

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO I
DISCRIMINAZIONE RAZZIALE
E ACCESSO AL LAVORO:
IL CASO *FERYN*

IL CASO I

Daniela Izzi (*)

IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI RAZZIALI PRESO SUL SERIO (**)

SOMMARIO: 1. Un autentico *leading case* sotto le spoglie di una sentenza laconica. — 2. Una discriminazione diretta collettiva senza vittime individuabili. — 3. L'inversione dell'onere della prova sulla base di semplici dichiarazioni. — 4. Il rifiuto generalizzato di sanzioni puramente simboliche. — 5. Considerazioni conclusive: è giusto far pagare all'imprenditore il prezzo della cultura discriminatoria socialmente diffusa?

1. — *Un autentico leading case sotto le spoglie di una sentenza laconica* — La pronuncia resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Feryn* è certamente destinata a essere ricordata non solo per avere effettuato la prima interpretazione pregiudiziale della Direttiva n. 2000/43, volta ad attuare «il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica». I quesiti sollevati dalla Corte d'Appello del lavoro di Bruxelles, infatti, concernevano aspetti che, sebbene estremamente rilevanti per la fisionomia e l'effettività dell'intero diritto antidiscriminatorio, non erano mai stati affrontati dalla giurisprudenza – com'è noto, copiosa e assai articolata – formatasi in sede d'interpretazione delle discipline comunitarie sulla parità tra lavoratori e lavoratrici. Così i giudici di Lussemburgo non si sono lasciati sfuggire l'occasione di fornire, sui singoli punti oggetto di chiarimento, risposte nette, che rafforzano la portata e la credibilità dei divieti di discriminazione sanciti dal legislatore sovranazionale; pronunciate peraltro in termini alquanto laconici, non particolarmente adeguati rispetto all'importanza e alla novità delle soluzioni ermeneutiche adottate, talvolta anche prendendo le distanze dai suggerimenti dell'Avvocato Generale (1), come si spiegherà tra breve.

All'origine e al centro di tutti i nodi concettuali portati all'attenzione della Corte di Giustizia stanno le dichiarazioni rese dal direttore di un'impresa

(*) Ricercatrice di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Torino.

(**) La sentenza qui commentata è di seguito pubblicata.

(1) Le conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro nella causa C-54/07, presentate il 12 marzo 2008, possono leggersi sul sito www.curia.europa.eu/it.

produttrice e installatrice di porte, nel corso di una trasmissione televisiva belga, in ordine alla decisione (necessitata) di escludere dalla campagna di assunzione in atto le persone alloctone, in quanto sgradite alla propria clientela. Da qui il ricorso presentato dall'organismo del Belgio competente per le pari opportunità e la lotta contro il razzismo per ottenere la condanna per discriminazioni razziali dell'impresa Feryn: ricorso che, riproposto in appello dopo essere stato respinto in primo grado, suscita nei giudici remittenti una serie di dubbi relativi alla portata della nozione di discriminazione diretta vietata dalla Direttiva n. 2000/43 (all'art. 2), nonché delle regole sull'alleggerimento dell'onere della prova e sul carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni antidiscriminatorie ivi stabilite (agli artt. 8 e 15, rispettivamente). Le domande rivolte alla Corte investono, in sostanza, queste tre questioni: se le dichiarazioni pubbliche del direttore dell'impresa belga integrino di per sé, indipendentemente dal fatto che non vi siano candidati che denunciano l'esclusione subita, una discriminazione diretta a danno degli alloctoni; se tali dichiarazioni siano sufficienti a far scattare l'onere dell'impresa convenuta in giudizio di dimostrare il carattere non discriminatorio, in via sistematica, della propria politica di assunzione; quali rimedi risultino adeguati per porre riparo a illeciti come quelli appena indicati. È sulle posizioni adottate dai giudici comunitari rispetto a ciascuno di questi problemi, dunque, che occorre soffermarsi.

2. — *Una discriminazione diretta collettiva senza vittime individuabili* —

La convinzione posta a fondamento della decisione belga di primo grado, secondo cui, in mancanza di un soggetto ben individuato che lamenti la discriminazione patita a causa dell'origine razziale o etnica, non sarebbe possibile riconoscere l'esistenza della stessa, viene riproposta nel procedimento davanti alla Corte di Giustizia dai governi di Regno Unito e Irlanda, i quali evidenziano il riferimento espresso alla «persona» colpita dalla violazione del principio della parità di trattamento contenuto negli artt. 2.2 e 7 della Direttiva n. 2000/43, vale a dire (rispettivamente) in sede di definizione di discriminazione diretta e di fissazione della garanzia di procedure giurisdizionali per la difesa del diritto a trattamenti paritari, per escludere l'applicabilità della disciplina comunitaria alla situazione controversa in *Feryn*.

A fronte di una tesi capace di menomare vistosamente il raggio d'azione del diritto antidiscriminatorio (non solo rispetto al fattore etnico-razziale), tuttavia, i giudici di Lussemburgo mostrano di sapere bene distinguere il rispetto dovuto al tenore letterale della Direttiva interpretata dal miope ripiegamento su isolate formule linguistiche, il cui valore ermeneutico decisivo, oltretutto, potrebbe essere già confutato alla luce dell'art. 3.1, lett. a, della medesima (che ricomprende nel campo d'applicazione della disciplina «i cri-

teri di selezione e le condizioni di assunzione»), non a caso richiamato in questo passaggio della sentenza. Concentrando l'attenzione sullo scopo della Direttiva n. 2000/43, e in particolare sull'obiettivo di «promuovere le condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro» delle minoranze etniche enunciato nel suo ottavo Considerando, dunque, essi affermano che «l'assenza di un denunciante identificabile» (ovvero di un candidato scartato che contesti giudizialmente la natura discriminatoria della sua esclusione) non può indurre a «concludere per l'assenza di qualsivoglia discriminazione diretta», dal momento che un'equazione del genere renderebbe l'obiettivo indicato difficilmente raggiungibile (2).

Nella soluzione, del tutto condivisibile, adottata dalla Corte di Giustizia colpisce il fatto che alla base dell'interpretazione teleologicamente orientata della Direttiva n. 2000/43 non sia stata posta «l'effettività del principio della parità di trattamento in materia di lavoro», ricalcando la tradizionale e coerente impostazione della giurisprudenza comunitaria in materia. All'interno della triplice rosa di finalità politico-giuridiche evocate dall'Avvocato Generale (3), infatti, si è preferito far cadere la scelta sull'unica di esse che mette in relazione l'ideale del pieno rispetto della persona umana e delle differenti caratteristiche di cui è portatrice, cioè l'ideale di eguaglianza, con la convenienza economica di un mercato del lavoro del quale anche le minoranze etniche siano componente attiva e produttiva, come auspicano gli orientamenti approvati nell'ambito della Strategia europea per l'occupazione (anch'essi espressamente richiamati nell'ottavo Considerando). L'intenzione dei giudici di Lussemburgo, probabilmente, è quella di rimarcare i benefici effetti, anzitutto economici, derivanti da un mercato del lavoro europeo razzialmente integrato, anziché razzialmente segregato: cosa che, tanto più in un periodo di recessione e di «chiusura» indotta dalla paura come quello attuale, non sembra superfluo ricordare.

La spiegazione del rifiuto dell'equazione «assenza di vittime individuabili = assenza di discriminazione» vede poi la Corte prendere le distanze, in qualche misura, dalle conclusioni dell'Avvocato Generale: il quale, nel respingere la tesi secondo cui dalle dichiarazioni controverse non potrebbe derivare che una discriminazione puramente ipotetica, insuscettibile in quanto tale di repressione giudiziale, aveva affermato il carattere attuale e concreto dell'effetto discriminatorio prodotto con lo scoraggiamento *a priori* delle candidature degli aspiranti lavoratori appartenenti a gruppi etnicamente mi-

(2) Così, in sostanza, nei punti 23 e 24 della motivazione.

(3) Si vedano i punti 14 e 15 delle già citate conclusioni, ove l'auspicata valorizzazione dello scopo perseguito dalla Direttiva n. 2000/43 è supportata dal richiamo, oltre che al principio posto a fondamento della stessa (appena menzionato nel testo, tra virgolette), anche agli intenti indicati nei Considerando ottavo e dodicesimo.

noritari (4). L'impostazione, per chiunque ancori il ragionamento giuridico al contesto reale da cui è circondato, non genera particolari perplessità dato che, per escludere l'attualità del pregiudizio provocato dalle dichiarazioni del direttore dell'impresa Feryn, occorrerebbe immaginare situazioni alquanto fantasiose (ad esempio, che la trasmissione televisiva durante la quale le stesse sono state rese non sia stata seguita da nessuno, oppure che nella porzione del mercato del lavoro belga cui si rivolgeva la specifica campagna di assunzioni l'offerta di lavoro esistente fosse esclusivamente autoctona). La Corte di Giustizia, tuttavia, non volendo avallare l'idea che il riconoscimento della valenza discriminatoria di un certo comportamento dipende dal riscontro di effetti dannosi già concretamente realizzati, preferisce sottolineare che «la circostanza che un datore di lavoro dichiari pubblicamente che non assumerà lavoratori dipendenti aventi una certa origine etnica o razziale [...] *in modo evidente è idonea a dissuadere fortemente determinati candidati* dal proporre le loro candidature» (5). È dunque sulla potenzialità lesiva delle dichiarazioni imprenditoriali, piuttosto che sulle conseguenze lesive da esse derivanti, che la sentenza poggia l'affermazione della ricorrenza di una discriminazione diretta, di carattere collettivo, giudizialmente contestabile.

La posizione della Corte, se a prima vista può apparire assolutamente innovativa, risulta in verità perfettamente in linea con la disponibilità a colpire discriminazioni anche solo potenziali mostrata dal legislatore comunitario a partire proprio dalla Direttiva n. 2000/43, quando, per la prima volta, si è ammesso che lo svantaggio sproporzionato necessario all'integrazione della discriminazione indiretta esista come mera possibilità, anziché in concreto (6), e si è stabilito di considerare discriminatorio «l'ordine di discriminare

(4) Vale la pena di ricordare, in proposito, l'eloquente passaggio (contenuto nel punto 15 delle conclusioni) nel quale l'Avvocato Generale afferma: «In tutte le procedure di assunzione, la principale "selezione" ha luogo tra coloro che si presentano e coloro che non lo fanno. Non ci si può legittimamente aspettare che qualcuno si candidi a un posto di lavoro se sa in anticipo che, a causa della sua origine razziale o etnica, non ha alcuna possibilità di essere assunto. Pertanto, *la dichiarazione pubblica di un datore di lavoro, secondo cui le persone di una determinata origine razziale o etnica non devono presentarsi, ha un effetto tutt'altro che ipotetico*. Ignorare che ciò costituisce un atto discriminatorio significherebbe ignorare la realtà sociale, in cui *siffatte dichiarazioni hanno inevitabilmente un impatto umiliante e demoralizzante sulle persone aventi quell'origine [...] interessate a essere assunte presso il datore di lavoro in questione*» (corsivo di chi scrive).

(5) Così al punto 25 della motivazione (corsivo di chi scrive).

(6) Vedi la definizione di discriminazione indiretta contenuta nell'art. 2.2, lett. b, di tale direttiva: per maggiori spiegazioni sul punto sia consentito il rinvio a D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 152 ss.

persone a causa» della caratteristica soggettiva giuridicamente tutelata (nel caso di specie, «a causa della razza o dell'origine etnica»), senza condizionare tale qualificazione alla circostanza che l'ordine sia stato eseguito (7). Dal punto di vista sistematico, quindi, l'interpretazione resa dalla Corte non fa una grinza, potendo al contrario essere apprezzata come il coerente sviluppo di premesse già chiaramente poste e accettate dal legislatore.

Rispetto, infine, alla questione dei rimedi giurisdizionali che l'art. 7 della Direttiva n. 2000/43 impone di mettere a disposizione di «tutte le persone che si ritengono lese» da una discriminazione, attribuendo agli organismi legittimati alla difesa della parità di trattamento un ruolo palesemente condizionato all'iniziativa processuale delle singole vittime (8), i giudici europei chiariscono (in sintonia con le osservazioni dell'Avvocato Generale) come il potere di agire in giudizio per contrastare discriminazioni etnicamente connotate in mancanza di denunciati identificabili sia indubbiamente riconoscibile a tali organismi dai legislatori nazionali, data la facoltà degli Stati membri di superare le «prescrizioni minime» comunitarie con «disposizioni più favorevoli», sancita dall'art. 6 della direttiva.

Oltre ciò, evidentemente, la lettera dell'art. 7 impediva di spingersi. Resta da chiedersi, tuttavia, che senso abbia per l'ordinamento comunitario ritenere illegittima una discriminazione diretta di carattere collettivo, i cui effetti lesivi non si siano ancora realizzati e siano semplicemente realizzabili, o comunque ricadano su gruppi di individui che assai difficilmente adiranno le vie giudiziarie, senza contemporaneamente prevedere azioni processuali *victimless*. Detto in altri termini: la discriminazione riscontrata nel caso *Feryn*, pur costituendo una violazione della Direttiva n. 2000/43, non sarebbe potuta venire alla luce se i fatti si fossero svolti, anziché in Belgio o in Italia (9),

(7) Vedi l'art. 2.4 della Direttiva n. 2000/43 e la lettura fornitane, per primo tra gli altri, da P. Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, pp. 80 s.

(8) È solo «per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso», infatti, che gli enti considerati dall'art. 7.2 possono avviare la procedura giurisdizionale o amministrativa finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla direttiva.

(9) Il riferimento implicito, dato il difettoso coordinamento di questo segmento della disciplina antidiscriminatoria nazionale, è sia all'azione contro la discriminazione collettiva per motivi razziali o etnici esercitabile «dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale» ex art. 44, comma 10, del d.lgs. n. 286/1998 (T.U. sull'immigrazione), sia a quella attribuita alle associazioni e agli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto ministeriale dall'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 215/2003 (attuativo della Direttiva n. 2000/43), entrambe svincolate dall'individuazione immediata e diretta delle singole vittime della disparità di trattamento. Sui diversi profili del problema di coordinamento tra i due de-

in uno Stato dell'Unione che non contempla ricorsi giudiziari di organismi per la parità sganciati dalla delega dei diretti interessati. Il legislatore comunitario, perciò, ha di che meditare.

3. — *L'inversione dell'onere della prova sulla base di semplici dichiarazioni*
— Nell'ordinanza di rinvio della Corte d'Appello di Bruxelles un largo spazio era stato riservato alla richiesta di chiarimenti sulle modalità d'applicazione, nel caso di specie, della regola sull'alleggerimento dell'onere della prova stabilita dall'art. 8 della Direttiva n. 2000/43. A detta dell'organismo per la lotta contro il razzismo del Belgio, infatti, dopo l'intervista rilasciata durante una trasmissione televisiva dell'aprile 2005 dal direttore della Feryn, quest'ultima aveva continuato a praticare una politica di assunzione discriminatoria: la quale restava peraltro tutta da dimostrare. Ciò che i giudici *a quo* intendevano capire, quindi, era se le dichiarazioni pubbliche all'origine della controversia integrassero, di per sé, un fatto idoneo a far presumere la conduzione, da parte dell'impresa belga, di una politica di assunzione sistematicamente discriminatoria nei confronti degli alloctoni, facendo scattare l'onere dell'impresa stessa di dimostrare il contrario, o se, invece, al fine di determinare l'inversione dei carichi probatori ordinariamente gravanti su attore e convenuto, altri indici presuntivi dovessero concorrere con tali dichiarazioni.

Quest'ultima soluzione, abbracciata con convinzione dalla Commissione e dall'Avvocato Generale (10), avrebbe fortemente sminuito la portata della disposizione interpretata e, quindi, dell'agevolazione probatoria prevista a favore delle vittime delle discriminazioni. Senza attribuire particolare significato alla declinazione al plurale del sostantivo adoperato, nel descrivere il presupposto per lo spostamento dei carichi probatori, dal legislatore comunitario del 2000 («*fatti* dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta»: corsivo di chi scrive), la Corte di Giustizia decide allora di avallare l'altra interpretazione, spiegando che «le dichiarazioni con cui un datore di lavoro rende pubblicamente noto che [...] non assumerà lavoratori dipendenti aventi una certa origine etnica o razziale possono

creti legislativi appena richiamati vedi D. Gottardi, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 7 ss.

(10) Si vedano i punti 23-25 delle già citate conclusioni, ove si sostiene che la presunzione di discriminazione cui l'art. 8 condiziona lo spostamento dell'onere della prova sarebbe integrata con l'accertamento, oltre che di dichiarazioni come quelle rese dal datore di lavoro belga, anche di una prassi poco chiara seguita dal medesimo in materia di assunzioni e del fatto che nessuna persona alloctona sia stata in concreto reclutata.

configurare [...] elementi di fatto idonei a far presumere una politica di assunzione discriminatoria» e, quindi, a far ricadere sul datore di lavoro l'onere di dimostrare «che la prassi effettiva di assunzione dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni» (11).

L'affermazione è di estrema rilevanza, e non solo perché evidenzia la possibilità di chi contesta in via giudiziale una discriminazione di ricostruirne il *fumus* legislativamente richiesto attraverso la deduzione di un unico elemento presuntivo (purché «pesante», come nel caso di specie), anziché di una pluralità di indizi convergenti. Sotteso alla risposta della Corte, infatti, è anche il riconoscimento dell'irriducibilità della regola comunitaria che alleggerisce l'onere della prova delle vittime di disparità di trattamento – regola nata nel contesto delle discriminazioni di sesso (12) ed esportata poi in altri territori dalle Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78 – alla mera – per quanto decisiva – legittimazione dell'uso di dati statistici a fini probatori.

Un equivoco in tal senso, in effetti, poteva ritenersi involontariamente alimentato dalla circostanza che tutta la giurisprudenza comunitaria formata sin finora in tema di prova semplificata delle discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici (13) riguarda situazioni nelle quali sono proprio le statistiche sulla disomogenea distribuzione, tra i due gruppi considerati, degli effetti svantaggiosi di un certo atto a lasciar inferire, in via presuntiva, l'esistenza della discriminazione (indiretta).

In tale equivoco è caduto, in sede di recepimento delle Direttive n. 2000/43 e n. 2000/78, il legislatore italiano, che, nei d.lgs. n. 215 e n. 216 del 2003 (e più precisamente all'art. 4, comma 3, del primo e all'art. 4, comma 4, del secondo), anziché riprendere l'ineccepibile previsione probatoria contenuta nella legge sulle azioni positive n. 125 del 1991 (all'art. 4, comma 6, divenuto ora art. 40 del d.lgs. n. 198/2006, ambiziosamente definito «codice delle pari opportunità»), ha preferito limitarsi a «condire» con il riferimento alla possibile utilizzazione di dati statistici il richiamo della regola generale sulle presunzioni semplici fissata dall'art. 2729, comma 1, cod. civ. La difettosa attuazione italiana dell'art. 8 della Direttiva n. 2000/43, tuttavia,

(11) Così nei punti 31 e 32 della motivazione di *Feryn*.

(12) Con la Direttiva n. 97/80, peraltro codificatrice della precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce (citata, insieme a quella successiva, nella nota seguente).

(13) A partire dal caso *Danfoss* (Corte di Giustizia Ce 17 ottobre 1989, causa 109/88, in *Racc.*, 1989, pp. 3199 ss.) fino al caso *Nikoloudi* (Corte di Giustizia Ce 10 marzo 2005, causa C-196/02, in *Racc.*, 2005, pp. 1789 ss.), passando attraverso *Enderby* (Corte di Giustizia Ce 27 ottobre 1993, causa 127/92, in *Racc.*, 1993, pp. 5535 ss.) e *Seymour-Smith* (Corte di Giustizia Ce 9 febbraio 1999, causa C-167/97, in *Racc.*, 1999, pp. 623 ss.).

non è sfuggita alla Commissione europea e la procedura d'infrazione avviata contro il nostro paese ha stimolato la correzione del d.lgs. n. 215 realizzata pochi mesi fa dalla legge n. 101/2008 (14).

Alla luce di questa vicenda si potrebbe allora concludere che, a ben guardare, sullo specifico punto in esame la sentenza *Feryn* presenta una modesta carica innovativa, recando piuttosto la conferma di un orientamento interpretativo che si è già fatto strada, in qualche modo, nell'ordinamento comunitario. Anche a voler leggere in tono minore la decisione in questione, tuttavia, non si può dimenticare che *repetita iuvant*: tanto più quando a rimarcare il concetto della non coincidenza tra prova agevolata della discriminazione e prova presuntiva basata su statistiche è una Corte che tutti i 27 Stati dell'Unione europea sono costretti a guardare dal basso verso l'alto.

4. — *Il rifiuto generalizzato di sanzioni puramente simboliche* — All'ultima questione sollevata dai giudici belgi, incerti sulle conseguenze sanzionatorie che l'art. 15 della Direttiva n. 2000/43 imponeva di trarre dall'accertamento di discriminazioni come quelle imputate all'impresa *Feryn*, la Corte di Giustizia risponde solo parzialmente o, meglio, solo nei ristretti margini entro cui può muoversi senza invadere la competenza degli Stati membri nella determinazione dei rimedi per la violazione dei precetti anche comunitari. Così, dopo aver elencato un nutrito insieme di sanzioni che potrebbero risultare adeguate nel caso di specie (la diffusione pubblicitaria, a spese dell'impresa, della pronuncia dichiarativa della discriminazione; una pronuncia inibitoria accompagnata, eventualmente, da una misura pecuniaria; la condanna al risarcimento dei danni a favore dell'organismo di parità ricorrente), senza peraltro chiarire bene in quali termini (nettamente alternativi o, almeno in parte, cumulativi) dovrebbe avvenire l'applicazione delle stesse, la Corte afferma che, quand'anche «non vi siano vittime identificabili» e la discriminazione sia venuta alla luce a seguito dell'iniziativa giudiziale assunta da «un organismo abilitato dalla legge», le sanzioni irrogate devono essere «effettive, proporzionate e dissuasive» (15).

