (avv. Fiorillo). 493

2014

GENNAIO

Cassazione, 8 gennaio 2014, n. 161, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Curzio, P.M. Greco (diff.) – M.T. (avv.ti Cossu, Poli, Ingegneri, Bomboi) c. Eni Spa (già Italgas Più Spa) (avv.ti Ciabattini, Tosi) ed E.W. Spa (avv. X). 449

Tribunale Prato, 28 gennaio 2014 – Est. Consami – Filt-Cgil comprensoriale di Firenze c. B.T. trasporti Spa. 487

FEBBRAIO

Cassazione, 6 febbraio 2014, n. 2763, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Balestrieri, P.M. Celentano (conf.) – Promos Spa (avv.ti Valenza, Di Teodoro) c. Inps (avv.ti Maritato, Sgroi, Caliulo). 449

MARZO

Cassazione, 4 marzo 2014, n. 4984, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Arienzo, P.M. Matera (conf.) – N.D. (avv. Pelazza) c. Amsa Spa (avv.ti Zela, Vitali). 444

Tribunale Napoli, 5 marzo 2014, Sez. lav., sentenza – Pres. ed Est. Coppola – Della Rocca (avv. Riccio) c. Poste Italiane Spa (avv. De Luca Tamajo). 450

Corte di Giustizia Ue, 6 marzo 2014, causa C-458/12, Sezione Nona – Est. J. Malenovský – Lorenzo Amatori e altri c. Telecom Italia Spa. 425

Cassazione, 17 marzo 2014, n. 6085, Sez. VI civ. – Pres. ed Est. La Terza, Cons. Tria – Inps (avv.ti Ricci, Pulli, Capannolo) c. M. (avv. X). 520

Tribunale Bergamo, 30 marzo 2014 – Est. Corvi – Mamadou (avv. Guariso e Lavanna) c. Comune di V. (avv. Fugazzola) e Inps (avv. Imparato). 507

APRILE

Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 aprile 2014 – Pres. Işil Karakaş – Dhahbi (avv. Angiolini) c. Italia (Avv. Stato). 507

Cassazione, 15 aprile 2014, n. 8756, Sez. lav. – Pres. Stile, Est. Bandini, P.M. Celeste (conf.) – Telecom Italia Spa (avv.ti Maresca, Boccia, Romei) c. F.A. (avv.ti Luberto, Montaldo). 426

Cassazione, 22 aprile 2014, n. 9090, Sez. lav. – Pres. Stile, Est. Mancino, P.M. Giacalone (conf.) – A. e altri (avv.ti Muggia e Cossu) c. Telecom Italia Spa (avv.ti Maresca, Degli Occhi, Nobili e D'Alessandrio) nonché c. Inps (avv.ti Coretti, Correra e Maritato). 438

MAGGIO

Cassazione, 9 maggio 2014, n. 10128, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Tricomi, P.M. Giacalone (conf.) – Telecom Italia Spa (avv.ti Maresca, Boccia, Romei) c. C.A. e C.F. (avv. Bolognesi). 426

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

– art. 1 ..... 422, 442
– art. 2 ..... 436, 442
– art. 3 ..... 405, 409, 419, 437, ... 442, 499
– art. 4 ..... 422, 436, 442
– art. 11 414
– art. 24 ..... 403, 415, 420, 437

– art. 25 405
– art. 35 422
– art. 36 510
– art. 38 ..... 409, 420, 519
– art. 39 490
– art. 41 438
– art. 42 442
– art. 43 442
– art. 44 442
– art. 45 442
– art. 46 442
– art. 47 442
– art. 76 500
– art. 97 ..... 405, 420
– art. 101 415
– art. 102 ..... 415, 420
– art. 111 ..... 403, 415, 420, 500, 520
– art. 117 407