Considerato che il possesso di queste caratteristiche da parte dei rimedi antidiscriminatori è imposto, senza alcuna variazione neppure linguistica, dallo stesso art. 15 della direttiva interpretata, l'indicazione fornita dalla

(14) A seguito della conversione del d.l. n. 59/2008, il testo dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 215 è divenuto il seguente: «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione».

(15) Per l'integrale lettura dei passaggi qui sintetizzati si vedano i punti 37-40 della motivazione.

Corte pare destinata a risultare poco illuminante per i giudici d'appello di Bruxelles. Maggior rilievo essa assume, invece, sul piano ermeneutico generale, nella misura in cui spiega che, non essendo quelle senza vittime individuabili discriminazioni di serie B, i rimedi volti a contrastarle non possono essere meno incisivi dei rimedi predisposti per le altre discriminazioni. Il rifiuto di sanzioni puramente simboliche già consolidatosi nel diritto comunitario, dunque, non subisce eccezioni neppure nel caso di azioni giudiziali *victimless*.

5. — *Considerazioni conclusive: è giusto far pagare all'imprenditore il prezzo della cultura discriminatoria socialmente diffusa?* — Dopo aver ricostruito l'itinerario percorso dalla sentenza *Feryn* e averne evidenziato gli aspetti giuridicamente più significativi, una breve riflessione si vuole ora dedicare alla circostanza, lasciata sin qui nell'ombra, che, nella dichiarazione resa dal direttore dell'impresa belga, la decisione di escludere gli alloctoni dalla campagna di assunzioni in corso veniva presentata come un'inevitabile conseguenza delle resistenze mostrate dalla clientela nel consentire l'accesso alle abitazioni private, per l'installazione delle porte acquistate, di operai di origine straniera. Il direttore sottolineava inoltre la necessità di assecondare le preferenze dei clienti, per evitare il calo del fatturato e mantenere la solidità economica dell'impresa, aggiungendo di non ritenersi responsabile per un problema che, benché effettivamente esistente in Belgio, non era certo stato lui a creare.

Ipotizzando la genuinità di tali dichiarazioni, e tenendo conto delle indicazioni date dalla Corte di Giustizia, può venire spontaneo domandarsi se sia giusto far ricadere sulle spalle di un'impresa che (diversamente da molte altre) ha avuto il coraggio di dire le cose come stanno, rendendo trasparenti i propri criteri di reclutamento del personale, la responsabilità giudiziale di una discriminazione di carattere etnico-razziale radicata nel contesto sociale in cui essa opera, anziché perseguita intenzionalmente.

La questione, che non trova spazio nella sentenza della Corte (com'era prevedibile, in mancanza di dubbi interpretativi al riguardo), è respinta molto seccamente dall'Avvocato Generale, che, giudicando «del tutto irrilevante» la presunta mal disposizione della clientela nei confronti dei lavoratori di una determinata origine etnica, osserva come tale atteggiamento «dimostre-rebbe solo che "i mercati non cureranno la discriminazione" e che l'intervento del legislatore è essenziale» (16). Non viene invece spiegato, sebbene evidentemente presupposto, perché l'impresa *Feryn*, nel momento in cui sia condannata per discriminazione dalla Corte d'Appello di Bruxelles, non po-

(16) Così al punto 18 delle citate conclusioni.

trà essere considerata la vittima innocente di un sistema che scarica sul capro espiatorio di turno la responsabilità di fatti imputabili ad altri, se non alla stessa cultura sociale. Al riguardo, posto in chiaro che non corrisponde allo scopo di chi scrive impartire lezioncine morali, qualche parola merita forse di essere spesa.

Si può cominciare col ricordare, ad esempio, che il tentativo dei datori di lavoro (nordamericani, in primo luogo, ma anche europei) di spingere a interpretazioni largheggianti delle clausole legislative in tema di *bona fide occupational qualification* – cioè di requisiti necessari allo svolgimento dell'attività lavorativa in presenza dei quali il divieto di discriminazioni subisce una ragionevole deroga (17) –, in modo da ricomprendere nell'area d'immunità anche le preferenze manifestate dalla clientela verso lavoratori di un certo sesso o di una certa razza, è sempre stato fortemente osteggiato dai giudici sia d'oltreoceano che del vecchio continente. Alla base di tale giurisprudenza, che è impensabile pretendere di richiamare (sia pure per sommi capi) in questa sede (18), sembra stare la fedeltà alla scelta compiuta dal legislatore quando, nel disegnare in termini stringenti le deroghe al precetto antidiscriminatorio, ha considerato il diritto al lavoro delle persone di sesso femminile o appartenenti a minoranze etniche più meritevole di tutela dell'interesse delle imprese ad accondiscendere i gusti dei propri clienti. Gusti che, oltretutto, non hanno affatto motivo d'essere tutelati allorché inducono i datori di lavoro alla violazione di prescrizioni legali (19).

Si può continuare con l'osservare, poi, che rispetto a tali gusti, nella misura in cui siano espressione di pregiudizi stereotipati su determinati gruppi di persone e pretendano di condizionare dall'esterno l'esercizio di poteri dei quali chi offre retribuzione in cambio di lavoro è esclusivo titolare, gli imprenditori non dovrebbero mostrarsi indifferenti. Il direttore della Feryn, ad esempio, anziché ripiegarsi comodamente sulla diffidenza verso gli stranieri nutrita dai propri clienti, avrebbe potuto costruire sull'affidabilità dei propri installatori – autoctoni e non – un punto di forza ulteriore, rispetto alla qualità delle porte prodotte, del suo *marketing* aziendale. Si sarebbe dovuta mettere nel conto, certo, l'eventualità che qualche cittadino belga, nonostante le rassicurazioni dell'impresa, continuasse a guardare con sospetto gli operai alloctoni e decidesse, perciò, di acquistare altrove la sua porta. Questa, peraltro, non sarebbe stata che una delle molteplici variabili ipotetiche rientranti nel cosiddetto rischio d'impresa: un rischio nel quale possono essere ricom-

(17) Vedi, nell'ambito della Direttiva n. 2000/43, quanto previsto dall'art. 4.

(18) Un sintetico esame della principale giurisprudenza nazionale e statunitense in argomento si trova comunque in D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro...*, cit., pp. 32 s. e pp. 130 s.

(19) Cfr. Corte Cost. 22 gennaio 1987, n. 17, in *Giur. cost.*, 1987, pp. 119 ss.

prese anche le perdite causate dalla scelta dei datori di lavoro di non discriminare e di non riprodurre nelle proprie decisioni gli aspetti più deteriori della cultura che li circonda, a meno di non voler rendere assolutamente astratti quei discorsi sulla responsabilità sociale dell'impresa diventati di moda negli ultimi anni.

Il superamento delle discriminazioni nel lavoro, tra persone di diversa origine etnica ma non solo, non può continuare a essere concepito come un sogno irrealizzabile. La fiducia nella possibilità di cambiamenti culturali anche profondi, del resto, trova nell'apertura delle porte della Casa Bianca al primo Presidente afro-americano degli Stati Uniti un fondato motivo di rafforzamento; e l'obiettivo europeo di «società democratiche e tolleranti che consentono la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica» (20) ci appare ora, forse, un po' meno lontano.

(20) Obiettivo enunciato nel dodicesimo Considerando della Direttiva n. 2000/43 e richiamato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, come già ricordato nella nota 3.

Davide Strazzari (*)

**CORTE DI GIUSTIZIA E DISCRIMINAZIONE RAZZIALE:
AMPLIATA LA TUTELA DELLA DISCRIMINAZIONE DIRETTA? (**)**

SOMMARIO: 1. Il fatto: dichiarazioni pubbliche di fare uso di criteri di assunzione discriminatori. — 2. L'obiettivo della partecipazione più attiva sul mercato del lavoro determina una nuova configurazione della nozione di discriminazione diretta? — 3. Verso il superamento del paradigma individuale della discriminazione diretta. La discriminazione diretta sistematica. — 4. L'accentuazione del profilo sanzionatorio. — 5. Considerazioni conclusive.

1. — *Il fatto: dichiarazioni pubbliche di fare uso di criteri di assunzione discriminatori* — La sentenza della Corte di Giustizia, qui di seguito commentata, è la prima pronuncia pregiudiziale (1) avente a oggetto l'interpretazione della Direttiva n. 2000/43/Ce (2). L'interesse verso tale decisione si giustifica, tuttavia, non solo per tale profilo dal carattere contingente, ma anche per il rilievo dei principi di diritto e delle argomentazioni in essa contenuti.

Succintamente i fatti.

(*) Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Trento.

(**) La sentenza qui commentata è di seguito pubblicata.

(1) È peraltro opportuno ricordare che sono stati avviati diversi procedimenti di infrazione per mancata o imperfetta attuazione della Direttiva n. 2000/43/Ce. Alcuni di questi si sono conclusi con sentenze di condanna da parte della Corte di Giustizia Ce. Si ricordano qui le sentenze di condanna nei confronti di Finlandia e Lussemburgo (sentenze del 24 febbraio 2005, rispettivamente C-327/04 e C-320/04), della Germania (sentenza 28 aprile 2005, C-329/04) e dell'Austria (sentenza 4 maggio 2005, C-335/04).

(2) Sulla Direttiva n. 2000/43/Ce e, in generale, sulle recenti innovazioni comunitarie nel campo dell'antidiscriminazione si veda M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, 2002; D. Schieck, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law*, in *European Law Journal*, 2002, p. 290; S. Fredman, *Equality: A New Generation?*, in *Industrial Law Journal*, 2001, p. 145; C. McCrudden, *The New Concept of Equality*, paper consultabile sul sito www.era.int; P. Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, p. 112; M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007; D. Strazzari, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008.

La controversia vede opporsi, da un lato, il Centro per le pari opportunità e per la lotta contro il razzismo del Belgio (Cgkr, dal corrispondente acronimo in lingua nederlandese) e, dall'altro, la società Firma Feryn NV, convenuta nella causa principale a seguito delle affermazioni rese ai *media* da uno dei suoi direttori, secondo cui la società non assumeva né avrebbe assunto persone «alloctone», essendo le stesse indesiderate ai suoi clienti.

Sulla base di una disposizione del diritto nazionale, il Cgkr gode della legittimazione ad avviare procedure giurisdizionali o amministrative intese a far rispettare gli obblighi scaturenti dalla Direttiva n. 2000/43/Ce anche in assenza di un denunciante identificabile.

Nel caso di specie, il Cgkr si era rivolto al giudice del lavoro al fine di ottenere una sentenza di accertamento in cui si desse atto della politica apertamente discriminatoria seguita dalla ditta Feryn. Risultato soccombente in primo grado a causa della mancanza di una vittima identificabile, il Cgkr proponeva ricorso alla Corte d'Appello del lavoro di Bruxelles, la quale sottoponeva alla Corte di Giustizia diverse questioni pregiudiziali così riassumibili: se le dichiarazioni pubblicamente rese da un datore di lavoro circa l'impiego di metodi di selezione del personale apertamente discriminatori costituiscono in sé e per sé un comportamento direttamente discriminatorio; a quali condizioni si applica la regola dell'inversione dell'onere della prova prevista dalla direttiva; quale tipo di sanzioni possano ritenersi appropriate nel caso di specie, tenendo conto dell'art. 15 della Direttiva n. 2000/43/Ce, che parla di rimedi «effettivi, proporzionati e dissuasivi».

2. — *L'obiettivo della partecipazione più attiva sul mercato del lavoro determina una nuova configurazione della nozione di discriminazione diretta?* — La prima delle questioni pregiudiziali risolta dalla Corte è forse quella più controversa. Essa attiene alla delimitazione stessa della nozione di discriminazione diretta. In particolare, la questione cui deve rispondere la Corte è se l'esistenza di una vittima identificabile sia presupposto necessario per aversi un comportamento direttamente discriminatorio.

La Corte ha premura di distinguere nettamente due ambiti concettuali che i fatti oggetto di causa e il dato normativo nazionale rischiano di confondere: una cosa è, infatti, la portata applicativa della nozione di discriminazione diretta, ai sensi della Direttiva n. 2000/43/Ce; un'altra è la natura e i caratteri dei meccanismi di esecuzione previsti dalla direttiva stessa. Se è vero che la direttiva prescrive agli Stati membri di conferire a certi enti il diritto di avviare azioni di tutela discriminatoria per conto o a sostegno della vittima, ma con il consenso di quest'ultima, ciò non impedisce agli Stati membri di adottare una legislazione più favorevole, che attribuisca a questi stessi

organismi una legittimazione attiva a prescindere dal consenso, e addirittura in assenza, di una vittima identificabile. Questo profilo, osserva la Corte, riguarda esclusivamente il diritto nazionale e non concerne direttamente la questione dell'esistenza o meno di una discriminazione diretta ai sensi e per gli effetti del Diritto comunitario. In altre parole, il profilo del rimedio procedurale previsto sembrerebbe doversi tenere logicamente distinto dalla questione del «se» il comportamento posto in essere costituisca una discriminazione (3).

Circa il merito della questione, la Corte non nasconde che un'interpretazione letterale dell'art. 2 della direttiva – laddove si dice che per aversi discriminazione diretta «la persona è trattata meno favorevolmente», a causa della razza od origine etnica, di quanto è, è stata, sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga – lascerebbe intendere che il pregiudizio subito dalla vittima debba essere attuale e che un soggetto identificabile come vittima debba pur sempre esistere.

Ad analogo risultato, osserva la Corte, si dovrebbe giungere anche attraverso un'interpretazione sistematica della disposizione *de qua* nel contesto normativo della direttiva. Infatti, viene osservato che l'art. 7 della Direttiva n. 2000/43/Ce, coerentemente col tenore letterale del sopra richiamato art. 2, impone agli Stati di riconoscere a tutte «le persone che si ritengono lese» da comportamenti discriminatori – riproponendo, dunque, la necessità di una vittima identificabile – il diritto a procedure giudiziali per il soddisfacimento dei propri interessi (4).

La Corte, tuttavia, ritiene di superare i limiti offerti dall'interpretazione letterale e sistematica richiamandosi a un criterio di carattere teleologico. A tal fine, fa riferimento a uno dei Considerando iniziali contenuti nel preambolo della direttiva – il Considerando ottavo, laddove si dice che la direttiva mira a «promuovere le condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro» – per ritenere che tale obiettivo sarebbe difficilmente raggiungibile qualora si ritenesse sussistente un comportamento discriminatorio solo in presenza di una vittima identificabile (5).

L'individuazione della partecipazione più attiva sul mercato del lavoro, quale interesse promosso dalla direttiva, consente alla Corte di ritenere che le affermazioni rese pubblicamente da un datore, in cui si dichiara di non assumere certi lavoratori aventi una data origine etnica, costituiscono una discriminazione a prescindere dall'esistenza di un denunciante identificabile, poiché sono di per sé idonee a dissuadere fortemente potenziali candidati ap-

(3) Punti 26 e 27 della motivazione.

(4) Punto 22 della motivazione.

(5) Punto 24 della motivazione.

partenenti a un certo gruppo etnico dal presentare le loro candidature lavorative, così ostacolandone l'accesso al mercato del lavoro (6).

Vale la pena di soffermarsi a considerare subito questa prima parte della sentenza della Corte, che pone qualche interrogativo in merito alla nozione stessa di discriminazione diretta ma anche, forse, ancor più a monte, sull'interesse giuridico che si ritiene di tutelare con la legislazione antidiscriminatoria.

Ci si potrebbe, infatti, chiedere se la sentenza qui commentata non abbia operato un possibile mutamento quanto alla logica stessa della legislazione antidiscriminatoria, concepita prevalentemente come uno strumento di promozione dell'eguale dignità di ciascun essere umano, e che, dunque, si colloca idealmente nell'orizzonte concettuale della tutela dei diritti della persona (7).

Per contestualizzare tale affermazione è opportuno osservare che nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale, al fine di motivare una lettura ampia della nozione di discriminazione diretta, tale da superare la necessità di una vittima identificabile e il requisito dell'attualità del danno, fa leva non soltanto sul Considerando della direttiva, poi ripreso anche dalla Corte, secondo cui tale atto è volto a «promuovere le condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro», ma anche su un secondo Considerando, il do-

(6) Punto 25 della motivazione.

(7) Osserva, ad esempio, che «il fondamento dei divieti specifici di discriminazione non risiede nel divieto generale di discriminazioni arbitrarie [...] ma [nel] riconoscimento del valore assoluto dell'eguale dignità sociale di ciascun essere umano» M. Barbera, *La nozione di discriminazione*, in *Commentario sistematico alla Legge 10 aprile 1991, n. 125, Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 48. Analogamente S. Scarponi, *Le nozioni di discriminazione*, in L. Gaeta, L. Zoppoli (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992, p. 43, osservando che «La concezione moderna del divieto si sviluppa secondo un'evoluzione le cui tappe fondamentali sono costituite anzitutto dalla individuazione della *ratio* nella garanzia della dignità individuale...». Nella letteratura straniera, ritiene che le normative antidiscriminatorie siano volte a tutelare la dignità dell'uomo D. Feldman, *Human Dignity As a Legal Value*, Part. II, in *Public Law*, 2000, p. 74. È peraltro da osservare che nel contesto comunitario l'introduzione dei divieti di discriminazione (nazionalità, genere) è stata storicamente vista soprattutto come uno strumento per perseguire fenomeni distorsivi della concorrenza. L'inclusione, tuttavia, dell'art. 13 TCe a opera del Trattato di Amsterdam, alcune decisioni della Corte di Giustizia (in particolare *P. v. S.*, sentenza 30 aprile 1996, causa C-13/94), le Direttive di nuova generazione, tra cui, appunto, la n. 2000/43/Ce e la n. 2000/78/Ce, le previsioni contenute nel Capo III, Uguaglianza, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, avevano dato l'impressione di un rafforzamento della lettura dei divieti di discriminazione in chiave di diritti fondamentali anche a livello comunitario. Vedi, però, quanto precisato *infra*, in nota 9. In argomento, M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 399.

dicesimo, a tenore del quale la direttiva è volta ad «assicurare lo sviluppo di società democratiche e tolleranti che consentono la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica». Poiché secondo l'Avvocato Generale le dichiarazioni rese dal convenuto hanno già avuto l'effetto di avere un impatto «umiliante e demoralizzante» sulle persone aventi una certa origine etnica, facendole con probabilità desistere dal presentare candidature per quella posizione lavorativa, le dichiarazioni stesse non sarebbero semplicemente un «parlare di discriminazione» ma una discriminazione *tout court* (8).

La Corte, tuttavia, non mostra di voler accogliere detto suggerimento. Un'omissione significativa, tanto più considerando che le conclusioni dell'Avvocato Generale sono state in altre parti abbondantemente riprese dalla Corte. È piuttosto l'altro obiettivo della direttiva che la Corte mostra di voler privilegiare.

L'individuazione della promozione di condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro, quale interesse giuridico promosso dalla direttiva, ha, mi sembra, la primaria conseguenza di leggere la legislazione antidiscriminatoria comunitaria non solo come prioritariamente rivolta alla tutela dei diritti fondamentali, ma anche come strumento che agevola una maggiore circolazione dei fattori produttivi, quali, appunto, i lavoratori (9).

La trasfigurazione della tutela del bene garantito dalla legislazione antidiscriminatoria operata dalla Corte sembra avere come effetto quello di alterare la nozione e l'operatività stessa della discriminazione diretta. Infatti, se lo scopo di tale previsione non è più solo la tutela della sfera di integrità morale della vittima discriminata, ma, appunto, la partecipazione più attiva al mercato del lavoro, il comportamento discriminatorio cessa logicamente di essere incentrato sulla persona discriminata (che qui, sotto un profilo oggettivo almeno, non esiste), sull'esistenza di una disparità di trattamento (la quale, mancando la vittima identificabile, è, al più, solo ipotetica) e, dunque, sull'esigenza di una comparazione. Esso, piuttosto, viene a essere individuato in tutti quegli atti che, assunti a causa della razza, pre-

(8) Punto 15-16 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Poiars Maduro.

(9) In effetti, in occasione dell'adozione della Direttiva n. 2000/43/Ce e della Direttiva n. 2000/78/Ce, accanto alle letture che vedevano in questi due atti uno strumento di rafforzamento della dimensione sociale dell'Unione, non era mancato chi aveva al contrario rilevato che essi fossero pur sempre funzionali alla logica dell'integrazione economica e dello sviluppo del mercato interno. In particolare, sotto questo profilo, S. Fredman, *Equality: A New Generation?*, *op. cit.*, p. 149, osservava che *The view that there is no economic rationale for Community responsibility is unconvincing. [...] It was only with the acceptance of a convergence between economic goals, and goals of justice and fairness that a generalised power to legislate in the discrimination field was enacted.*

sentano anche la sola idoneità a ostacolare l'accesso al mercato del lavoro di taluni soggetti svantaggiati.

Mi sembra centrale, per segnalare questa sorta di trasfigurazione dell'interesse protetto, il punto 24 della sentenza. «L'obiettivo di promuovere le condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro», dice la Corte, «sarebbe difficilmente raggiungibile se la sfera di applicazione della Direttiva n. 2000/43/Ce fosse limitata alle sole ipotesi in cui un candidato scartato [...] abbia avviato una procedura giudiziaria». Dal che sembra ricavarsi che è solo l'obiettivo della partecipazione più attiva al mercato del lavoro che consente di prescindere dalla identificabilità della vittima, giacché tale limitazione parrebbe destinata ad applicarsi qualora il bene tutelato dalla direttiva fosse solo quello della dignità della persona.

La Corte, dunque, amplia la soglia di operatività della discriminazione diretta. Dichiarazioni, infatti, con cui si dà atto di porre in essere una politica di assunzione discriminatoria di per sé non dovrebbero equivalere già a una disparità di trattamento a causa della razza perché esse si pongono a monte del relativo processo di allocazione del bene. Ritenere che la discriminazione diretta si sia già data con le semplici dichiarazioni, e non che queste costituiscano, al più, un elemento su cui eventualmente fondare l'esistenza di una disparità di trattamento (10), significa che il momento comparativo-relazio-

(10) Può essere utile, a tale riguardo, dar conto di alcune posizioni dottrinali emerse nel contesto italiano in relazione alla fattispecie di cui al comma 2, n. 2, art. 1, della legge 9 dicembre 1977, n. 903, Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro. La fattispecie, ora riprodotta all'art. 27, comma 2, lett. b, d.lgs. n. 198/2006, vieta la discriminazione fondata sul sesso anche se attuata «in modo indiretto, attraverso meccanismi di preselezione ovvero a mezzo stampa o con qualsiasi altra forma pubblicitaria che indichi come requisito professionale l'appartenenza all'uno o all'altro sesso». Fermo restando che il parallelismo tra i fatti oggetto di causa e detta disposizione può essere dubbio, essendo la norma nazionale riferibile, sembrerebbe, a criteri oggettivi di selezione e non a dichiarazioni circa l'uso di criteri soggettivi discriminatori, è importante osservare come la dottrina italiana abbia concepito le situazioni descritte dalla disposizione di cui sopra non già come comportamenti discriminatori *tout court*, ma piuttosto come esemplificazioni di questi, da utilizzare quali presunzioni semplici in modo da agevolare il lavoratore discriminato nel dimostrare l'esistenza di un'effettiva disparità di trattamento. Osserva, sul punto, M. V. Ballestrero, *Parità e oltre*, Roma, 1989, p. 59: «Tali esempi contribuiscono ad agevolare il lavoratore discriminato nel dare prova dell'avvenuta discriminazione, perché precostituiscono, senza essere presunzioni legali, il giudizio su comportamenti evidentemente diffusi, e divenuti così tipicamente discriminatori». Sempre in relazione alla stessa fattispecie, osserva T. Treu, *Commento alla legge 9 dicembre 1977, n. 903, sub art. 1*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 786, «Il comma 2 dell'art. 1 identifica una serie di forme specifiche (dirette o indirette) di discriminazione nell'accesso al lavoro, nell'intento di contrastare ogni preclusione al lavoro femminile. [...] La prova della discriminazione seguirà peraltro in questo caso le regole generali...».

nale proprio della discriminazione tende a sfumare. Qui non si tratta di rimediare a una disparità di trattamento concretamente avvenuta ma a un comportamento che la lascia solo presupporre. Una presunzione, peraltro, che opera *iuris et de iure*, non ammettendo prova contraria.

E allora il problema forse diviene capire quando un dato comportamento sia idoneo a determinare (con che grado di probabilità?) effetti discriminatori e, di conseguenza, a ostacolare la partecipazione più attiva al mercato del lavoro. Si potrebbe, ad esempio, ritenere direttamente discriminatorio il sostegno esplicitato di un datore di lavoro a una forza politica espressamente xenofoba, sul presupposto che la sua militanza politica e la sua implicita adesione ai fini di tale movimento faccia fortemente desistere appartenenti a gruppi etnici di minoranza dal presentare candidature presso la sua azienda?

In verità, la Corte non sembra del tutto disconoscere il problema. Infatti, essa si premura di precisare che le dichiarazioni rese sono discriminatorie perché ostacolano l'accesso al mercato del lavoro in quanto idonee a «dissuadere fortemente determinati candidati». Certo, il giudizio di quando un com-

Particolarmente interessante è il caso britannico. Il *Race Relations Act 1976* prevede alla sec. 29 che *It is unlawful to publish or to cause to be published an advertisement which indicates, or might reasonably be understood as indicating, an intention by a person to do an act of discrimination...* La sec. 63 del *Race Relations Act 1976* conferisce alla allora *Commission for Racial Equality* (ora *Commission for Equality and Human Rights*) la legittimazione attiva a promuovere l'azione legale. La questione che si è posta all'attenzione dei giudici è stata se la legittimazione dell'organismo di parità dovesse intendersi come esclusiva o, invece, concorrente con quella del singolo. In *Cardiff Women's Aid v. Hartup*, [1994] IRLR 390, l'*Employment Appeal Tribunal* si è basato sulla distinzione tra *an intention by a person to do an act of discrimination*, situazione cui farebbe riferimento la sec. 29 del *Race Relations Act 1976*, e *an act of discrimination*, cui vanno riferite le altre disposizioni del *Race Relations Act 1976* che offrono rimedio al singolo individuo. Così ricostruita, la sec. 29 del *Race Relations Act 1976* consentirebbe un'anticipazione della soglia di tutela contro la discriminazione, prescindendo dall'attualità della disparità di trattamento. Ciò configurerebbe una situazione derogatoria rispetto al quadro generale dei rimedi previsti dal *Race Relations Act 1976*, dunque di stretta interpretazione, e l'esclusiva legittimazione ad agire dell'organismo di parità sembra ricondursi all'interesse pubblicistico al perseguimento di simili condotte. Prendendo atto di tale giurisprudenza, le linee guida predisposte dalla *Commission for Equality and Human Rights* suggeriscono che *Once an individual has applied for a job and been turned down, discrimination in the advertisement will provide some evidence (although not conclusive evidence) that the decision not to appoint that person was tainted by discrimination. It is a matter from which the tribunal can be asked to draw an inference of discrimination in relation to a complaint of non-appointment* (linee guida reperibili presso il sito www.equalityhumanrights.com). Come si vede, dunque, al di fuori del contesto normativo delineato dalle sec. 29 e 63 del *Race Relations Act 1976*, trovano applicazione i principi generali in tema di tutela antidiscriminatoria, ivi inclusa la dimostrazione dell'attualità della disparità di trattamento.

portamento sia idoneo a «dissuadere fortemente» appare affidato interamente a valutazioni latamente discrezionali, ma esso pare pur sempre diretto a richiedere un nesso di causalità tra comportamento asseritamente discriminatorio e ipotetico effetto discriminatorio di alta probabilità.

Rimane, tuttavia, da capire come l'individuazione di tale interesse tutelato dalla direttiva e la conseguenza che la Corte sembra farne derivare circa la portata della nozione di discriminazione diretta si possano conciliare col fatto che la Direttiva n. 2000/43/Ce non è destinata ad avere un ambito di applicazione limitato alla sfera delle relazioni lavorative.

Dunque, sebbene sia certamente possibile ritenere che anche il divieto di discriminazioni condotte nell'ambito dell'alloggio o dell'istruzione o della fornitura di servizi possa ricadere nel cono d'ombra dell'interesse a favorire una partecipazione più attiva al mondo del lavoro (chi viene discriminato per l'alloggio è certamente ostacolato ad accedere al lavoro), un simile argomentare finirebbe, tuttavia, col rendere palese il carattere meramente strumentale di tale riferimento.

Ci si potrebbe allora chiedere, volendo recuperare un senso unitario alle affermazioni della Corte sulla portata della nozione di discriminazione diretta e non ritenere le stesse limitate all'ambito del lavoro, se l'argomento utilizzato dall'Avvocato Generale al fine di sostenere la lettura evolutiva della Direttiva n. 2000/43/Ce, ossia di una legislazione antidiscriminatoria destinata anche a svolgere una funzione in qualche modo moralizzatrice, quasi di promozione di un ideale di società razzialmente integrata, non sia destinato in futuro a migliore considerazione da parte della Corte.

3. — *Verso il superamento del paradigma individuale della discriminazione diretta. La discriminazione diretta sistematica* — Il secondo nucleo argomentativo della pronuncia concerne una serie di questioni sollevate con riferimento all'operatività della clausola contenuta nella direttiva che disciplina l'articolazione dell'onere probatorio.

In verità, la questione avrebbe potuto ritenersi assorbita nella prima. Nel momento, infatti, in cui si ritiene che le dichiarazioni rese costituiscano in sé e per sé comportamento discriminatorio e la loro veridicità non viene contestata dall'autore, problemi quanto all'assolvimento dell'onere probatorio da parte dell'attore non sembrerebbero porsi.

La Corte di Giustizia, invero, sembra cogliere la possibile contraddittorietà dell'argomentazione nella misura in cui va a leggere la disposizione sull'onere probatorio in relazione non tanto alla dimostrazione di un comportamento discriminatorio – giacché questo si sarebbe concretato già con le dichiarazioni rese –, quanto piuttosto all'esistenza o meno di una *politica di asunzione discriminatoria*.

È rispetto a questa seconda e, parrebbe di capire, potenzialmente ulteriore situazione discriminatoria scaturente dal medesimo fatto che le dichiarazioni rese vanno valutate come elementi di fatto idonei a far scattare la presunzione di una politica discriminatoria.

La semplice dichiarazione di utilizzo di criteri di selezione discriminatori, se sufficiente a ritenere sussistente un comportamento discriminatorio, non lo è anche per affermare l'esistenza di una sistematica prassi discriminatoria, dovendosi a tal fine dimostrare che a tali dichiarazioni sia poi seguita un'effettiva violazione sistemica del principio di parità di trattamento. Dette dichiarazioni, tuttavia, sono di per sé idonee a far presumere l'esistenza di tale prassi discriminatoria e, dunque, ai sensi dell'art. 8 della direttiva, a far spostare l'onere della prova in capo al convenuto, al quale spetterà, per andare esente da responsabilità, dimostrare che la prassi effettiva di assunzione non corrisponde a tali dichiarazioni e che dunque non vi è stata in concreto alcuna disparità di trattamento.

Su un piano generale, è da rilevare con interesse come la Corte si mostri consapevole del fatto che la legislazione antidiscriminatoria possa utilmente servire a perseguire non solo il singolo atto discriminatorio, ma anche una vera e propria politica discriminatoria, enfatizzando, dunque, la dimensione collettiva della discriminazione (e facendone seguire, parrebbe, conseguenze sul piano sanzionatorio, su cui vedi *infra*), qui riferita anche alla nozione di discriminazione diretta, tradizionalmente espressione di un più forte radicamento alla prospettiva individuale.

Su un piano più operativo, dalla soluzione offerta dalla Corte si ricava che, al fine di far scattare la presunzione di comportamento discriminatorio e il conseguente spostamento dell'onere probatorio in capo al convenuto, non sarebbe necessaria una pluralità di elementi indizianti ma possa bastarne anche solo uno. Ciò potrebbe rappresentare motivo di interesse in relazione all'ordinamento italiano, che, richiedendo, al fine della applicazione della facilitazione dell'onere probatorio, la deduzione di elementi di fatto in termini precisi e soprattutto concordanti (11), sembrerebbe postulare una pluralità di fatti convergenti.

(11) È opportuno osservare come l'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 215/2003, che ha recepito in Italia la Direttiva n. 2000/43/Ce, sia stato recentemente modificato dall'art. 8-*sexies* della legge 6 giugno 2008, n. 101, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee. Al fine di allinearsi ai rilievi mossi in sede di procedura di infrazione dalla Commissione europea, in relazione alla non perfetta trasposizione della Direttiva comunitaria n. 2000/43/Ce, l'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 215/2003, così come oggi modificato, non prevede più la necessità per il ricorrente di dedurre in giudizio elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, da valutarsi ai sensi del-

4. — *L'accentuazione del profilo sanzionatorio* — La tesi che sembra emergere dall'argomentazione della Corte, secondo cui il medesimo comportamento – dichiarazioni con cui un datore afferma di fare uso di criteri di selezione del personale basati sulla razza – costituirebbe tanto un comportamento discriminatorio in sé e per sé, quanto una circostanza di fatto idonea a fondare una presunzione di una prassi o di un comportamento sistematicamente discriminatori, sembrerebbe trovare un'implicita conferma nella soluzione individuata in relazione alla terza questione pregiudiziale inerente il tipo di sanzione ritenuta adeguata per i fatti di causa (12).

L'Avvocato Generale, pur ribadendo che la sanzione deve essere effettiva, proporzionata, dissuasiva, lascia intendere che tale non potrebbe ritenersi la semplice sentenza dichiarativa, dovendosi anche prevedere un ordine di rimozione degli effetti pregiudizievoli.

La Corte non assume, tuttavia, una posizione così netta. Essa lascia al giudice un ampio margine di discrezionalità, pur fornendo alcune linee guida che non sembrano, però, di facile interpretazione. La Corte, infatti, afferma che, sempre che ciò si ritenga adeguato in relazione ai fatti di causa, l'emissione di una sentenza che accerti il comportamento discriminatorio, alla quale venga dato rilievo pubblicitario a spese del convenuto, potrebbe rappresentare una sanzione effettiva, proporzionata, dissuasiva. Questa potrebbe, però, parimenti consistere «nell'ingiunzione rivolta al datore di lavoro, secondo le norme di diritto nazionale, di porre fine alla pratica discriminatoria accertata, cui si aggiunga, se del caso, una sanzione pecuniaria». Infine, essa può «inoltre consistere nella concessione di un risarcimento dei danni in favore dell'organismo che ha avviato la procedura giurisdizionale» (13).

Le sanzioni così individuate dalla Corte sembrerebbero tra loro alternative. Ma qual è il criterio da seguire nella scelta?

La Corte non lo dice chiaramente. Tuttavia, se riteniamo fondata l'ipotesi di cui sopra, secondo cui il comportamento oggetto di causa sarebbe perseguibile tanto come comportamento direttamente discriminatorio in sé e per sé, quanto come comportamento discriminatorio sistematico, sempre che sia dimostrata, in tale ultima ipotesi, l'effettiva disparità di tratta-

l'art. 2729, comma 1, cod. civ. Nella nuova formulazione sparisce il riferimento sia all'art. 2729 cod. civ. sia alla gravità degli elementi di fatto, pur continuando a richiedersi, invero con formulazione ambigua, che gli elementi di fatto forniti dal ricorrente siano idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori.

(12) Sottolinea la particolare attenzione data dal nuovo diritto dell'antidiscriminazione ai profili relativi all'effettività F. Guarriello, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 344.

(13) Punto 39 della motivazione.

mento nelle assunzioni della ditta, l'elencazione della Corte potrebbe essere così interpretata.

Per le dichiarazioni rese, in sé e per sé considerate, la sentenza dichiarativa, unitamente alla sua pubblicizzazione, è considerata un rimedio sufficientemente adeguato. Se poi risultasse dimostrato che a tali dichiarazioni sia concretamente seguita, secondo le parole della stessa Corte, una *pratica discriminatoria* (corsivo aggiunto), la sanzione non potrà che essere l'ordine di rimozione, rimanendo peraltro dubbio se la concessione di tale ultimo rimedio sia possibile solo se così previsto dal diritto nazionale. In entrambi i casi può essere affiancato il risarcimento del danno a favore dell'organismo di parità.

Così interpretando, la sanzione individuata per le sole dichiarazioni rese non sembra sufficiente a perseguire l'interesse individuato dalla Corte della «partecipazione più attiva sul mercato del lavoro», mentre la stessa parrebbe più adeguata rispetto all'obiettivo, indicato dall'Avvocato Generale ma che la Corte ha voluto ignorare, di promozione di un ideale di società democratica e tollerante. Anche tale aspetto, unitamente a quello, già rilevato, della non congruità tra il fine della partecipazione più attiva al mercato del lavoro e il campo d'applicazione materiale della direttiva, potrebbe suggerire che, benché apparentemente negletto, il fine, un po' moralistico, della promozione di un ideale di società razzialmente integrata abbia tuttavia giocato un peso nella decisione della Corte.

5. — *Considerazioni conclusive* — In definitiva, la sentenza in questione non va esente da alcune perplessità. Infatti, le dichiarazioni con cui un datore di lavoro afferma di utilizzare criteri di selezione discriminatori costituiscono comportamento che, con una buona dose di probabilità, avrebbe potuto essere sanzionato comunque, anche senza rendere tali dichiarazioni, come una discriminazione in sé e per sé, semplicemente considerandole un fatto da cui presumere l'esistenza di una disparità di trattamento a causa della razza e ponendo in capo al convenuto l'onere di dimostrare il contrario.

Ciò a maggior ragione considerando che la Corte non mostra assolutamente di voler ricavare dalla direttiva un obbligo per gli Stati membri di conferire alle organizzazioni di parità la legittimazione a promuovere l'azione anche in assenza di una vittima identificabile. Ne sembrerebbe derivare, pertanto, che solo se la legislazione nazionale conferisce tale legittimazione attiva sarebbe possibile prescindere dall'identificabilità della vittima e dalla disparità di trattamento; altrimenti, pur restando tali comportamenti astrattamente coperti dal divieto di discriminazione della Direttiva n. 2000/43/Ce, non potrebbero essere fatti concretamente valere in giudizio, se non in presenza di un soggetto che assuma di essere stato leso dal comportamento in questione.

La decisione, allora, di punire le semplici dichiarazioni rese solo per la loro astratta idoneità a restringere l'accesso al mondo del lavoro, prescindendo non solo dall'identificabilità della vittima ma anche dall'attualità del pregiudizio e dalla concretezza della disparità di trattamento, sembra ampliare la sfera applicativa del divieto di discriminazione a comportamenti anche solo meramente idonei a ledere il principio di parità di trattamento, ponendo, tuttavia, possibili problemi quanto alla loro concreta identificabilità. E se è certamente possibile osservare che tale evoluzione presenta un legame logico-sistematico con gli sviluppi inerenti alla nozione di discriminazione indiretta prevista dalla Direttiva n. 2000/43/Ce, laddove consente di colpire situazioni anche di solo potenziale impatto discriminatorio, la profonda diversità strutturale di tale nozione, sotto il profilo della sua articolazione bifasica, vale quanto meno a rendere problematico tale parallelismo, che, non a caso, il legislatore aveva opportunamente evitato.

Più convincente è la seconda parte della sentenza. Qui la Corte condivisibilmente prende atto della dimensione collettiva che i comportamenti discriminatori possono assumere. Coerentemente, pertanto, ritiene che le dichiarazioni rese siano idonee a far presupporre una politica discriminatoria da parte dell'azienda nella fase di assunzione. Il giudizio, tuttavia, viene qui più propriamente ricondotto alla verifica di una oggettiva disparità di trattamento in ragione della razza, la cui esistenza può essere ricavata, però, in via presuntiva, seguendo i principi posti, quanto all'articolazione dell'onere probatorio, dalla direttiva stessa.

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, 10 luglio 2008, causa C-54/07, Sez. II – Pres. Timmermans, Est. Bonichot, Avv. Gen. Poiares Maduro – Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (avv. Bayart) c. Firma Feryn NV.

Discriminazioni – Direttiva n. 2000/43/Ce – Dichiarazioni pubblicamente rese di fare uso di criteri discriminatori di selezione del personale – Assenza di una vittima identificabile – Discriminazione diretta: sussistenza.

Il fatto che un datore di lavoro dichiara pubblicamente che non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale configura una discriminazione diretta nell'assunzione ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a, della Direttiva del Consiglio 29 giugno 2000, n. 2000/43/Ce, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in quanto siffatte dichiarazioni sono idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolare il loro accesso al mercato del lavoro.

Discriminazioni – Direttiva n. 2000/43/Ce – Dichiarazioni pubblicamente rese di fare uso di criteri discriminatori di selezione del personale – Esistenza di una politica di assunzione direttamente discriminatoria – Onere della prova.

Dichiarazioni pubbliche con le quali un datore di lavoro rende noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale sono sufficienti a far presumere l'esistenza di una politica di assunzione direttamente discriminatoria ai sensi dell'art. 8, n. 1, della Direttiva n. 2000/43. Incombe quindi al detto datore di lavoro l'onere di provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento. Lo potrà fare dimostrando che la prassi effettiva di assunzione da parte dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni. Al giudice del rinvio compete verificare che i fatti addebitati siano accertati, nonché valutare se siano sufficienti gli elementi addotti a sostegno delle affermazioni del detto datore di lavoro secondo le quali egli non ha violato il principio della parità di trattamento.

Discriminazioni – Direttiva n. 2000/43/Ce – Dichiarazioni pubblicamente rese di fare uso di criteri discriminatori di selezione del personale – Sanzioni.

L'art. 15 della Direttiva n. 2000/43 prescrive che, quantunque non vi siano vittime identificabili, le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione di tale direttiva debbano essere effettive, proporzionate e dissuasive.

(Omissis)

1 - La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della Direttiva del Consiglio 29 giugno 2000, n. 2000/43/Ce, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (*Gazz. Uff.* L 180, p. 22).