UNIONE EUROPEA

Trattato Ue
– art. 13 482

Trattato sul funzionamento dell'Ue
– art. 258 517
– art. 267 516

Direttiva n. 1998/50 429
Direttiva n. 1999/70/Ce 414, 451
– clausola 5 463
Direttiva n. 2000/78/Ce 471
– Considerando n. 5 482
– Considerando n. 23 482
– art. 4 482
Direttiva n. 2001/23/Ce
– art. 1 425
– art. 4 430
– art. 6 428
– art. 8 429

Direttiva n. 2002/14/Ce 483
Direttiva n. 2003/109
– Considerando 13 512
– art. 4 511
– art. 5 511
– art. 5.1 511
– art. 11 512
Direttiva n. 2008/104/Ce 410, 462
– art. 5 463
– art. 9 464
– clausola 5 463

Regolamento Ue n. 1408 del 1971 513

Accordo quadro Ces, Unice e Ceep
sul lavoro a tempo determinato 451
– clausola 8.3 414

Carta dei diritti fondamentali
dell'Unione europea di Nizza
– art. 15.3 513
– art. 27 483

Convenzione europea per la salvaguardia
dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
– art. 1 420
– art. 6 ..... 415, 420, 516
– art. 6.1 507
– art. 8 ..... 477, 507
– art. 9 476
– art. 11 471
– art. 14 ..... 420, 507

Statuto della Corte di Giustizia Ue 431
– art. 20

CONVENZIONI E ACCORDI INTERNAZIONALI

Accordo di associazione Ue/Tunisia
(Accordo euro-mediterraneo)
– art. 46 516

Convenzione Oil n. 97 del 1939 510
– art. 6 511
– art. 8 511
Convenzione Oil n. 102 del 1952 511
Convenzione Oil n. 143 del 1975
– art. 9 510

PRELEGGI

– art. 12 498
– art. 14 498

CODICE CIVILE

– art. 1325 459
– art. 1344 ..... 440, 458
– art. 1345 441
– art. 1362 493
– art. 1406 ..... 429, 439
– art. 1418 ..... 440, 490
– art. 1424 461
– art. 1458 491
– art. 2087 468
– art. 2112 ..... 411, 426, 440
– art. 2116 510
– art. 2118 434
– art. 2343 440
– art. 2343-*bis* 440
– art. 2555 433
– art. 2558 427
– art. 2624 433
– art. 2629 440
– art. 2697 524

CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 146-*bis* disp. att. 494
– art. 39 399
– art. 51 405
– art. 100 523

– art. 187 401
– art. 279 401
– art. 360 ..... 404, 494
– art. 366 505
– art. 369 505
– art. 374 495
– art. 384 498
– art. 414 399
– art. 420-*bis* 494
– art. 426 403
– art. 427 403
– art. 434 405
– art. 436-*bis* 406
– art. 445-*bis* 520
– art. 696-*bis* 522
– art. 700 400
– art. 702-*bis* 402
– art. 702-*ter* 403

LEGGI E DECRETI

legge 2 agosto 1952, n. 1305 510
legge 5 agosto 1955, n. 848 415
legge 22 maggio 1956, n. 741 511
legge del 1960, n. 1369
– art. 1 452
legge 15 luglio 1966, n. 604
– art. 8 414
legge 20 maggio 1970, n. 300 468
– art. 2 444
– art. 3 444
– art. 8 444
– art. 15 490
– art. 16 490
– art. 18 ..... 400, 442
– art. 28 ..... 487, 496
legge del 1971, n. 118
– art. 12 515
– art. 13 515
legge del 1977, n. 285 408