2 - Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone il Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (Centro per le pari opportunità e per la lotta contro il razzismo), ricorrente nella causa principale, alla società Firma Feryn NV (in prosieguo: la «Feryn»), convenuta nella causa principale, in seguito alle affermazioni di uno dei suoi direttori che aveva dichiarato pubblicamente che la sua società non desiderava assumere le persone cosiddette «alloctone».

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 - Ai sensi del suo art. 1, la Direttiva n. 2000/43 «mira a stabilire un quadro per la lotta alle discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento».

4 - A norma dell'art. 2, n. 2, lett. *a*, di tale direttiva:

«sussiste discriminazione diretta quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga».

5 - L'art. 3, n. 1, lett. *a*, della detta direttiva precisa che quest'ultima riguarda «[le] condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro sia indipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, indipendentemente dal ramo d'attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alla promozione». Per contro, ai sensi del suo art. 3, n. 2, la stessa direttiva non concerne «le differenze di trattamento basate sulla nazionalità».

6 - Ai sensi dell'art. 6, n. 1, della Direttiva n. 2000/43:

«Gli Stati membri possono introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli di quelle fissate nella presente direttiva».

7 - L'art. 7 di tale direttiva precisa che:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché tutte le persone che si ritengono lese, in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio

della parità di trattamento, possano accedere, anche dopo la cessazione del rapporto che si lamenta affetto da discriminazione, a procedure giurisdizionali e/o amministrative, comprese, ove lo ritengono opportuno, le procedure di conciliazione finalizzate al rispetto degli obblighi derivanti dalla presente direttiva.

2. Gli Stati membri riconoscono alle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un legittimo interesse a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente direttiva.

[...].».

8 - L'art. 8, n. 1, della detta direttiva prevede inoltre che:

«Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un Tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento».

9 - L'art. 13, n. 1, della Direttiva n. 2000/43 impone agli Stati membri di istituire uno o più organismi per la promozione della parità di trattamento. L'art. 13, n. 2, di tale direttiva recita come segue:

«Gli Stati membri assicurano che tra le competenze di tali organismi rientrano:

– l'assistenza indipendente alle vittime di discriminazioni nel dare seguito alle denunce da essi inoltrate in materia di discriminazione, fatto salvo il diritto delle vittime e delle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche di cui all'articolo 7, paragrafo 2,

– [...].».

10 - Infine, l'art. 15 della detta direttiva attribuisce agli Stati membri il compito di determinare le sanzioni da irrogare e specifica che tali sanzioni possono prevedere un risarcimento dei danni in favore della vittima e che esse devono essere «effettive, proporzionate e dissuasive».

La normativa nazionale

11 - La legge 25 febbraio 2003 contro la discriminazione e di modifica della legge 15 febbraio 1993 sull'istituzione di un Centro per le pari opportunità e per la lotta contro il razzismo (*Moniteur belge* del 17 marzo 2003, p. 12844), nel testo di cui alla legge 20 luglio 2006 recante disposizioni varie (*Moniteur belge* del 28 luglio 2006, p. 36940; in prosieguo: la

«legge 25 febbraio 2003»), è diretta a trasporre nell'ordinamento belga la Direttiva n. 2000/43.

12 - L'art. 2 della legge 25 febbraio 2003 vieta ogni discriminazione diretta o indiretta riguardo alle condizioni di accesso alle attività di lavoro dipendente. L'art. 19 di tale legge è volto a recepire l'art. 8 della Direttiva n. 2000/43 relativo all'onere della prova.

13 - La legge 25 febbraio 2003 consente inoltre di perseguire le discriminazioni sia penalmente che civilmente. Il giudice, a norma dell'art. 19 di tale legge, può ingiungere la cessazione dell'atto discriminatorio (n. 1) e ordinare la pubblicazione della propria decisione (n. 2) ovvero, a norma dell'art. 20 della detta legge, infliggere una sanzione pecuniaria.

14 - Il legislatore belga ha attribuito al Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding la legittimazione ad agire allorché sussiste o potrà sussistere una discriminazione, senza che a tale riguardo sia necessaria una previa denuncia.

Causa principale e questioni pregiudiziali

15 - Il Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, organismo belga deputato, in applicazione dell'art. 13 della Direttiva n. 2000/43, a promuovere la parità di trattamento, chiedeva ai giudici belgi del lavoro di dichiarare che la Feryn, impresa specializzata nella vendita e nell'installazione di porte basculanti e sezionali, applicava una politica di assunzione discriminatoria.

16 - Il Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding si basa sulle dichiarazioni pubbliche rese dal direttore di tale impresa secondo cui, sostanzialmente, la sua impresa desiderava reclutare operai installatori, ma non poteva assumere «alloctoni» a motivo delle reticenze della clientela a farli accedere alla propria abitazione privata durante i lavori.

17 - Con ordinanza 26 giugno 2006, il voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel (presidente del Tribunale del lavoro di Bruxelles) respingeva l'istanza del Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, rilevando in particolare che non era provato e nemmeno poteva presumersi che qualcuno si fosse presentato come candidato per un posto di lavoro e non fosse stato assunto a causa della sua origine etnica.

18 - In tale contesto, l'Arbeidshof te Brussel (Corte d'Appello del lavoro di Bruxelles), al quale il Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding si è rivolto in seconda istanza, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

(Omissis)

Sulle questioni pregiudiziali

(Omissis)

20 - In sostanza, il giudice del rinvio chiede alla Corte l'interpretazione delle disposizioni della Direttiva n. 2000/43 al fine di valutare la portata della nozione di discriminazione diretta riguardo a dichiarazioni pubbliche rese da un datore di lavoro nell'ambito di una procedura di assunzione (prima e seconda questione), le condizioni alle quali può essere applicata la regola dell'inversione dell'onere della prova sancita dalla stessa direttiva (questioni terza, quarta e quinta) e la natura delle sanzioni che potrebbero ritenersi appropriate in una fattispecie come quella della causa principale (sesta questione).

Sulla prima e seconda questione

21 - Quanto alla prima e alla seconda questione, l'Irlanda e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord sostengono che non potrebbe sussistere una discriminazione diretta ai sensi della Direttiva n. 2000/43, e quindi quest'ultima non sarebbe applicabile, allorché l'asserita discriminazione dipende da dichiarazioni pubbliche rese da un datore di lavoro in merito alla sua politica di assunzione, ma in mancanza di un denunciante identificabile che affermi di essere stato vittima di tale discriminazione.

22 - È vero, come sostengono i due Stati membri citati, che l'art. 2, n. 2, della Direttiva n. 2000/43 definisce la discriminazione diretta come quella situazione in cui, a causa della sua razza od origine etnica, una persona «è trattata» meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. Del pari, l'art. 7 della detta direttiva impone agli Stati membri di garantire procedure giurisdizionali accessibili a «tutte le persone che si ritengono lese, in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento» e agli organismi d'interesse pubblico che agiscono in giudizio «per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa».

23 - Tuttavia, da ciò non può dedursi che l'assenza di un denunciante identificabile permetta di concludere per l'assenza di qualsivoglia discriminazione diretta ai sensi della Direttiva n. 2000/43. Come rammenta il suo ottavo «Considerando», infatti, quest'ultima mira a «promuovere le condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro». A tal fine, l'art. 3, n. 1, lett. a, della detta direttiva precisa che quest'ultima riguarda in particolare i criteri di selezione e le condizioni di assunzione.

24 - L'obiettivo di promuovere le condizioni per una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro sarebbe difficilmente raggiungibile se la sfera di applicazione della Direttiva n. 2000/43 fosse circoscritta alle sole ipotesi in cui un candidato scartato per un posto di lavoro e che si reputi vittima di una discriminazione diretta abbia avviato una procedura giudiziaria nei confronti del datore di lavoro.

25 - Infatti, la circostanza che un datore di lavoro dichiari pubblicamente che non assumerà lavoratori dipendenti aventi una certa origine etnica o

razziale, circostanza che in modo evidente è idonea a dissuadere fortemente determinati candidati dal proporre le loro candidature e, quindi, a ostacolare il loro accesso al mercato del lavoro, configura una discriminazione diretta nell'assunzione ai sensi della Direttiva n. 2000/43. L'esistenza di siffatta discriminazione diretta non presuppone un denunciante identificabile che asserisca di essere stato vittima di tale discriminazione.

26 - La questione relativa alla nozione di discriminazione diretta ai sensi della Direttiva n. 2000/43 deve essere distinta da quella relativa ai rimedi giurisdizionali previsti dall'art. 7 di quest'ultima per far accertare e sanzionare la mancata applicazione del principio della parità di trattamento. Tali rimedi devono, infatti, in conformità delle disposizioni del detto articolo, essere accessibili alle persone che si ritengono lese da una discriminazione. Tuttavia, come specificato dall'art. 6 della Direttiva n. 2000/43, le prescrizioni di cui all'art. 7 di tale direttiva costituiscono soltanto prescrizioni minime e la detta direttiva non preclude agli Stati membri di introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli.

27 - L'art. 7 della Direttiva n. 2000/43, pertanto, non si oppone in alcun modo a che gli Stati membri, nella loro normativa nazionale, riconoscano alle associazioni che abbiano un legittimo interesse a far garantire il rispetto della detta direttiva, ovvero all'organismo o agli organismi designati in conformità dell'art. 13 di quest'ultima, il diritto di avviare procedure giurisdizionali o amministrative intese a far rispettare gli obblighi derivanti da tale direttiva senza agire in nome di un denunciante determinato ovvero in mancanza di un denunciante identificabile. Compete però solo al giudice nazionale valutare se la normativa interna contempra siffatta possibilità.

28 - Considerato quanto precede, si devono risolvere la prima e la seconda questione affermando che il fatto che un datore di lavoro dichiari pubblicamente che non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale configura una discriminazione diretta nell'assunzione ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a, della Direttiva n. 2000/43, in quanto siffatte dichiarazioni sono idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolare l'accesso al mercato del lavoro.

Sulle questioni terza, quarta e quinta

29 - Le questioni terza, quarta e quinta riguardano il problema di come applicare la regola dell'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 8, n. 1, della Direttiva n. 2000/43 a una situazione in cui viene asserita l'esistenza di una politica di assunzione discriminatoria sulla base di affermazioni che un datore di lavoro ha pubblicamente reso con riferimento alla sua politica di assunzione.

30 - A tale proposito, l'art. 8 della Direttiva n. 2000/43 precisa che incombe alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento allorché elementi di fatto permettono di presumere l'esistenza di una discriminazione diretta o indiretta. L'obbligo di fornire la prova contraria, che incombe in tal modo al presunto autore di una discriminazione, è subordinato unicamente alla constatazione di una presunzione di discriminazione, dal momento che quest'ultima si fonda su elementi di fatto accertati.

31 - Le dichiarazioni con cui un datore di lavoro rende pubblicamente noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una certa origine etnica o razziale possono configurare tali elementi di fatto idonei a far presumere una politica di assunzione discriminatoria.

32 - Di conseguenza incombe a tale datore di lavoro fornire la prova di non aver violato il principio della parità di trattamento, in particolare dimostrando che la prassi effettiva di assunzione dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni.

33 - Al giudice del rinvio compete, da un lato, verificare che i fatti che si addebitano al detto datore di lavoro siano accertati e, dall'altro, valutare se siano sufficienti gli elementi che questi adduce a sostegno delle proprie affermazioni di non aver violato il principio della parità di trattamento.

34 - Di conseguenza, le questioni terza, quarta e quinta vanno risolte affermando che dichiarazioni pubbliche con le quali un datore di lavoro rende noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale sono sufficienti a far presumere l'esistenza di una politica di assunzione direttamente discriminatoria ai sensi dell'art. 8, n. 1, della Direttiva n. 2000/43. Incombe quindi al detto datore di lavoro l'onere di provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento. Lo potrà fare dimostrando che la prassi effettiva di assunzione da parte dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni. Al giudice del rinvio compete verificare che i fatti addebitati siano accertati, nonché valutare se siano sufficienti gli elementi addotti a sostegno delle affermazioni del detto datore di lavoro secondo le quali egli non ha violato il principio della parità di trattamento.

Sulla sesta questione

35 - Con la sesta questione viene chiesto, sostanzialmente, quali sanzioni possano ritenersi adeguate a una discriminazione nell'assunzione accertata sulla base di dichiarazioni pubbliche del datore di lavoro.

36 - L'art. 15 della Direttiva n. 2000/43 assegna agli Stati membri il compito di determinare le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione di tale direttiva. Il detto articolo precisa che tali san-

zioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive e stabilisce che esse possono prevedere un risarcimento dei danni in favore della vittima.

37 - L'art. 15 della Direttiva n. 2000/43 impone quindi agli Stati membri l'obbligo di prendere nel loro ordinamento giuridico provvedimenti adeguati, idonei a raggiungere lo scopo della detta direttiva, e di garantire che tali provvedimenti possano effettivamente essere invocati dinanzi ai giudici nazionali in modo che la tutela giurisdizionale sia effettiva ed efficace. La Direttiva n. 2000/43 non impone però sanzioni specifiche, ma lascia agli Stati membri la facoltà di scegliere fra le varie soluzioni atte a conseguire lo scopo da essa prefissato.

38 - In una fattispecie come quella sottoposta alla Corte dal giudice del rinvio, in cui non vi sono vittime dirette di una discriminazione, ma un organismo abilitato dalla legge chiede che venga accertata e sanzionata una discriminazione, le sanzioni che l'art. 15 della Direttiva n. 2000/43 impone di contemplare nel diritto nazionale devono essere quindi effettive, proporzionate e dissuasive.

39 - Se del caso, e qualora ciò dovesse apparire adeguato alla situazione in esame nella causa principale, esse possono consistere nella constatazione della discriminazione da parte del Tribunale o dell'autorità amministrativa competente, cui si aggiunga un adeguato rilievo pubblicitario, i cui costi siano quindi a carico della parte convenuta. Esse possono parimenti consistere nell'ingiunzione rivolta al datore di lavoro, secondo le norme del diritto nazionale, di porre fine alla pratica discriminatoria accertata, cui si aggiunga, se del caso, una sanzione pecuniaria. Esse possono inoltre consistere nella concessione di un risarcimento dei danni in favore dell'organismo che ha avviato la procedura giurisdizionale.

40 - Di conseguenza, occorre risolvere la sesta questione dichiarando che l'art. 15 della Direttiva n. 2000/43 prescrive che, quantunque non vi siano vittime identificabili, le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione di tale direttiva siano effettive, proporzionate e dissuasive.

(Omissis)

IL CASO II

LA GIURISPRUDENZA ITALIANA
SULLE DISCRIMINAZIONI DI GENERE

IL CASO II

Serena Zitti (*)

DONNE, ACCESSO AL LAVORO E PROGRESSIONI DI CARRIERA (**)

SOMMARIO: 1. Profili problematici. — 2. Il caso *Only Staff*. — 3. Astensioni per maternità, congedi parentali e discriminazioni. — 4. Questioni processuali.

1. — *Profili problematici* — Nell'ordinamento italiano la tutela riconosciuta alle donne lavoratrici contro le discriminazioni praticate in ragione del sesso registra origini lontane che addirittura precedono gli interventi di armonizzazione di matrice comunitaria (Sulle fonti soprannazionali vedi M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, 2002). L'evoluzione della normativa in materia, che trova il suo caposaldo nella legge n. 903/1977, non ha mancato di cogliere gli aspetti poliedrici della lotta alla discriminazione di genere. Passando per la legge n. 125/91 e per la legge n. 53/2000 il legislatore italiano è, infatti, di recente approdato al Codice delle pari opportunità uomo-donna, d.lgs. n. 198/2006 [Per una visione d'insieme di suddetta evoluzione, ma senza pretese esaustive, si vedano M. V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità – La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna, 1979; M. V. Ballestrero, *Il lavoro femminile fra protezione e parità*, in *Città e Regione*, 1982, fasc. 5, p. 89; Idem, *Parità e tutela del lavoro femminile*, in *Arch. civ.*, 1982, 3; Idem, *I giudici e la parità – Osservazioni sull'applicazione giudiziaria della l. n. 903/1977*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 463; Idem, *Lavoro femminile e principi di parità*, in *Democr. e dir.*, 1984, fasc. 5, p. 13; T. Treu, *Chi e come scegliere: i limiti alla discrezionalità del datore di lavoro*, in *Corr. giur.*, 1985, p. 195; M. V. Ballestrero, *Il lavoro e i lavori delle donne (ovvero doppia presenza e azioni positive)*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 233; Idem, *Le azioni positive in Italia e le ragioni di una legge probabile*, in *Lav. dir.*, 1988, p. 467; T. Treu, *Atti e trattamenti discriminatori*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. III; M. Barbera, *L'evoluzione storica e normativa del problema della parità retributi-*

(*) Dottoranda di ricerca in Diritto europeo e comparato dell'impresa e del mercato presso l'Università degli Studi di Pescara.

(**) Le sentenze qui commentate sono di seguito pubblicate.

va tra uomo e donna, in *Lav. dir.*, 1989, p. 593; M. V. Ballestrero, voce *Donne (lavoro delle)*, in *Digesto comm.*, Utet, Torino, 1990, vol. V, p. 150; Idem, *Le azioni positive tra parità e differenza*, in *Assistenza soc.*, 1990, suppl. al n. 5, p. 32; F. Di Cerbo, *Discriminazioni indirette nei confronti delle donne nel campo del lavoro e prospettive per una pari opportunità lavorativa per uomini e donne*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1990, p. 1165; L. Guaglianone, *Donne, lavoro, discriminazioni per sesso – Note a margine di un seminario*, in *Lav. dir.*, 1990, p. 649; M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991; Idem, *Una legge per le azioni positive*, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 1237; T. Treu, *La legge sulle azioni positive: prime riflessioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, p. 108; M. V. Ballestrero, *La nozione di discriminazione nella l. n. 125/91*, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 1992, p. 773; P. Ghinoy, *La disciplina sulle pari opportunità e il sistema sanzionatorio, in relazione all'intervento normativo realizzato con la L. 125/91 e all'evoluzione successiva*, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 1993, p. 714; A. Minervini, *Dalla parità di trattamento alle azioni positive per le pari opportunità nelle prime esperienze*, in *Dir. lav.*, 1993, I, p. 331; E. Ghera, *Azioni positive e pari opportunità*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, 1; M. V. Ballestrero, *Azioni positive. Punto e a capo*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 117; Idem, *Il diritto del lavoro e la differenza di genere*, in *q. Riv.*, 1998, I, p. 287; M. Barbera, *La sfida dell'eguaglianza*, in *q. Riv.*, 2000, I, p. 245; C. Colapietro, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità e dell'infanzia: l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 2000, I, p. 1317; R. Del Punta, *La nuova disciplina dei congedi parentali familiari e formativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 149; F. Sacco, *Legge n. 53/2000 «Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità»*, in *Riv. personale ente locale*, 2000, I, p. 373; vedi in *Lav. dir.*, 2001, 1, sul tema *Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili*, l'Introduzione di L. Calafà e D. Gottardi e i contributi di L. Calafà, *Prestazione di lavoro tra assenze ed (dis)equilibri familiari*, p. 143, e S. Scarponi, *Il lavoro delle donne fra produzione e riproduzione: profili costituzionali e «citizenship»*, p. 97; vedi R. Del Punta, D. Gottardi (a cura di), *I Nuovi congedi*, 2001, Milano, *ivi*, L. Calafà, *La conciliazione tra incentivi e azioni positive, commento all'art. 9, L. 53 del 2000*, p. 187; F. Guarriello, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, n. 99-100, p. 341, e, *ivi*, L. Calafà, *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori-lavoratori*, p. 499; L. Calafà, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, 2004; Idem, *Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell'uguaglianza*, in *Lav. dir.*, 2, 2005, p. 88. Sulle ultime frontiere della conciliazione vedi L. Calafà (a cura di), *Paternità e lavoro*, il Mulino, 2007; infine, M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007].

Data la maturità del frutto legislativo, sul piano teorico, in prima approssimazione, sembrerebbe oramai potersi dare per assunto che la problematica riguardante la tutela delle lavoratrici appaia traslata dal momento dell'accesso al mercato a quello della permanenza nello stesso, con particolare riguardo ai momenti più critici in cui la donna, per ragioni biologiche e culturali, è assorbita dall'espletamento delle funzioni familiari e rischia di vedersi inibita la possibilità di crescita professionale. La tutela antidiscriminatoria ha registrato, infatti, un passaggio dalla dimensione statica della parità di trattamento uomo-donna a quella dinamica delle pari opportunità (tra l'altro, aprendosi a sempre nuovi fattori di discriminazione). Sul piano fattuale, però, le discriminazioni subite direttamente o indirettamente dalle donne sulla base del sesso sono ben lungi dal riguardare solamente le progressioni di carriera.

A oggi, infatti, un fronte datoriale più illuminato concepisce politiche in cui l'organizzazione aziendale può forgiarsi nel senso del rispetto e della valorizzazione delle esigenze di tutela della famiglia, e quindi delle stesse lavoratrici, e le cd. azioni positive registrano perciò soluzioni vincenti. Emergono, tuttavia, dati altrettanto significativi di segno opposto. Sembra quindi opportuno mettere in luce due profili problematici: 1) la discriminazione uomo-donna nella fase di accesso al lavoro permane ed è anzi amplificata dal ruolo dei nuovi soggetti operanti nell'intermediazione. In questo senso, eloquenti sono i dati che si traggono dalla lettura della sentenza n. 2926 del 10 dicembre 2007 emessa dalla prima Sezione penale del Tribunale di Firenze, riguardante discriminazioni indirette basate sul sesso in sede di preselezione; 2) le discriminazioni in caso di gravidanza si atteggiano in forme nuove che tendono a trarre alimento dalla stessa tutela della maternità secondo una logica datoriale che stravolge la *ratio* degli istituti spingendosi verso false interpretazioni dei contratti collettivi o della legge; specificazioni giurisprudenziali si sono rese necessarie con riferimento a fattispecie in cui, a tutela della maternità, opera l'istituto dell'astensione obbligatoria e/o facoltativa. Spunti per queste considerazioni si traggono dai casi Tribunale di Prato n. 263, depositata il 21 novembre 2007, Corte d'Appello di Torino n. 564, depositata il 14 maggio 2008, e Tribunale di Treviso n. 339, depositata il 22 settembre 2006, tutti riguardanti mancate progressioni di carriera.

Prima di affrontare taluni aspetti di detti casi, va premesso che tutte le sentenze in rassegna rilevano, inoltre, perché consentono di arricchire di alcune sfumature il quadro di tutela processuale duale operante in materia di pari opportunità e perché manifestano una sempre più attenta sensibilità dei giudici verso le questioni del diritto antidiscriminatorio.

2. — *Il caso Only Staff* — Il caso inerente la sentenza n. 2926 del Tribunale di Firenze del 10 dicembre 2007 riguarda l'imputazione e condanna dei soci di una Sas che nello svolgere (peraltro abusivamente) un'attività di ricerca di personale per conto di terzi datori di lavoro, e segnatamente nella preselezione di un programmatore, hanno operato un trattamento discriminatorio per ragioni di sesso senza che ciò fosse giustificato dalla natura dell'attività lavorativa che gli stessi candidati avrebbero dovuto svolgere.

Nel procedimento penale la candidata discriminata F. S. si è costituita parte civile. Medesimo ruolo ha avuto la consigliera di parità della Regione Toscana.

Come risulta dagli atti del processo, la pratica di dar luogo a «selezioni di genere» era cosa diffusa per la società, che presumibilmente procedeva in simile modo ai fini del soddisfacimento delle aspettative dei clienti.

La pronuncia è occasione per riflettere su quanto oggi risultino potenziate le possibilità di discriminazione nella fase pre-selettiva, alla luce dell'ormai abbandonato sistema di monopolio pubblico del collocamento.

Il tentativo di vincere i limiti di efficienza delle vecchie articolazioni statali attraverso un piano di riforma del mercato del lavoro in cui vecchi e nuovi operatori dell'intermediazione agiscono in sinergia apre, infatti, la strada a questioni del tutto originali.

Dalla sentenza affiora in modo allarmante la forte capacità dei datori di lavoro di influenzare la scelta e l'operato delle agenzie per il lavoro. Nella prassi (Vedi le imputazioni di cui al capo C), queste ricevono «input precisi» a cui sottostanno per l'evidente rischio di perdere i propri clienti e con essi i relativi guadagni. Si intuisce, dunque, l'importanza della norma di cui all'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, che pone il divieto alle agenzie per il lavoro e agli altri soggetti pubblici o privati autorizzati o accreditati, di effettuare indagini, trattamento di dati ovvero preselezione di lavoratori, in base a convinzioni personali, alla affiliazione sindacale o politica, al credo religioso, al sesso, all'orientamento sessuale, allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, all'età, all'handicap, alla razza ecc., salvo che ricorra il requisito dell'essenzialità ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa. Divieto che, pur costituendo una specificazione del più generale contenuto dell'art. 1, legge n. 903/1977, ora previsto dall'art. 27, d.lgs. n. 198/2006, è supportato da un più intenso regime sanzionatorio (Vedi art. 18, d.lgs. n. 276/2003, che rinvia all'art. 38, legge n. 300/1970, per la determinazione della pena; cfr. con art. 16, legge n. 903/1977, ora art. 41, d.lgs. n. 198/2006).

Dalle premesse in diritto fatte dal giudice emerge con chiarezza che i meccanismi di preselezione basata sul sesso costituiscono una discriminazione indiretta (Vedi art. 1, comma 2, n. 2); tuttavia, dato il rapporto di specialità esistente tra le norme della legge n. 903/1977 e quelle del d.lgs. n.

276/2003, la violazione del divieto operata da soggetti che svolgono le attività di cui all'art. 4, d.lgs. n. 276/2003, integra gli estremi di un reato proprio di cui può essere chiamato a rispondere solo il titolare dell'agenzia per il lavoro.

Affinché un datore di lavoro richiedente la selezione possa essere chiamato a rispondere del reato di cui al predetto art. 10, quale terzo concorrente nel reato proprio del titolare dell'agenzia, occorre invece provare la «condotta qualificabile come consapevole contributo alla violazione» della norma introdotta nel 2003.

In forza della norma generale di cui agli artt. 1 e 16 della legge n. 903/1977, qualora non intervenisse la prescrizione del reato, contrariamente a quanto accaduto nel caso in esame, resterebbe invece responsabile della condotta discriminatoria connessa alle richieste avanzate prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003.

Analoghe conclusioni valgono anche per i dipendenti o i collaboratori dell'agenzia che: a) concorrono nel reato proprio del titolare ove vi è prova certa che dopo il 24 ottobre 2003 abbiano dato un consapevole contributo a singole pratiche di selezione di personale con effetti discriminatori; b) restano comunque destinatari del divieto generale di cui all'art. 1 e soggetti alle relative sanzioni per le condotte precedenti all'entrata in vigore della riforma del mercato del lavoro.

Il caso in oggetto ricapitola nella sola condanna *ex art. 10*, d.lgs. n. 276/2003, delle due titolari di agenzia, per assenza di prove a carico degli altri imputati: il datore di lavoro che ha richiesto la selezione e una collaboratrice di agenzia. Verso le medesime titolari e la collaboratrice di agenzia, chiamate a rispondere in concorso tra loro del reato di cui agli artt. 1 e 16, legge n. 903/1977, nell'ambito di un'attività di selezione di personale per incarico di terzi, per aver ripetutamente discriminato i lavoratori da assumere in ragione del loro sesso, in assenza di situazioni legittimanti la deroga, è stato invece dichiarato il non luogo a procedere, vista l'estinzione dei reati per prescrizione (Vedi art. 10, comma 2, legge 5 dicembre 2005, n. 251, e art. 2 cod. pen.).

Ponendo a margine gli aspetti attinenti l'estinzione del reato di cui al capo C va rilevato che, a favore della donna esclusa dalla selezione e costituitasi parte civile, il Tribunale ha riconosciuto che il rifiuto dell'esame della candidatura per un lavoro, che astrattamente può corrispondere alla preparazione professionale, fondato sul mero fatto di appartenere al genere femminile, dà luogo a una sofferenza psichica qualificabile come danno morale risarcibile.

Inoltre, secondo il medesimo giudice, un fatto discriminatorio integrante gli estremi del reato di cui al già richiamato art. 10 frustra lo scopo istituzionale perseguito dalla consigliera di pari opportunità e si risolve in un dan-

no morale. Siffatte considerazioni hanno quindi suffragato la condanna delle imputate titolari di agenzia al pagamento a favore delle parti civili delle spese di costituzione e difesa.

3. — *Astensioni per maternità, congedi parentali e discriminazioni* — Gli interventi legislativi di tutela differenziata a favore delle donne, il riconoscimento del diritto alla maternità e la tutela a essa connessa, la maturazione delle idee e delle politiche che hanno condotto al passaggio dal concetto di astensione facoltativa per maternità a quello di congedo parentale, non sembrano sufficienti a vincere i meccanismi di mercato generanti la disparità di trattamento e di opportunità uomo-donna connessa alle differenze biologica di genere.

Con una certa frequenza si registrano casi in cui la donna è vittima di discriminazioni nell'avanzamento di carriera che scaturiscono in occasione del godimento del diritto di astensione. Vale a dire che, nella realtà effettuale, per un perverso circolo vizioso, il fatto di godere di una certa tutela, finalizzata alla garanzia delle pari opportunità, pregiudica le progressioni di carriera perché l'astensione obbligatoria per maternità impedisce la partecipazione della donna a percorsi formativi (Vedi Trib. Treviso, cit.), oppure la valutazione della stessa funzionale alla progressione (Vedi Corte d'App. Torino, cit.), o ancora perché il periodo di astensione facoltativa (oggi congedo parentale) è ritenuto escluso dal computo dell'anzianità di servizio (Vedi Trib. Prato, cit.).

Ciò accade indistintamente quando il datore di lavoro è pubblico (Vedi Corte d'App. Torino, cit., e Trib. Treviso, cit.) o privato (Vedi Trib. Prato, cit.), e in qualche caso si accompagna a pronuncia giudiziale che, pur ravvisando una violazione contrattuale, esclude l'esistenza di un comportamento discriminatorio, nonostante l'intervento adesivo della consigliera provinciale di parità (Così accade nel caso deciso dal Trib. Pinerolo 30 maggio 2007, n. 394, ma ribaltato dalla Corte d'App. Torino, cit.).

Questo *status quo* è tuttavia fortunatamente corretto in sede giudiziale. È stato, infatti, anzitutto chiarito che l'omessa valutazione dell'attività della lavoratrice in aspettativa per gravidanza e maternità obbligatoria costituisce comportamento discriminatorio nei confronti della lavoratrice madre (Vedi art. 42, d.lgs. n. 198/2006), oltre che violazione della norma legale e contrattuale che prevede che i periodi relativi all'aspettativa suddetta siano considerati a tutti gli effetti quale servizio effettivamente prestato (Vedi Corte d'App. Torino, cit.). Il datore di lavoro deve procedere a una corretta valutazione anche quando ciò risulti difficile; in tal senso, il diritto alla valutazione, essenziale ai fini della progressione di carriera, sussiste «nonostante la lunga assenza per maternità» e non è ammissibile la scelta discrezionale dell'amministrazione pubblica di fissare un limite temporale minimo di presenza sul

posto di lavoro. Non mancano d'altronde esempi di regole di matrice sindacale che, in caso di assenza dal servizio per gravidanza e puerperio, ovviano alla difficoltà di valutare e attribuire note di qualifica ai fini della progressione automatica di carriera rinviando all'ultima qualifica conseguita dalla lavoratrice (Vedi art. 98, comma 2, Ccnl Acri del 19 dicembre 1994; sul punto vedi Trib. Prato, cit.).

Nel caso inerente il ricorso di alcune lavoratrici subordinate della Cariprato Spa per mancato riconoscimento dei periodi di astensione facoltativa nel computo dell'anzianità di servizio, utile ai fini degli istituti contrattuali della progressione automatica di carriera e dei relativi automatismi economici, fondato su un orientamento dell'Abi interpretativo della legge n. 1204/1971 e di una clausola contrattuale del 1991, il giudice adito in prima istanza ha stabilito che la prassi ermeneutica della banca configura discriminazione indiretta ai sensi dell'art. 4, legge n. 125/1991, giacché, sotto la vigenza della legge n. 1204/1971, le donne risultano uniche titolari del diritto di astensione facoltativa per maternità e, anche dopo la legge n. 53/2000 e il d.lgs. n. 151/2001, come si desume dai rapporti informativi redatti ai sensi dell'art. 9, legge n. 125/1991, esse restano i soggetti che maggiormente fanno ricorso al congedo parentale, risultando perciò svantaggiate rispetto ai lavoratori di sesso maschile.

Ai fini delle progressioni di carriera, non vi è quindi ragione di distinguere la fattispecie dell'astensione obbligatoria per maternità da quella facoltativa (Circa la nozione unitaria di «anzianità di servizio», di cui agli artt. 6 e 7, legge n. 1204/1971, vedi Cass. 3 aprile 1993, n. 4022, su cui vedi G. L. Pinto, *Sulla computabilità del periodo di astensione facoltativa ex art. 7 legge n. 1204/1971 nell'anzianità di servizio ai fini della progressione di carriera*, in *Riv. it. dir. lav.* 1994, II, p. 384, e Petracci, in *q. Riv.*, 1994, II, p. 496; Cass. 9 giugno 2000, n. 7929, con nota di C. Ogriseg, *Assenza facoltativa per maternità e anzianità di servizio utile nella progressione automatica di carriera*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 1047, pure richiamate in Trib. Prato, cit.); in ordine a simili distinzioni decade ogni contraria eccezione volta a rivendicare esigenze di parità di trattamento tra lavoratrici fruitrici del congedo e lavoratrici che non ne hanno fruito.

Una norma contrattuale o interpretazioni della stessa che equiparino l'astensione facoltativa per maternità a una «assenza volontaria» sarebbero illegittime per violazione dell'art. 15, legge n. 300/1970, oltre che dell'ex art. 4, legge n. 125/1991, integrando gli estremi del patto, atto, comportamento o criterio discriminatorio che svantaggia in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori di sesso femminile.

Peraltro, la stessa Corte Cost. 7 luglio 1980, n. 106 (Vedi *Giur. cost.*, 1980, I, p. 989; *Cons. Stato*, 1980, II, p. 819; *Dir. lav.*, 1981, II, p. 203), in-

tervenuta sul punto, ha escluso che il diritto di astensione dal lavoro connesso alla speciale situazione della madre e dell'infante nei primi mesi di vita sia da ritenersi sullo stesso piano delle altre assenze di carattere volontario consentite dalla contrattazione collettiva. Ciò anche in considerazione della funzione sociale cui l'istituto risponde.

La computabilità del periodo di astensione facoltativa ai fini del calcolo dell'anzianità di servizio appare, inoltre, intangibile anche alla luce dei successivi interventi normativi (Vedi art. 7, legge n. 53/2000, e art. 34, comma 5, d.lgs. n. 151/2001). Sul piano ripristinatorio, una discriminazione indiretta in ragione del sesso, come quella in parola, comporta il diritto alla ricostruzione della carriera con computo dei periodi di astensione facoltativa per maternità nell'anzianità di servizio utile ai fini della progressione automatica. Appendice del predetto diritto è il diritto all'integrazione degli accantonamenti Tfr in misura di 1/13,5 di quanto sarebbe spettato a titolo di differenze retributive qualora l'avanzamento di carriera e il relativo trattamento economico fossero stati riconosciuti considerando nell'anzianità di servizio anche il periodo di astensione facoltativa. Nella causa in esame è stato chiarito che, a differenza del diritto alle differenze retributive legate all'intempestiva attribuzione di una qualifica, il diritto all'adeguamento dell'accantonamento ai fini Tfr non si prescrive in costanza di rapporto. In siffatta circostanza, infatti, sussiste la fattispecie costitutiva del credito che, tuttavia, si perfeziona solo con la cessazione del rapporto di lavoro (Sul punto vedi Cass. 14 dicembre 1998, n. 12548, in *Giust. civ.*, 1998, p. 2580; circa la legittimità dell'azione di accertamento dell'entità della quota accantonata nel corso del rapporto vedi Cass. 5 marzo 1993, n. 2714, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2077; Cass. 24 giugno 1991, n. 7081, con nota di C. Saisi, *Sull'interesse ad agire per l'accertamento del t.f.r. maturato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 444).

Analogamente non è ammessa l'esclusione di una lavoratrice da un corso di formazione costituente fase di una procedura di selezione professionale interna, fondata sul divieto di adibizione al lavoro delle donne nel periodo di astensione obbligatoria per maternità. Nel caso deciso dal Tribunale di Treviso, cit., in particolare, è stato sottolineato che la *ratio* della legge n. 125/1991 e del d.lgs. n. 145/2005, è quella di garantire l'uguaglianza sostanziale, sicché è richiesta «la necessità di trattamenti difformi per rendere uguali situazioni che in partenza sono disuguali».

In considerazione del fatto che il periodo di astensione obbligatoria per maternità configura una peculiare situazione di svantaggio, la *ratio* della norma si traduce nell'obbligo dell'amministrazione di porre in essere azioni positive volte al superamento del pregiudizio sofferto dalla lavoratrice. In questo senso, secondo il Tribunale, il datore di lavoro tempestivamente informato dalla lavoratrice della peculiare situazione avrebbe potuto prevedere u-

na sessione straordinaria del corso di riqualificazione in un'epoca successiva alla scadenza del periodo di astensione, ovvero, secondo quando accaduto in fattispecie analoghe, avrebbe dovuto consentire alla lavoratrice in aspettativa di scegliere se partecipare o meno ai corsi.

Dalla *ratio* richiamata discende il diritto della lavoratrice a una tutela ripristinatoria integrale. Pertanto, il giudice ha emesso una condanna dell'amministrazione ad un *facere* consistente nell'obbligo di far svolgere alla lavoratrice il corso di riqualificazione e di farle sostenere l'esame di idoneità previsto dalla procedura interna. L'esecuzione della suddetta sentenza pone, infatti, la lavoratrice nelle stesse condizioni in cui si sarebbe trovata qualora non fosse stata illegittimamente esclusa dal percorso formativo anzidetto e, in caso di superamento dell'esame, le consente di accedere al superiore inquadramento retributivo con effetto retroattivo alla data di approvazione delle graduatorie di sede che ne hanno formalizzato l'esclusione. Con una «sentenza condizionata» è così riconosciuto il danno patrimoniale da mancata promozione (Circa l'ammissibilità di questo tipo di sentenza vedi Cass. 25 agosto 2003, n. 12444; Cass. 1° ottobre 2004, n. 19657).

Ai fini del riconoscimento del danno esistenziale, va precisato che il principio della parziale inversione dell'onere della prova sancito dall'art. 4 della legge n. 125/1991 non pone a carico del convenuto l'onere della prova della insussistenza dei danni.

Pertanto è richiesta prova puntuale e rigorosa del danno da perdita di *chance* (Cfr. Cass., Ss.Uu., 24 marzo 2006, n. 6572), anche se è stato specificato che il lavoratore ha l'onere quantomeno di allegare gli elementi atti a dimostrare, pur se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo delle probabilità, la possibilità che avrebbe avuto di superare l'esame e di conseguire il superiore inquadramento (Cass. 18 gennaio 2006, n. 852).

4. — *Questioni processuali* — Le pronunce di merito qui richiamate presentano il comune aspetto di essere anche il frutto degli interventi adesivi delle consigliere di parità territorialmente competenti. Tanto testimonia l'operato e l'efficienza di dette figure istituzionali, che oltre a esercitare funzioni promozionali a tutela delle pari opportunità, sono titolari di poteri di legittimazione attiva nei processi volti al rispetto del principio di non discriminazione (Vedi art. 4, legge n. 125/1991, e art. 3, legge n. 196/2000).

A distanza di quasi un ventennio dall'emanazione della legge sulle azioni positive, successivamente modificata dalla legge n. 196/2000, che ha disciplinato l'attività delle consigliere di parità (In argomento vedi F. Guarriello, *Il nuovo ruolo delle consigliere e dei consiglieri di parità disegnato dal decreto legislativo n. 196/2000*, in *Ministero del lavoro – Comitato nazionale di parità «La “nuova” legge 125»*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2001,

pp. 21 ss.; Idem, *L'attività antidiscriminatoria degli organismi nazionali di parità e pari opportunità nel lavoro, ovvero: dieci anni di condizione femminile allo specchio*, in *Ministero del lavoro – Comitato nazionale di parità «La "nuova" legge 125»*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2001, pp. 97 ss.; Idem, *La nuova disciplina relativa alle consigliere e ai consiglieri di parità*, in *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commentario sistematico al d.lgs. n. 196/2000*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3, 2003, p. 641), i giudici avvertono l'esigenza di rilevare la sussistenza della legittimazione in parola (In via preliminare lo fa il Trib. Treviso, cit.). In alcuni casi ciò è risultato necessario e funzionale all'accoglimento della richiesta di riforma della pronuncia di primo grado, sollevata dalla stessa consigliera in via di appello incidentale (Vedi Corte d'App. Torino, cit.: in questa occasione la Corte ha chiarito che l'appello incidentale è proponibile anche in assenza di appello incidentale della lavoratrice interessata dalla discriminazione; in particolare, per effetto dell'art. 43, d.lgs. n. 198/2006, l'intervento adesivo deve considerarsi autonomo e non dipendente, con la conseguenza della possibilità di appello incidentale anche nel merito, onde far accertare l'avvenuta discriminazione. In punto di spese, tra l'altro, è richiamata anche Cass. 20 ottobre 1997, n. 10252). Il richiamo alla funzione istituzionale delle consigliere di parità è operato anche dalla I Sez. pen. del Tribunale fiorentino (cit.), che, oltre a riconoscere il danno morale patito, ricorda come queste operino nelle vesti di pubblico ufficiale. Tuttavia, sotto il profilo del regime di tutela processuale del diritto alle pari opportunità, il caso deciso dal Tribunale di Prato (cit.) appare maggiormente significativo costituendo esemplificazione del sistema a doppio binario sancito dall'art. 4 della legge n. 125/1991. Nella circostanza predetta la consigliera di parità della Regione Toscana ha agito *ad adiuvandum* delle lavoratrici ricorrenti ex art. 4, comma 5, legge n. 125/91, e *iure proprio* ai sensi dell'art. 4, comma 8. Il pieno interesse ad agire della consigliera in entrambe le azioni è stato affermato dal giudice in risposta alla prima delle obiezioni mosse dalla società convenuta, che contestava la sussistenza dell'interesse medesimo fondando sul fatto che la rivendicazione azionata rivestiva rilievo di principio e aveva a oggetto una questione interpretativa riguardo cui erano stati espressi pareri dall'associazione di categoria, con ciò ritenendo escluso l'intento o la finalità discriminatoria. In risposta a tale assunto, il Tribunale ha richiamato il carattere oggettivo insito nella nozione di discriminazione di cui all'art. 4 della legge n. 125/91, escludendo la rilevanza dell'elemento psicologico e, di contro, ribadendo l'importanza degli effetti svantaggiosi che una certa condotta o pattuizione è suscettibile di produrre nei confronti di un soggetto appartenente a un genere specifico. La seconda eccezione sostenuta dalla Cariprato (carenza del requisito di attualità) è stata motivo del distinguo operato dal giudice di prima i-

stanza tra l'azione a difesa dell'interesse collettivo, di cui al già richiamato comma 8, e l'azione in via d'urgenza, sancita dal comma 10 del medesimo art. 4. Solo quest'ultima è assimilabile a quella prevista dall'art. 28 della legge n. 300/1970 in ordine al requisito dell'attualità della condotta denunciata. Riscontrando, peraltro, nel caso di specie, le caratteristiche dell'attualità della condotta discriminatoria, il Tribunale ha, in aggiunta, chiarito che sarebbe comunque errato ritenere che l'evento giustificante l'azione collettiva sia da ricercarsi a ritroso nel tempo, giacché ciò che è accaduto in passato costituisce fondamento delle singole azioni individuali, mentre l'azione collettiva trova la sua legittimazione in atti, patti o comportamenti discriminatori che in via diretta o indiretta sono idonei a svantaggiare, in ragione del sesso, una collettività di persone, anche se non individuabili singolarmente e in modo immediato. Pur se in forma implicita, il giudice ha così posto in luce la funzione dell'azione esercitata ai sensi del citato comma 8 di tutela potenziale dell'interesse collettivo a non essere discriminati. Ciò, naturalmente, non esclude la legittimità all'azione per la difesa dell'interesse collettivo al fine di ottenere la predisposizione di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, ma, anzi, enuclea lo scopo della suddetta azione insistente nel ristabilire le condizioni di uguali opportunità tra uomini e donne nel rapporto di lavoro, a prescindere dalle peculiarità delle posizioni dei singoli soggetti facenti parte della comunità tutelata con l'azione collettiva. In conseguenza di quanto sopra, in sede di richiesta di fissazione dei criteri del piano di rimozione, sono precluse le domande volte alla tutela di singole posizioni (ad esempio, richieste di pagamento delle differenze retributive) riferite ai soggetti appartenenti alla collettività interessata dalla discriminazione.