legge del 1980, n. 18 515
legge 10 aprile 1981, n. 158
– art. 10 511
d.l. 12 settembre 1983, n. 463
– art. 2 422
legge 11 novembre 1983, n. 638 422
legge del 1984, n. 222 521
legge 9 marzo 1989, n. 88
– art. 49 412
legge del 1989, n. 144 408
legge 11 ottobre 1990, n. 289 515
legge del 1990, n. 428 432
legge 23 luglio 1991, n. 223
– art. 16 ..... 407, 438
legge 5 febbraio 1992, n. 104
– art. 33 444
legge 23 ottobre 1992, n. 421
– art. 2 ..... 408, 496
d.lgs. del 1993, n. 29
– art. 45 496
– art. 68 494
– art. 68-*bis* 496
d.P.c.m. del 1994, n. 174 512
legge 15 marzo 1997, n. 59
– art. 11 ..... 408, 496
legge 24 giugno 1997, n. 196 449
– art. 1 ..... 410, 453
– art. 2 410
– art. 3 ..... 410, 457
– art. 4 410
– art. 5 410
– art. 6 410
– art. 7 410
– art. 8 410
– art. 9 410
– art. 10 ..... 410, 452
– art. 11 410
legge 6 marzo 1998, n. 40
– art. 39 514
d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 494

d.lgs. 18 giugno 1998, n. 237 514
d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286
– art. 3 515
– art. 9 508
– art. 41 509
legge 23 dicembre 1998, n. 448
– art. 65 508
– art. 66 514
legge Regione Abruzzo 13 ottobre 1998, n. 118
– art. 1 407
legge del 2000, n. 388
– art. 80 509
d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18
– art. 1 427
d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165
– art. 2 408
– art. 38 512
– art. 40 494
– art. 45 408
– art. 63 494
– art. 64 494
d.lgs. del 2001, n. 368
– art. 1 454
– art. 4 455
– art. 5 453
legge 1° marzo 2002, n. 39 431
legge del 2003, n. 30 428
d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196
– art. 4 465
– art. 11 465
– art. 24 465
d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276
– art. 20 451
– art. 21 454
– art. 22 453
– art. 23 410
– art. 25 412
– art. 27 451
– art. 28 460
– art. 32 427
– art. 85 410

d.l. 14 marzo 2005, n. 5 501
legge 14 maggio 2005, n. 80
– art. 1 499
legge del 2005, n. 248
– art. 10 522
legge Regione Abruzzo 8 febbraio 2005, n. 6
– art. 43 407
d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 494
d.lgs. del 2007, n. 3 508
legge del 2007, n. 247 454
d.l. del 2008, n. 112 515
legge 6 agosto 2008, n. 133
– art. 20 515
legge Regione Abruzzo 21 novembre 2008, n. 16
– art. 1 407
legge 4 novembre 2010, n. 183
– art. 24 446
– art. 32 ..... 407, 437, 461
d.l. 6 luglio 2011, n. 98
– art. 38 419
legge 15 luglio 2011, n. 111
– art. 1 419
– art. 38 521
d.lgs. del 2011, n. 150
– art. 4 403
legge del 2011, n. 183
– art. 27 522
legge del 2011, n. 214 519
d.lgs. del 2012, n. 24
– art. 5 454
– art. 7 410
d.l. del 2012, n. 83 405
legge 28 giugno 2012, n. 92 397
– art. 1 ..... 401, 407, 453
– art. 51 405
legge del 2012, n. 134 405
d.d.l. Senato del 2012, n. 3249 417
legge del 2013, n. 97 508
– art. 7 512
d.l. del 2014, n. 34
– art. 1 453
legge del 2014, n. 78 453

ACCORDI SINDACALI

Accordo integrativo per i giornalisti Rai 503

Ccnl imprese fornitrici di lavoro temporaneo
del 23 settembre 2002
– art. 28 455
Ccnl agenzie di somministrazione di lavoro
del 24 luglio 2008
– art. 42 455
Ccnl agenzie di somministrazione di lavoro
del 27 febbraio 2014
– art. 47 455
Ccnl logistica, trasporti e spedizioni 487
– art. 11 488

Contratto collettivo integrativo
di amministrazione 503
Contratto collettivo provinciale del lavoro
della dirigenza medica e veterinaria 503

Pubblicità UnipolSAI