I

CORTE D'APPELLO TORINO, 14 maggio 2008, Sez. lav. – Pres. Peyron, Est. Trafighet – Comune di Orbassano (avv. Bosco) c. R. D. (avv. Caffaratti) e c. L. C., Consigliera di parità della Provincia di Torino (avv. Caffaratti).

Discriminazioni – Discriminazioni di genere – Inquadramento – Computo del periodo di astensione obbligatoria per maternità ai fini della progressione di carriera – Diritto alla valutazione per il periodo lavorato – Mancata valutazione funzionale alla progressione – Violazione contrattuale – Comportamento discriminatorio.

La mancata valutazione dell'attività della lavoratrice (perché in maternità per un periodo superiore al limite fissato arbitrariamente dall'amministrazione pubblica), valutazione nella specie funzionale al passaggio di carriera, ha determinato la violazione non solo della normativa contrattuale che prevede che i periodi di aspettativa per gravidanza e maternità obbligatoria siano considerati a tutti gli effetti quale servizio effettivamente prestato, ma anche della norma di cui all'art. 42, d.lgs. n. 198/2006, che al comma 2, punto a), prevede la possibilità di azioni positive per le pari opportunità e l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro per eliminare le disparità [...] nella progressione di carriera. Disparità che la mancata valutazione di attività ha creato, costituendo un comportamento ictu oculi discriminatorio nei confronti della lavoratrice madre.

II

TRIBUNALE FIRENZE, 10 dicembre 2007, Sez. I pen. – Giud. Boscherini – imputati C. F. (avv. Del Core), C. A. e R. A. (avv. Bestini), P. A. (avv. De Luca); parti civili S. F. e, in qualità di Consigliera di parità della Regione Toscana, C. M. (avv. Guidotti).

Discriminazioni – Discriminazioni di genere – Attività di selezione del personale – Esercizio abusivo di intermediazione – Sanzioni penali – Risarcibilità del danno.

Il precetto dell'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, non è rivolto a «chiunque», ma a chi gestisce agenzie per il lavoro e quindi dà luogo a una figura di reato proprio, che si aggiunge alla generale previsione degli artt. 1 e 16, legge n. 903/1977. Il reato in parola genera un danno morale al soggetto discriminato, consistente nella sofferenza psichica conseguente al rifiuto dell'esame della candidatura (per un

lavoro che astrattamente poteva corrispondere alla sua preparazione professionale) fondato sul mero fatto di appartenere al genere femminile. Inoltre, in considerazione degli artt. 1 e 2, d.lgs. n. 196/2000 (oggi trasfusi nel d.lgs. n. 198/2006), un simile fatto discriminatorio frustra lo scopo perseguito dalla consigliera di parità e si risolve in un danno morale.

III

TRIBUNALE PRATO, 21 novembre 2007 – Giud. Rizzo – B. M., B. M., N. S. e, nella qualità di Consigliera di parità della Regione Toscana, C. M. (avv.ti Rusconi e Valenti), C. R., G. S., G. E., L. A., L. L. F., M. E., P. C., S. D., M. C. e, in qualità di Consigliera di parità della Regione Toscana, C. M. (avv. Bogni) c. Cariprato Spa (avv.ti Papaleoni e Cappellini).

Discriminazioni – Discriminazioni di genere – Accertamento progressione automatica di carriera – Accertamento riconoscimento periodi di astensione facoltativa ai fini dell'anzianità – Retribuzione – Azione collettiva di discriminazione ex art. 4, legge n. 125/1991.

La condotta assunta dalla società convenuta (mancato riconoscimento dei periodi di astensione facoltativa quali periodi utili al computo dell'anzianità richiesta ai fini della progressione automatica di carriera e dei relativi benefici economici) si risolve in una discriminazione indiretta ai sensi del comma 2 dell'art. 4, legge n. 125/1991. Le ricorrenti, quali fruitrici della tutela loro apprestata dall'art. 7, legge n. 1204/1971, sono state oggetto di una discriminazione in ragione del sesso, con la conseguenza che le loro carriere dovranno essere ricostruite computando nell'anzianità di servizio utile ai fini della progressione automatica (di cui all'art. 10 Ccnl Acri del 19 dicembre 1994, richiamato dall'art. 97, Ccnl Acri dell'11 luglio 1999) anche i periodi di astensione facoltativa per maternità. In particolare, la disciplina di cui all'art. 15, comma 2, legge n. 1204/1971 (criterio di possibile rilevanza frazionale «pro quota»), non può avere alcuna rilevanza al fine della determinazione dell'anzianità di servizio della dipendente, che mai viene calcolata sulla base di quanto questa percepisca ma solo in base al tempo in cui ella è stata alle dipendenze del datore di lavoro.

IV

TRIBUNALE TREVISO, 22 settembre 2006 – Giud. Parise – L. C. e C. V., in qualità di Consigliera di parità della Provincia di Treviso (avv.

Melchiori) c. Ministero delle politiche agricole e forestali (funzionario delegato dell'Ispettorato centrale repressione frodi).

Discriminazioni – Discriminazioni di genere – Inquadramento – Progressione di carriera – Accertamento discriminazione per effetto di esclusione da percorso formativo previsto da procedura di selezione professionale interna.

Con la legge n. 125/1991 sulle pari opportunità e sulle azioni positive, nonché mediante il successivo d.lgs. n. 145/2005 che ha recepito nell'ordinamento nazionale la Direttiva comunitaria n. 2002/73/Ce, l'obiettivo che il legislatore intende perseguire è quello dell'uguaglianza sostanziale, nel senso che si richiede la necessità di trattamenti difformi per rendere uguali situazioni che in partenza sono disuguali. In applicazione di detto principio era obbligo dell'amministrazione resistente di porre in essere azioni positive affinché la lavoratrice non subisse pregiudizio dalla peculiare situazione di svantaggio causata dal periodo di astensione obbligatoria per maternità.

Valentina Beghini (*)

L'AZIONE INDIVIDUALE SOMMARIA
CONTRO LE DISCRIMINAZIONI DI GENERE
IN ALCUNE PRONUNCE DI MERITO (**)

La sentenza in questione si segnala in quanto è la prima, a quanto consta, a pronunciarsi sull'ambito di applicazione della procedura prevista dall'art. 38, d.lgs. n. 198/2006. Come noto, quest'ultima disposizione prevede una forma di tutela giurisdizionale di natura sommaria a disposizione della lavoratrice o del lavoratore in caso di discriminazione di genere. In realtà, la norma non rappresenta una novità nel panorama legislativo italiano, limitandosi a riprendere l'azione già prevista dall'articolo 15, legge n. 903 del 1977 [Vedi C. Rapisarda Sassoon, *Commento all'art. 15*, in T. Treu (a cura di), *Commentario alla l. 9 dicembre 1977, n. 903, Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, pp. 829 ss.], senza peraltro superarne le incongruenze e i limiti che la (pur scarsa) applicazione giurisprudenziale e la (ben più copiosa) dottrina avevano messo in luce [È il giudizio unanime sia dei giuslavoristi che dei processual-civilisti; vedi E. Silvestri, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pp. 853 ss.; R. Maruffi, *Recenti sviluppi della tutela contro le discriminazione di genere*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 1053 ss.; L. Curcio, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007; T. Germano, *Il codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in *Lav. giur.*, 2006, pp. 748 ss.]. Tuttavia, la pronuncia in esame, insieme a un'altra emessa dal Tribunale di Venezia e che verrà indicata nel prosieguo della trattazione, consente di chiarire alcuni caratteri dell'istituto in esame e, in particolare, il problema relativo all'ambito di applicazione e alla natura di tale forma di tutela.

Prendendo le mosse dal primo profilo menzionato, è opportuno preliminarmente ricordare che l'azione speciale a contenuto inibitorio e ripristinatorio, prevista dall'art. 15, legge n. 903/1977, era inizialmente esperibile solo nelle ipotesi di discriminazioni attuate nella fase di accesso al lavoro e nei

(*) Dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei presso l'Università degli Studi di Trento.

(**) La sentenza qui commentata è di seguito pubblicata.

casi di violazione del divieto di adibire donne al lavoro notturno. Qualora la discriminazione fosse avvenuta nello svolgimento del rapporto di lavoro, l'unico strumento processuale utilizzabile era l'azione ordinaria di nullità. Nonostante l'inerzia del legislatore italiano (nemmeno la legge sulle azioni positive, infatti, aveva provveduto a sanare quella disparità di trattamento), la giurisprudenza cercò di colmare tale lacuna attraverso un'interpretazione estensiva della norma di legge (Vedi Pretura Lecce 13 dicembre 1997, in *GM*, 1999, pp. 531 ss., nonché Cassazione 2 marzo 1989, n. 1168, in *Or. giur. lav.*, 1989, pp. 339 ss., che affermarono che l'azione di cui all'art. 15, legge n. 903/1977, era esperibile in ogni ipotesi di discriminazione realizzata nel corso del rapporto; *contra*, Pretura Napoli 3 dicembre 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 1302 ss.; in dottrina, si riteneva corretto proprio quest'ultimo orientamento, atteso il chiaro tenore del testo originario dell'articolo 4, comma 10, legge n. 125/91, che lasciava del tutto immutato l'ambito di applicazione dell'articolo 15; cfr. C. Rapisarda Sassoon, *La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, in *Commentario alla legge 10 aprile 1991, n. 125. Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 82; D. Izzì, *Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 563).

Solo con l'approvazione del d.lgs. n. 196/2000, il legislatore ha esteso in maniera esplicita il procedimento sommario di cui all'articolo 15, legge n. 903/1977, a tutte le ipotesi di discriminazione (Cfr. V. Ferrante, *Mobbing, discriminazioni in ragione di sesso e tutela inibitoria*, in *Lav. giur.*, 2001, p. 978, secondo cui il d.lgs. n. 196/2000 «ha fatto cadere le limitazioni originariamente previste che circoscrivevano l'esperibilità del ricorso al caso di discriminazioni verificatesi nella fase della selezione e assunzione o nelle ipotesi di adibizione delle donne al lavoro notturno, rendendo ora possibile sanzionare tutte quelle pratiche che trovano occasione nella discriminazione su base di sesso»; P. Bellocchi, *Divieti di discriminazioni, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in G. Santoro Passarelli, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2005, p. 485). Proprio quest'ultima disposizione è stata recepita *in toto* nell'attuale articolo 38, ultimo comma, d.lgs. n. 198/2006, il quale, come anticipato, ha voluto riordinare la materia, senza però preoccuparsi di conferire organicità e coerenza al nuovo dettato legislativo. Infatti, mentre il comma 1 dell'articolo 38 continua a indicare come ambito di applicazione privilegiato dell'azione in esame le ipotesi di discriminazione in fase di accesso al lavoro o di lavoro notturno femminile, il successivo comma 6 estende la tutela speciale a «tutti i casi di azione individuale in giudizio promossa dalla persona che vi abbia interesse o su sua delega da un'organizzazione sindacale o dalla consigliera o dal

consigliere [...] di parità». In sostanza, qualunque sia la discriminazione lamentata e senza che rilevi se essa incida sulla fase della costituzione del rapporto di lavoro o si verifichi durante il suo svolgimento, l'azione speciale risulterebbe esperibile in ogni caso, «ferma restando l'azione ordinaria». È proprio questo inciso che, secondo i primi commentatori, creerebbe qualche problema interpretativo (Vedi R. Maruffi, *Recenti sviluppi della tutela...*, cit., pp. 1059-1160). Infatti, la norma si presterebbe a due distinte letture (Cfr. E. Silvestri, *Codice delle pari opportunità...*, cit.). Anzitutto, si può ipotizzare che l'azione ordinaria e l'azione speciale siano concorrenti e che la scelta tra l'una e l'altra spetti a chi ha subito gli effetti della discriminazione (Vedi L. Curcio, *Le azioni in giudizio...*, cit.). Secondo una seconda diversa interpretazione, invece, l'articolo 38, comma 6, dovrebbe essere inteso nel senso che, una volta promossa l'azione di nullità, il ricorrente possa richiedere al giudice una sorta di «mutamento di rito», ossia l'adozione dei provvedimenti che costituiscono lo specifico della tutela speciale. Secondo la dottrina in esame, questa seconda opzione interpretativa sarebbe più aderente al dettato letterale della norma, nella parte in cui prevede che «le disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 [ossia, i commi in cui è contenuta la disciplina dell'azione speciale] si applicano in tutti i casi di azione individuale». Inoltre, essa colmerebbe i limiti intrinseci dell'azione ordinaria, che, come anticipato, è una mera azione di accertamento. Tuttavia, una tale lettura, pur se suggestiva, lascerebbe irrisolti vari problemi, tra cui le modalità attraverso le quali il giudizio ordinario di cognizione dovrebbe adeguarsi all'eventuale esercizio dell'azione speciale nello stesso processo, dal momento che «manca qualunque norma che chiarisca come le due azioni si sovrappongano o si raccordino» (Così E. Silvestri, *Codice delle pari opportunità...*, cit.).

Su questo profilo si è espresso proprio il Tribunale di Venezia nel provvedimento in epigrafe, optando a favore dell'interpretazione più ampia del disposto normativo. Pur se con una motivazione sintetica, il giudice veneto, dopo aver preso atto della formulazione a dir poco incoerente della norma di legge, propende per la lettura più estensiva della stessa attraverso un confronto con l'articolo 4, comma 13, legge n. 125/1991, che l'art. 38 ha inteso sostituire. L'assoluta coincidenza tra i due testi di legge non può che confermare, secondo il Tribunale veneziano, l'intenzione del legislatore di estendere l'ambito di applicazione dell'azione sommaria a tutte le ipotesi di discriminazione di genere. D'altra parte, proprio il Tribunale di Venezia aveva già ammesso la possibilità di estendere la procedura di cui all'articolo 4, comma 13, legge n. 125/1991, a fattispecie diverse da quelle menzionate dall'art. 15, legge n. 903/1977 [Cfr. Tribunale Venezia 5 aprile 2006, n. 333, inedita a quanto costa, ha ritenuto applicabile l'azione sommaria in ipotesi di annullamento di contratto collettivo decentrato (Accordo provinciale), il quale

escludeva dal computo dei periodi di presenza in servizio, ai fini della distribuzione del Fondo di sede nell'ambito del Fondo unico di amministrazione previsto dal Ccnl-comparto Ministeri 2002-2005, i periodi di maternità obbligatoria].

Spetta, dunque, alla lavoratrice o al lavoratore che si ritiene discriminato scegliere ora quale azione esperire in caso di lamentata discriminazione lungo tutto il rapporto di lavoro, anche se sembra alquanto difficile immaginare dei casi in cui il ricorrente abbia interesse ad accontentarsi della tutela dichiarativa prevista dall'azione ordinaria, piuttosto di ottenere, con un procedimento sommario e immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo, la rimozione degli effetti pregiudizievoli e, in aggiunta, il risarcimento del danno anche non patrimoniale di cui abbia fornito la prova.

Sembra, dunque, che l'azione sommaria di cui all'art. 38, d.lgs. n. 198/2006, sia destinata a divenire la forma di tutela principale in caso di discriminazione, a scapito non solo della azione ordinaria, ma anche della tutela cautelare. D'altra parte, non solo il mancato espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione non è condizione di procedibilità del ricorso (art. 39, d.lgs. n. 198/2006), ma, così come avviene in caso di art. 28 Stat. lav., nell'articolo 38 l'urgenza del procedimento discende *ope legis* dalla materia trattata e non è oggetto di valutazione da parte del giudice. In quest'ordine di idee, ben si è espresso sempre il Tribunale di Venezia, il quale, pur se nel vigore dell'art. 4, comma 13, legge n. 125/91, aveva specificato che «i presupposti della urgenza sottesi alla finalità antidiscriminatoria della procedura in oggetto vanno ravvisati ogni qualvolta sia attuata una discriminazione il cui protrarsi nel tempo è *in re ipsa* fonte di danno alla persona per ciò meritevole di tutela immediata a prescindere dagli effetti di natura economica della detta discriminazione» (Tribunale Venezia 5 aprile 2006, n. 333). In altre parole, se la ricorrenza di un atto e/o comportamento discriminatorio – da intendersi in senso oggettivo, come si evince dalla lettura del provvedimento in epigrafe – non integra di per sé un danno risarcibile dal momento che il ricorrente è tenuto a fornire la prova del danno (patrimoniale e non patrimoniale) subito, essa è invece elemento *ope legis* sufficiente a determinare l'urgenza dell'intervento giurisdizionale. Quindi, il lavoratore-ricorrente, una volta forniti elementi da cui desumere la sussistenza della discriminazione, non dovrà provare il *periculum in mora* (Ciò non toglie la possibilità di cumulare il procedimento sommario non cautelare in esame con la tutela prevista dall'art. 700 cod. proc. civ.; cfr. Tribunale Roma 30 ottobre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 335).

Tuttavia, anche in questo caso, pare alquanto difficile rinvenire degli spazi in cui il lavoratore abbia interesse a preferire il procedimento cautelare.

Infatti, il provvedimento emesso dal giudice a seguito di un giudizio instaurato ai sensi dell'art. 38, d.lgs. n. 198/2006, è di per sé perfetto a prescindere dal contenuto e la cognizione secondo le regole ordinarie si avrà solo se la parte soccombente nel processo sommario avrà tempestivamente proposto opposizione.

Le pronunce in commento offrono altresì il destro per indugiare su due ulteriori questioni che non sembrano aver trovato adeguata risposta nel nuovo codice delle pari opportunità, e che rivestono invece un'importanza fondamentale per la tutela effettiva in caso di discriminazioni.

Il primo profilo concerne il valore del provvedimento, sia esso di accoglimento o di rigetto, emesso in sede di procedimento sommario, cui non ha fatto seguito la successiva fase di merito. Il problema si è di recente posto all'attenzione degli interpreti a seguito del proliferare di riti speciali nei quali, da un lato, la pronuncia viene emessa a seguito di un accertamento sommario e, dall'altro lato, la fase di merito è eventuale e rimessa all'esclusiva iniziativa della parte soccombente (Sul tema vedi S. Menchini, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 869 ss.). I limiti intrinseci della presente trattazione non consentono di approfondire un argomento di rilevante interesse e dai molteplici risvolti pratici. Ai nostri fini è sufficiente ricordare che, nel caso della tutela antidiscriminatoria, la dottrina ammette che la pronuncia sia idonea ad acquisire efficacia e forza di giudicato [P. Bellocchi, *Divieti di discriminazioni*, cit., p. 486; D. Borghesi, *La condanna ed i mezzi di esecuzione indiretta*, in D. Borghesi (a cura di), *Il processo del lavoro*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2005, p. 492, e ivi ulteriori citazioni], argomentando sulla base della giurisprudenza formatasi in materia di articolo 28 Stat. lav. (Cfr. Cassazione 5 maggio 1984, n. 2744; Pretura Roma 28 giugno 1993, in *Or. giur. lav.*, 1993, 599; Cassazione 7 settembre 1993, n. 9405; Cassazione 5 maggio 1984, n. 2744; Cassazione 23 novembre 1989, n. 5039, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 144). D'altra parte, se il legislatore avesse voluto escludere un tale effetto, lo avrebbe fatto espressamente, come è avvenuto nel caso dell'azione sommaria prevista dall'art. 19, d.lgs. n. 5 del 2003, nell'ambito del contenzioso societario, dove l'ultimo comma stabilisce espressamente che «all'ordinanza non impugnata non conseguono gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile».

Un secondo profilo che il legislatore del 2006 non sembra aver tenuto in debita considerazione è quello riguardante l'effettiva attuazione del provvedimento di condanna emesso all'esito del procedimento sommario, nella parte in cui vengono ordinate la cessazione della condotta illegittima e l'eliminazione dei suoi effetti. Al riguardo, giova ricordare che, come già previ-

sto per l'art. 15, legge n. 903/1977, tale pronuncia è dotata di efficacia esecutiva immediata che può essere sospesa solo a seguito della sentenza che definisce (l'eventuale) fase di merito.

Al riguardo, non si può non ricordare che la recente Direttiva n. 2006/54/Ce, sull'attuazione dei principi di pari opportunità e di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego, stabilisce che «affinché tutte le persone che si ritengano lese, in seguito alla mancata applicazione dei loro confronti del principio della parità di trattamento, possano accedere, eventualmente dopo essersi rivolte ad altre autorità competenti o dopo aver esperito le eventuali procedure di conciliazione, a procedure giurisdizionali finalizzate all'*esecuzione* degli obblighi derivanti dalla presente Direttiva anche dopo la cessazione del rapporto nell'ambito del quale si sarebbe prodotta la discriminazione» (articolo 17, comma 1, Direttiva n. 2006/54/Ce). Il Diritto comunitario sembra finalmente imporre agli Stati membri la predisposizione di strumenti processuali idonei a garantire, anche sul piano esecutivo, il godimento delle posizioni giuridiche soggettive di origine comunitaria. Di tale profilo, invece, non è vi è traccia nel nuovo codice delle pari opportunità, salvo la sanzione penale rappresentata dall'applicazione *quoad poenam* dell'articolo 650 cod. pen. in caso di inottemperanza all'ordine giudiziale di cui all'art. 38, d.lgs. n. 198/2006. Eppure, una misura coercitiva a contenuto pecuniario è stata invece prevista in funzione di coazione all'adempimento degli obblighi scaturenti dal provvedimento che conclude il giudizio instaurato dalla consigliera di parità per ottenere la cessazione di una discriminazione collettiva (Vedi art. 37, comma 5, d.lgs. n. 198/2006).

Si tratta dell'ennesima disparità di trattamento in cui incorre la legislazione antidiscriminatoria italiana. E poco consola il recente *arrêt* delle Sezioni Unite della Cassazione penale, a mente del quale la fattispecie di reato prevista dall'art. 388, comma 2, cod. pen. è integrata anche in caso di comportamento omissivo dell'obbligato (Cassazione penale, Sezioni Unite, 10 ottobre 2007, n. 36692, dove si afferma che «quando la natura personale delle prestazioni imposte ovvero la natura interdittiva dello stesso provvedimento giudiziale escludano che l'esecuzione possa prescindere dal contributo dell'obbligato [...], l'inadempimento dell'obbligato contraddice di per sé la decisione giudiziale e ne pregiudica l'eseguibilità. [...] E ove si tratti di provvedimento prescrittivo di prestazioni personali o comunque di un comportamento agevolatore dell'obbligato, il rifiuto di adempiere non si esaurisce in una mera inottemperanza all'ordine del giudice, ma tende a impedirne o comunque a ostacolarne l'esecuzione, incidendo così ancora sull'interesse all'effettività della giurisdizione tutelato dalla norma incriminatrice»). Infatti, l'assenza di misure coercitive civili a garanzia dell'attuazione del prov-

vedimento contro le discriminazioni individuali costituisce inevitabilmente un impedimento all'attuazione effettiva e tempestiva del provvedimento giudiziale.

Peraltro, gli effetti negativi di tale lacuna sono amplificati non solo dall'estensione del campo di applicazione dell'azione speciale (Vedi E. Silvestri, *Codice delle pari opportunità...*, cit.), ma soprattutto dalla circostanza che il provvedimento di condanna può oggi contenere anche la condanna al risarcimento dei danni non patrimoniali. Ebbene, dal momento che tale capo di condanna risulterà eseguibile senza particolari difficoltà, sembra che il legislatore si sia arreso sotto il peso del presunto «dogma» dell'incoercibilità degli obblighi di *facere* (L. Nogler, *La «deriva» risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. lav. rel. ind.*, 2006, pp. 63 ss.), garantendo al lavoratore discriminato la possibilità di ottenere – solo (o almeno) – una tutela risarcitoria. Ma tale opzione legislativa rischia effettivamente di avallare «la tanto deprecata “monetizzazione” di un diritto fondamentale, quale è quello alla parità uomo-donna nei rapporti di lavoro» (Cfr. E. Silvestri, *Codice delle pari opportunità...*, cit.).

TRIBUNALE VENEZIA, 2 aprile 2008 – Giud. Calzavara – Consigliera provinciale di parità Provincia di Venezia (avv. Capuozzo) c. Ipsema (avv. Alessandri).

Discriminazioni – Discriminazione di genere – Azione individuale sommaria ex art. 38, d.lgs. n. 198/2006 – Modalità di calcolo indennità di maternità – Retribuzione imponibile.

La speciale azione sommaria prevista dall'art. 38, d.lgs. n. 198/2006, è esperibile in tutti i casi di discriminazione di genere e non solo nelle ipotesi di discriminazione relative all'accesso al lavoro, all'orientamento, formazione, perfezionamento e aggiornamento professionale, all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro o in qualunque organizzazione i cui membri esercitano una particolare professione, e al lavoro notturno.

(*Omissis*)

La ricorrente consigliera provinciale di parità della Provincia di Venezia deduce che l'atto discriminante è relativo alla illegittimità dei criteri di calcolo relativi al trattamento economico di maternità della Sig.ra B. B. riferito alla seconda figlia, atteso che il calcolo dell'indennità di maternità erogato dall'Ipsema risulta del tutto penalizzante e in palese violazione delle disposizioni di cui agli artt. 22 e 23, T.U. n. 151/01. Sostiene ancora la ricorrente consigliera che il ricorso è promosso ai sensi dell'articolo 38, d.lgs. n. 198/06; che con tale disposizione il legislatore ha previsto una norma *ad hoc* per la tutela delle discriminazioni di genere, proprio nell'intento specifico di garantire un genere sottorappresentato; che il presupposto di tale tipologia di azione, a differenza di quella prevista ex articolo 700 cod. proc. civ., è solo quella della presenza della discriminazione; che il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* di cui all'articolo 700 cod. proc. civ. non possono trovare spazio in questa sede di giudizio (*Omissis*).

Deve in primo luogo rilevarsi la correttezza in punto di rito dell'azione svolta. Se è pur vero, infatti, che l'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 198/06, prevede che «qualora vengano posti in essere comportamenti diretti a violare le disposizioni dell'art. 27, commi 1, 2, 3, e 4, e di cui all'art. 5, legge 9 dicembre 1977, n. 903, su ricorso del lavoratore o per sua delega [...] della consigliera o consigliere di parità [...] territorialmente competente, il Tribunale in funzione di giudice del lavoro del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato, [...] se ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, oltre a provvedere se richiesto al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato e immediatamente esecutivo, la cessazione del

comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti...» – ciò che parrebbe limitare il ricorso a detto strumento processuale solo alle specifiche violazioni dell'art. 27, commi 1, 2, 3 e 4, d.lgs. n. 198/06, e dell'art. 5, legge n. 903/1977, pertanto alle ipotesi di discriminazioni relative all'accesso al lavoro, all'orientamento, formazione, perfezionamento e aggiornamento professionale, all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro o in qualunque organizzazione i cui membri esercitino una particolare professione, e al lavoro notturno –, il successivo comma 6 dello stesso articolo dispone che, «ferma restando l'azione ordinaria, le disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 si applicano in tutti i casi di azione individuale in giudizio promossa dalla persona che vi abbia interesse o su delega [...] della consigliera [...] di parità».

Seppur la discutibile tecnica di formulazione della norma potrebbe indurre a una diversa soluzione – non si vede, infatti, perché limitare l'azione, nel comma 1, a determinate fattispecie per poi estenderla, nell'ultimo comma, a tutti «i casi di azione individuale in giudizio» –, tuttavia il confronto con la precedente disposizione di cui all'articolo 4, comma 13, legge n. 125/91 («Ferma restando l'azione ordinaria, le disposizioni dell'articolo 15 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, si applicano in tutti i casi di azione individuale in giudizio promossa dalla persona che vi abbia interesse o su sua delega da un'organizzazione sindacale o dalla consigliera o dal consigliere provinciale o regionale di parità»), induce a concludere per l'utilizzazione dello strumento processuale di cui all'articolo 38, d.lgs. n. 198/06, in ogni ipotesi di discriminazione di genere.

Ciò posto, e passando all'esame del merito, può ritenersi pacifico, in quanto non contestato dall'Ipsema e risultante dai documenti di causa, che la Signora B. B. lavora alle dipendenze della MyAir.com dal 18 dicembre 2006 in veste di assistente di volo responsabile inquadrata nel II livello Avr Ccnl. La lavoratrice aveva sempre svolto, in via stabile e continuativa, mansioni di assistente di volo addetta a scali esteri prevalentemente europei. La B. dal 22 febbraio al 22 agosto 2007 era stata autorizzata all'astensione anticipata dal lavoro in ragione delle mansioni svolte, dal 23 agosto al 21 settembre 2007 era rimasta in maternità obbligatoria pre-parto ai sensi dell'articolo 16, T.U. n. 151/01, e dal 21 settembre 2007 godeva del periodo di astensione obbligatoria *post* parto. Mensilmente, a titolo di indennità di maternità, la B. percepiva un importo mensile tra euro 670 ed euro 740; l'ammontare giornaliero dell'indennità era stato calcolato dall'Ipsema in euro 30,48; per contro il trattamento per maternità goduto dalla B. in occasione della nascita della prima figlia (avvenuta il 23 maggio 2003) si aggirava intorno a euro 2000,00 mensili per una indennità giornaliera di euro 95,06.

Deduce la ricorrente che a seguito dei chiarimenti richiesti dalla B. l'Ipsema rispondeva di erogare le prestazioni economiche previste dal d.lgs. n. 151/2001, e cioè una indennità pari all'80% della retribuzione per i due mesi precedenti la data presunta del parto e per i tre mesi successivi al parto stesso; in realtà il conteggio del trattamento economico di maternità era stato effettuato sulla base dei criteri di cui alla Circolare n. 10/06 Ipsema, e cioè calcolando la percentuale dell'80% secondo i criteri posti dal d.lgs. n. 314/97 e dal T.U. n. 917/86, e non in base ai criteri di cui al T.U. n. 151/01.

Dispone la predetta Circolare che «...a decorrere dal 1° gennaio 1998 sono in vigore le disposizioni dettate dal d.lgs. 2 settembre 1997, n. 314, per allineare la base imponibile previdenziale a quella fiscale. Il principio per cui i redditi da lavoro dipendente sono assoggettati al prelievo contributivo sulla medesima base imponibile determinata a fini fiscali comporta che, ai fini del calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale, la retribuzione è individuata secondo i criteri dettati dall'articolo 48 del T.U. delle imposte sui redditi [...] In particolare si ribadisce alle aziende di trasporto aereo quanto previsto dall'articolo 48 del Tuir, comma 6, in ordine al trattamento delle indennità di volo che costituiscono base imponibile nella misura del 50% del loro ammontare [...] Agli effetti della base retributiva da prendere come riferimento per il calcolo delle prestazioni economiche di maternità, tenuto conto dell'unificazione delle basi imponibili fiscali e previdenziale di cui al d.lgs. n. 314/97, si ribadisce l'applicazione della normativa sopra citata...».

In effetti, poi, come chiarito alla Sig.ra B. dalla stessa Ipsema, gli importi considerati dall'Istituto previdenziale al fine della formazione della base imponibile per il calcolo della retribuzione media giornaliera sono stati i seguenti: stipendio base lordo al 100%, indennità di volo garantita al 50%, indennità di volo straordinaria al 50%, diarie di terra al 100%, diarie di volo Italia (pari a euro 58,00) per il minore importo di euro 11,52, rateo della 13^a mensilità, mentre sono state escluse le diarie di volo estere (in quanto completamente esenti da tassazione contributiva).

L'articolo 22, T.U. n. 151/2001, prevede invece che: «1. Le lavoratrici hanno diritto a un'indennità giornaliera pari all'80 per cento della retribuzione per tutto il periodo del congedo di maternità, anche in attuazione degli articoli 7, comma 6, e 12, comma 2. L'indennità di maternità, comprensiva di ogni altra indennità spettante per malattia, è corrisposta con le modalità di cui all'articolo 1, del decreto-legge 20 dicembre 1979, n. 663, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33, e con gli stessi criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie [comma sostituito dall'articolo 2 del d.lgs. 23 aprile 2003, n. 115]. 3. I periodi di congedo di maternità devono essere computati nell'anzianità di servizio a tutti gli effetti, compresi quelli relati-

vi alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia e alle ferie. [...] 5. Gli stessi periodi sono considerati, ai fini della progressione nella carriera, come attività lavorativa, quando i contratti collettivi non richiedano a tale scopo particolari requisiti. 6. Le ferie e le assenze eventualmente spettanti alla lavoratrice ad altro titolo non vanno godute contemporaneamente ai periodi di congedo di maternità. 7. Non viene cancellata dalla lista di mobilità ai sensi dell'articolo 9 della legge 23 luglio 1991, n. 223, la lavoratrice che, in periodo di congedo di maternità, rifiuta l'offerta di lavoro, di impiego in opere o servizi di pubblica utilità, ovvero l'avviamento a corsi di formazione professionale».

Il successivo articolo 23, T.U. n. 151/2001, dispone poi che per «legge agli effetti della determinazione della misura dell'indennità, per retribuzione s'intende la retribuzione media globale giornaliera del periodo di paga quadrisettimanale o mensile scaduto e immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio il congedo di maternità. 2. Al suddetto importo va aggiunto il rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità e agli altri trattamenti accessori eventualmente erogati alla lavoratrice. 3. Concorrono a formare la retribuzione gli stessi elementi che vengono considerati agli effetti della determinazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria per le indennità economiche di malattia. 4. Per retribuzione media globale giornaliera si intende l'importo che si ottiene dividendo per trenta l'importo totale della retribuzione del mese precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio il congedo. Qualora le lavoratrici non abbiano svolto l'intero periodo lavorativo mensile per sospensione del rapporto di lavoro con diritto alla conservazione del posto per interruzione del rapporto stesso o per recente assunzione si applica quanto previsto al comma 5, lettera c. 5. [...] c) in tutti gli altri casi, l'importo che si ottiene dividendo l'ammontare complessivo degli emolumenti percepiti nel periodo di paga preso in considerazione per il numero di giorni lavorati, o comunque retribuiti, risultanti dal periodo stesso...».

Tale norma, già prevista dall'articolo 16, legge n. 1204/71, e riconfermata nella sua interezza con l'adozione del T.U. n. 151/2001, prevede dunque, da una parte, che per tutto il periodo di congedo per maternità alla lavoratrice spetta una indennità giornaliera pari all'80% della retribuzione e che questa è determinata con riferimento alla retribuzione media globale giornaliera del periodo di paga quadrisettimanale o mensile scaduto e immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio il congedo di maternità oltre il rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità e agli altri premi o mensilità o trattamenti accessori eventualmente erogati alla lavoratrice, dall'altra, che concorrono a formare la retribuzione gli stessi elementi che vengono considerati agli effetti

della determinazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria per le indennità economiche di malattia.

Ritiene questo giudice che, come correttamente richiesto dalla consigliera ricorrente, alla Signora B. debba essere riconosciuta la indennità di maternità nella misura indicata dagli artt. 22 e 23, T.U. n. 151/2001, sopra richiamati, non essendo state dette norme abrogate – anzi il T.U. n. 151/2001 è successivo alla modifica del 1997 – e attenendo la modifica introdotta dal d.lgs. n. 314/97 alla determinazione della base imponibile per la contribuzione (la quale viene parificata alla base imponibile per le imposte sui redditi) e non alla base di calcolo delle indennità, né l'Ipsema ha alcunché dedotto o dimostrato nel senso che «gli elementi che vengono considerati agli effetti della determinazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria per le indennità economiche di malattia» siano gli stessi che debbono essere utilizzati per determinare la retribuzione imponibile ai fini contributivi, così appunto come previsto a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. n. 314/97.

La mancata applicazione degli articoli 22 e 23, T.U. n. 151/2001, costituisce atto discriminatorio nei confronti della lavoratrice in quanto l'erogazione della indennità di maternità nei termini indicati dall'Ipsema è a tal punto penalizzante da discriminarla rispetto ai lavoratori in malattia e rispetto alle altre lavoratrici che volano solo in Italia.

Deve dunque concludersi nel senso che i criteri adottati dall'Ipsema per la liquidazione della indennità di maternità alla Signora B. B. sono discriminatori in quanto adottati in violazione degli artt. 22 e 23, T.U. n. 151/2001, e che la erogazione della predetta indennità di maternità nei termini censurati costituisce comportamento discriminatorio *ex* d.lgs. n. 198/2006 – per la cui configurazione è necessario e sufficiente il determinarsi di una condizione oggettiva discriminatoria –, e che, per l'effetto, deve ordinarsi alla Ipsema la rimozione degli effetti di tale comportamento provvedendo alla immediata erogazione degli arretrati relativi alla differenza tra quanto dovuto e quanto effettivo corrisposto oltre agli interessi legali dalle singole scadenze all'effettivo saldo.

Cristina Cominato (*)

IL REQUISITO ESSENZIALE
NELLA DISCRIMINAZIONE INDIRETTA (**)

Con il decreto in esame, il Tar Sardegna offre l'occasione per riflettere sul tema delle cause di giustificazione della discriminazione indiretta. Il caso di specie riguarda un bando di concorso per la copertura di sei posti per agenti di Polizia municipale, il quale esclude la possibilità, per coloro che risulteranno vincitori, di articolare il servizio a tempo parziale. Tale disposizione costituisce applicazione del Regolamento speciale del Corpo di Polizia municipale del Comune di Cagliari, in cui si stabilisce che «per la peculiarità del servizio svolto non è consentita l'articolazione del servizio secondo le modalità del *part-time*». Il bando di concorso e il regolamento vengono impugnati dalla consigliera di parità regionale che ne richiede l'annullamento. Preliminarmente, risulta necessaria una breve ricostruzione giuridica delle modalità attraverso le quali opera il regime delle giustificazioni della discriminazione indiretta, recentemente innovato dal decreto legislativo n. 145 del 2005 che recepisce la Direttiva n. 73 del 2002 (va precisato, per ragioni di completezza espositiva, che l'innovazione investe l'intera definizione di discriminazione indiretta e non solo la parte relativa al requisito essenziale). La nuova definizione di discriminazione indiretta è attualmente contenuta nell'art. 25 del d.lgs. n. 198/2006, meglio noto come codice delle pari opportunità, che tenta di ricondurre a unità e sistematizzare l'ampia produzione legislativa sul tema (Sul tema si veda F. Amato, M. Barbera, L. Calafà, *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*, in M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, p. 227). La precedente formulazione era stata introdotta dall'art. 4 della legge n. 125 del 1991 e individuava nel requisito essenziale «la chiave di volta della nozione di discriminazione indiretta, in quanto è il nodo attorno a cui ruota l'apprezzamento delle esigenze che riguardano il versante dell'impresa» (S. Scarponi, *Le nozioni di discriminazione*, in L. Gaeta, L. Zoppoli, *Il diritto diseguale*, Torino, 1992, p. 72).

(*) Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Verona.

(**) La sentenza qui commentata è di seguito pubblicata.

Tale requisito non veniva specificamente definito: semplicemente non costituiva discriminazione indiretta il trattamento pregiudizievole derivante dall'adozione di criteri svantaggiosi per i lavoratori appartenenti a uno dei due sessi, quando tali criteri avessero costituire requisiti «essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa». La giurisprudenza è più volte intervenuta sul punto, precisando che la valutazione di essenzialità spetta incidentalmente al giudice, chiamato a determinare «in concreto la funzionalità del requisito richiesto rispetto alle mansioni» (Cass. 13 novembre 2007, n. 23562, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 563, con nota di F. Savino): essa deve dirigersi «al contenuto dell'attività lavorativa che forma oggetto del contratto di lavoro» (S. Scarponi, *op. cit.*, p. 72). L'ambito di apprezzamento del giudice è, pertanto, piuttosto ampio e non è «sindacabile in sede di legittimità, se adeguatamente motivato» (Cass. 20 dicembre 2005, n. 28147, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 12).

La comprensione delle modificazioni introdotte a livello comunitario risulta facilitata ove, come prospettato in dottrina, si consideri la disposizione ora contenuta nell'art. 25 «divisibile in due spezzoni»: «il primo pone la definizione generale e astratta. Criteri, prassi, atti, patti o comportamenti che, anche se apparentemente neutri, mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto ai lavoratori dell'altro sesso, determinando una disparità di effetti. Il secondo spezzone, individuando sia le cause che possono giustificare le deviazioni dal principio teorico (... salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa) sia le condizioni alle quali tali cause acquisiscono legittimità (... purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari), delimita in concreto la fattispecie» (L. Guaglianone, *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, p. 268). Con riferimento specifico alla seconda parte della norma, che qui maggiormente interessa, va precisato che il legislatore nazionale – nel recepire le indicazioni comunitarie relative al perseguimento di una «finalità legittima» e all'utilizzo di «mezzi appropriati e necessari» rispetto a disposizioni, prassi o criteri discriminatori – ha espressamente voluto far salve le disposizioni vigenti compatibili. Il rispetto di tale indicazione, contenuta nell'art. 17, legge comunitaria n. 306 del 2003, ha determinato «una (contorta) sovrapposizione tra la esenzione in origine presente nell'art. 4, comma 2, legge n. 125/1991, che la collega alla essenzialità dei requisiti ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa, e la nuova esenzione frutto delle più recenti direttive antidiscriminatorie» (P. Chieco, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, q. *Riv.*, I, n. 3, p. 597). D'altro canto, è pur vero che non sarebbe stato possibile, sot-

to il profilo normativo, raggiungere un diverso risultato poiché «la presenza nell'ordinamento italiano (art. 4, comma 2, legge n. 125/1991) di una esenzione ancorata alla indispensabilità del requisito a effetto svantaggioso per un determinato sesso costituiva un ostacolo alla introduzione della formula più ampia contenuta nella Direttiva n. 2002/73/Ce in ragione della clausola di non regresso di cui all'art. 8-*sexies*, par. 2, della medesima Direttiva» (P. Chieco, *op. cit.*, p. 598). La nuova definizione di requisito essenziale proposta dal d.lgs. n. 145/2005 ha suscitato in dottrina diverse interpretazioni. Possono individuarsi due posizioni principali, difformi nella costruzione del ragionamento giuridico, ma infine conformi nel risultato raggiunto, arrivando ad affermare che le modifiche introdotte non cambiano in modo particolare il procedimento di valutazione dell'essenzialità del requisito: da un lato, vi è chi sostiene che «la convivenza, nello stesso contesto normativo, dei due profili» sia «impossibile perché il primo fagocita interamente il secondo; sicché – oggi come ieri – la discriminazione indiretta per ragioni di sesso può essere esclusa solo quando il criterio neutro a effetto svantaggioso, a prescindere dalla meritevolezza dello scopo perseguito, riguardi un requisito essenziale (e non semplicemente necessario e adeguato) allo svolgimento dell'attività lavorativa» (P. Chieco, *op. cit.*, pp. 597-598). Dall'altro lato, vi è la posizione di chi ritiene che, se il requisito essenziale permette di individuare «le cause che possono giustificare le deviazioni» dal divieto di discriminare, non tutte le cause sono di per sé legittime (L. Guaglianone, *op. cit.*, p. 268). Queste acquisiscono legittimità solo in presenza di determinate condizioni (legittimità dell'obiettivo, appropriatezza e necessità dei mezzi impiegati), le quali assurgono quindi a strumenti di qualificazione dell'essenzialità del requisito. Tali elementi, tuttavia, non sono altro che «il portato dell'interpretazione della Corte di Giustizia» nell'applicazione del «principio dell'oggettività della giustificazione», che «deve essere valutata dai giudici mediante un controllo sulla legittimità dell'obiettivo perseguito dal datore di lavoro», e, pertanto, «anche prima della loro esplicitazione, gli Stati membri erano tenuti a interpretare i principi legislativi alla luce della giurisprudenza comunitaria» (L. Guaglianone, *op. cit.*, pp. 278-279, che cita la giurisprudenza comunitaria sul tema, *Bilka*, causa C-170/84, in *Racc.*, 1986, p. 01607; *Danfoss*, causa C-109/88, in *Racc.*, 1989, p. 03199). La ricostruzione normativa effettuata fornisce gli strumenti per apprezzare l'operato del giudice amministrativo nel caso in esame, chiamato a giudicare il ricorso in via d'urgenza proposto dalla consigliera di parità regionale per discriminazioni collettive, a norma dell'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 198/2006. Il Tar qualifica il comportamento del Comune di Cagliari come discriminatorio: si tratta precisamente di una discriminazione indiretta nella fase dell'accesso al lavoro,

come si evince dal combinato disposto degli artt. 25 e 27 del d.lgs. n. 198/2006. Nel procedimento di valutazione sulla sussistenza del comportamento discriminatorio il giudice richiama una giurisprudenza piuttosto datata (Pretura Milano 10 luglio 1994 e Pretura Milano 16 luglio 1994, conforme) per cui «affinché ricorrano ipotesi di discriminazione indiretta occorrono due decisivi elementi: da un lato, che si riscontri la sussistenza di criteri che pregiudichino i lavoratori di uno dei due sessi e, dall'altro, che i criteri medesimi debbano riguardare requisiti "non essenziali" allo svolgimento della prestazione lavorativa». La pregiudizialità del criterio viene provata attraverso la prova statistica che dimostra come «la forma del *part-time* [sia] richiesta in misura significativa dalle donne» (La giurisprudenza nazionale sulla discriminazione nel lavoro a tempo parziale è molto scarsa, fatti salvi alcuni interventi della Corte Costituzionale: vedi sentenze n. 210, del 4 maggio 1992, e n. 132, del 29 marzo 1991. A livello comunitario si vedano: cause C-300/06, *Voß*, in *Racc.*, 2007, p. I-10573; C-313/02, *Wippel*, in *Racc.*, 2004, p. I-09483; C-196/02, *Nikoloudi*, in *Racc.*, 2005, p. I-01789; C-285/02, *Elsner-Lakeberg*, in *Racc.*, 2004, p. I-05861; C-1/95, *Gerster*, in *Racc.*, 1997, p. I-05253; C-100/95, *Kording*, in *Racc.*, 1997, p. I-05289; C-243/95, *Hill e Stapelton*, in *Racc.*, 1998, p. I-03739). Quest'ultima affermazione costituisce peraltro l'unico riferimento implicito alla neutralità del criterio richiesto: questione su cui il Tribunale non indugia ulteriormente (Sul criterio apparentemente neutro si vedano: Corte Cost. n. 163/1993; Tar Lombardia n. 350/1994; Pretura Bologna 27 giugno 1998; Tar Reggio Calabria n. 312/1999; Tribunale Catania 22 novembre 2000; Cass., Sez. lav., n. 28147/2005; Cass., Sez. lav., n. 23562/2007). Tuttavia, l'elemento di maggiore originalità che caratterizza la pronuncia del giudice amministrativo riguarda l'analisi di essenzialità del requisito: il Tar Sardegna per la prima volta si trova ad applicare la disposizione relativa al requisito essenziale, così come recentemente modificata, e utilizza i nuovi strumenti di qualificazione dell'essenzialità del requisito. La difesa del Comune di Cagliari, in effetti, ritiene essenziale la prestazione lavorativa a tempo pieno nella Polizia municipale per ragioni di carattere organizzativo, allo scopo di far fronte «a problemi di turnazione nei giorni notturni e festivi». Il giudice amministrativo, pur riconoscendo la legittimità dell'obiettivo da conseguire (organizzazione dei turni), ritiene che il mezzo impiegato per il conseguimento – l'esclusione del *part-time* – non costituisca uno strumento appropriato e necessario, potendosi superare i problemi organizzativi «con mezzi diversi dall'esclusione della tipologia di svolgimento del lavoro a tempo parziale». L'argomentazione giuridica del Tribunale sardo evidenzia, pertanto, il preciso funzionamento del processo di qualificazione di essenzialità del requisito mediante le nuove indicazio-

ni di cui risulta arricchita la norma definitoria della discriminazione indiretta, in seguito al recepimento comunitario del 2005. Seppure, come sostenuto in dottrina, gli Stati membri fossero vincolati, anche prima del recepimento, al rispetto degli orientamenti giurisprudenziali comunitari, la pronuncia in commento pone in evidenza come, in realtà, il costrutto normativo introdotto diventi, ai fini dell'applicazione pratica, un paradigma piuttosto stringente per il giudice nella valutazione del requisito essenziale. In effetti, il recepimento in una legge dello Stato dei principi formulati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di valutazione del requisito essenziale costituisce per il giudice un vincolo certamente più rigido rispetto a un mero obbligo di interpretazione conforme, andando a incidere direttamente sull'ampiezza dei poteri discrezionali a lui riconosciuti.

TAR SARDEGNA, 29 novembre 2007, n. 2181, Sez. II, decr. – Pres. Tosti – B. (avv. Pilia) c. Comune di Cagliari (avv.ti Farci e Melis).

Discriminazioni – Discriminazioni di genere – Bando di concorso per la copertura di sei posti per agenti di Polizia municipale – Divieto di discriminazione indiretta – Esclusione del *part-time* – Onere della prova – Requisito essenziale – Appropriatezza e necessità – Non sussistono.

Sulla base della documentazione esibita dalla difesa comunale, da cui si deducono le ragioni che hanno condotto l'amministrazione a escludere il part-time, a una sommaria delibazione, non si ricavano, al contrario, elementi che possano far considerare come «essenziale» una prestazione lavorativa a tempo pieno per gli agenti di Polizia municipale, essendo state dedotte, nella corrispondenza intercorsa con la ricorrente, per lo più ragioni pratiche e inconvenienti da collegare a problemi di turnazione nei giorni notturni e festivi, quindi di carattere organizzativo, superabili con mezzi diversi dall'esclusione della tipologia di svolgimento del lavoro a tempo parziale. Il mezzo impiegato (esclusione del part-time) per il conseguimento dell'obiettivo, pure legittimo (organizzazione dei turni), non risulta quindi né appropriato né necessario.

(*Omissis*)

La ricorrente, in qualità di consigliera di parità regionale, chiede l'annullamento, o la declaratoria di nullità, sia del Regolamento speciale del Corpo di Polizia municipale del Comune di Cagliari, approvato con delibera n. 258 del 25 maggio 2005, nella parte in cui stabilisce che per la peculiarità del servizio svolto «non è consentita l'articolazione del servizio secondo le modalità del *part-time*», sia del bando di concorso pubblicato sul *Buras* n. 27, parte III, del 10 settembre 2007, a mezzo del quale è stato indetto un concorso pubblico per la copertura di n. 6 posti di agenti di Polizia municipale, nella parte in cui, applicando il regolamento, esclude la possibilità di *part-time*. In via pregiudiziale appare ammissibile il richiamo al procedimento disciplinato dall'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 198/2006, recante il «Codice delle pari opportunità tra uomo e donna» in quanto, a una prima valutazione, si ricava che il legislatore, al fine di garantire una rimozione il più possibile immediata di situazioni di discriminazione *di carattere collettivo* tra uomo e donna, ha previsto, oltre all'azione disciplinata dal comma 2 dell'art. 37, anche un procedimento a carattere sommario non cautelare, in via d'urgenza, davanti a Tribunale amministrativo regionale (comma 4), caratterizzato da una particolare celerità e da modalità di decisione più agili (decreto motivato immediatamente esecutivo, opponibile nel termine di quindici giorni dalla comunicazione davanti alla medesima autorità territorialmente competente, che decide

con sentenza immediatamente esecutiva), che trae giustificazione dal rilievo della situazione soggettiva tutelata. Sempre in via pregiudiziale, appare infondata l'eccezione, dedotta dalla difesa del Comune, di tardività del ricorso nella parte in cui si impugna la norma regolamentare approvata nel 2005, che l'attuale ricorrente avrebbe conosciuto fin dal gennaio 2006, avendo operato per attivare una tavola di concertazione «per ridefinire criteri e modalità di funzionamento dell'istituto».

Nella specie appare, infatti, irrilevante il mancato rispetto del termine di decadenza, vertendosi in ipotesi non tanto di nullità della norma regolamentare, come prospettato dalla ricorrente, ma di disapplicazione di norma regolamentare contraria a una disposizione legislativa di rango superiore. E invece, quanto alla disciplina del *part-time*, i commi 57 e 58 della legge n. 662/1996, nel sancire, anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni, il diritto alla costituzione «relativamente a tutti i profili professionali» del rapporto di lavoro a tempo parziale, non comprendono la categoria del personale della Polizia municipale tra quelle espressamente escluse (personale militare, Forze di Polizia e Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco). Il successivo comma 27 dell'art. 39 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, sancisce che «le disposizioni dell'art. 1, commi 58 e 59, della legge n. 662/96 in materia di rapporto di lavoro a tempo parziale si applicano al personale dipendente delle Regioni e degli enti locali, finché non diversamente disposto da ciascun ente con *atto normativo*». La Corte Costituzionale, nella nota sentenza n. 171 del 1999, ha riconosciuto il comma 57 espressione di un «principio fondamentale», mentre ha chiarito che il comma 58, dopo l'interpretazione fornita dalla legge n. 449, contiene statuizioni «suppletive» rispetto alla eventuale normazione da parte dei competenti enti. La Regione Sardegna, titolare di potestà esclusiva in materia di organizzazione degli uffici anche degli enti locali, non aveva legiferato al riguardo, allorché il Comune ha esercitato il potere di disciplinare la fattispecie con proprio regolamento (cfr. ora legge regionale n. 9 del 22 agosto 2007, artt. 12 e 19). Tale potere regolamentare doveva essere tuttavia esercitato osservando i limiti delle *disposizioni di rango superiore anche a carattere suppletivo*. Tra queste vanno evidenziati, *ratione temporis*, l'art. 4, commi 1 e 2, della legge 10 aprile 1991, n. 125, ora trasfuso nell'art. 25 del d.lgs. n. 198/2006, e l'art. 1, comma 1, della legge 9 dicembre 1977, n. 903 (ora art. 27, comma 1, del d.lgs. n. 198/2006), secondo i quali: a) si ha discriminazione indiretta «quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto, un comportamento apparentemente neutri, mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto ai lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari»; b) «È vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto

riguarda l'accesso al lavoro, in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale».

Secondo la costante giurisprudenza del giudice ordinario, affinché ricorrono ipotesi di discriminazione indiretta occorrono due decisivi elementi: da un lato, che si riscontri la sussistenza di criteri che pregiudichino i lavoratori di uno dei sessi e, dall'altro, che i criteri medesimi debbano riguardare requisiti «non essenziali» allo svolgimento della prestazione lavorativa. Sul piano probatorio, parte ricorrente, ai sensi dell'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006, ha fornito elementi di fatto desunti da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, allo stato, idonei a fondare, in termini non contraddetti, la sussistenza, nella norma del regolamento contestata e nel bando che ne fa applicazione, di un comportamento discriminatorio in ragione del sesso, in quanto è dimostrato che la forma del *part-time* è richiesta in misura significativa dalle donne.

Sulla base della documentazione esibita dalla difesa comunale, da cui si deducono le ragioni che hanno condotto l'amministrazione a escludere il *part-time*, a una sommaria delibazione, non si ricavano, al contrario, elementi che possano far considerare come «essenziale» una prestazione lavorativa a tempo pieno per gli agenti di Polizia municipale, essendo state dedotte, nella corrispondenza intercorsa con la ricorrente, per lo più ragioni pratiche e inconvenienti, da collegare a problemi di turnazione nei giorni notturni e festivi, quindi di carattere organizzativo, superabili con mezzi diversi dall'esclusione della tipologia di svolgimento del lavoro a tempo parziale. Per completezza, va rilevato che nella specie non si verte nella distinta fattispecie degli «orari e turni di servizio» disciplinata dall'art. 22 del Regolamento: ipotesi per la quale la legislazione statale esclude la categoria della Polizia municipale dall'applicazione delle norme di legge (d.lgs. n. 66 dell'8 aprile 2003 e d.lgs. n. 213 del 19 luglio 2004).

La sopravvenuta legge regionale n. 9 del 22 agosto 2007, recante la disciplina della Polizia locale, d'altro canto, all'art. 12 sancisce, al comma 2, che gli enti locali, nel disciplinare l'accesso ai ruoli della Polizia locale, si conformano al principio delle pari opportunità tra uomo e donna, e impone, all'art. 19, agli enti stessi di adeguare la relativa disciplina ai principi della non discriminazione, seppure entro un certo lasso di tempo. Sulla base delle precedenti considerazioni, la norma del Regolamento, che, nella sostanza, configura come *requisito per l'accesso* all'impiego la rinuncia preventiva al diritto di richiedere l'articolazione del servizio secondo le modalità del *part-time* (art. 1, lettera *d*, e art. 41, lettera *h*), va disapplicata perché in contrasto con le richiamate norme di legge che vietano discriminazioni fondate sul sesso nell'accesso al lavoro, e va riconosciuto carattere discriminatorio alla clausola del bando contenuta nell'art. 2, ultimo comma. (*Omissis*)

Marco Peruzzi (*)

SUL LICENZIAMENTO «DISCRIMINATORIO»
DELLA LAVORATRICE MADRE (**)

L'analisi comparata delle due pronunce in esame fornisce l'occasione per ricostruire l'annoso dibattito che ha interessato la disciplina del licenziamento intimato durante il periodo di gravidanza e il rapporto tra tale istituto e il licenziamento discriminatorio per ragioni di genere. Tale dibattito potrebbe ritenersi oggi risolto alla luce della sentenza della Corte di Giustizia Ce 11 ottobre 2007 (C-460/06), che ha stabilito il principio secondo cui la sanzione prevista da uno Stato in caso di licenziamento connesso alla gravidanza deve essere «almeno equivalente» a quella scelta per l'ipotesi di violazione del divieto di discriminazione. Il risultato non appare, tuttavia, così scontato, considerate le posizioni altalenanti della giurisprudenza nazionale, come emerge dalla disamina delle due pronunce in commento.

Il caso deciso dall'ordinanza del Tribunale di Forlì riguarda un licenziamento comunicato «due giorni dopo che l'Ispettorato aveva disposto l'astensione dal lavoro della lavoratrice, a seguito della dichiarazione del datore di lavoro di non poter adibire la lavoratrice stessa ad altre mansioni conformanti con la gravidanza». L'atto di recesso è espressamente motivato «per riduzione di personale», in vista dell'imminente chiusura dell'unità aziendale locale a cui era adibita la ricorrente. Il giudice, innanzitutto, riqualifica il licenziamento, «non [...] consentito nel caso di generica riduzione del personale, ma soltanto nell'ipotesi di cessazione dell'attività dell'azienda», evidenziando come tale eccezione al divieto, prevista dall'art. 54, comma 3, lettera *b*, d.lgs. n. 151/2001, sia peraltro «assoggettata a un'interpretazione di stretto rigore». Egli, quindi, valuta come insufficienti le prove addotte dal datore di lavoro con riguardo all'obbligo di *repechage*, rilevando così il *fumus boni iuris* della domanda di merito, ossia «elementi per considerare, in via deliberativa, nullo il licenziamento irrogato alla lavoratrice, con la conseguente riammissione al lavoro della stessa». Il giudice prosegue precisando come «trattandosi di impresa con meno di quindici dipendenti» non

(*) Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Ferrara.

(**) Le sentenze qui commentate sono di seguito pubblicate.

possa essere «pronunciato formale provvedimento di reintegrazione, d'altra parte neppure richiesto dalla ricorrente, che ha appunto domandato la riassunzione nel posto di lavoro».

La sentenza del Tribunale di Milano ha, invece, come oggetto il licenziamento di una dirigente, avvenuto non tanto durante il periodo di tutela stabilito dall'art. 54, d.lgs. n. 151/01, quanto al rientro sul posto di lavoro dopo una prolungata assenza per maternità. Preceduto da alcune comunicazioni *e-mail* tese a scoraggiare l'utilizzo di congedi richiesti per la cura del bambino, l'atto di recesso viene giustificato «stante la intervenuta riorganizzazione aziendale» e la conseguente «soppressione della posizione di responsabile dell'unità operativa» ricoperta dalla lavoratrice. Il giudice, accertata l'insufficienza di prove circa l'«effettiva sussistenza del motivo addotto e soprattutto del nesso di causalità tra la soppressione del posto e il licenziamento» e «un insieme di gravi indizi a sostegno della natura discriminatoria del recesso», dichiara la nullità dello stesso ai sensi dell'art. 4, legge n. 125/91, e l'applicazione dell'art. 18, legge n. 300/70, estesa ai sensi dell'art. 3, legge n. 108/90, in caso di licenziamento discriminatorio, «a prescindere dal numero dei dipendenti e anche a favore dei dirigenti».

Analizzate seguendo l'impostazione concettuale consolidatasi nella giurisprudenza di legittimità, le pronunce in commento risultano avere per oggetto due istituti autonomi e distinti sia sotto il profilo della disciplina normativa e sanzionatoria, sia sotto il profilo processuale.

Come è stato a più riprese affermato dalla Corte di Cassazione, infatti, «La disciplina legislativa dei licenziamenti intimati in connessione con lo stato di gravidanza o di puerperio ha carattere speciale, specialità determinata dalla presenza di una dettagliata e autonoma regolamentazione, qual è quella dettata dall'art. 2, legge n. 1204/71 [Mentre la legge n. 1204/71, abrogata ai sensi dell'art. 86, d.lgs. n. 151/01, è ora trasfusa nel Testo Unico, la legge n. 860/50, prima normativa di tutela, resa di fatto inoperativa dall'art. 33 della legge n. 1204/71, è stata di recente abrogata dal d.l. n. 112/08, convertito in legge n. 133/08], priva di qualsiasi richiamo alle leggi n. 604/1966 e n. 300/1970. [...] In questo contesto, si comprende perché l'art. 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, non abbia compreso tra i licenziamenti, la cui nullità comporta l'applicazione dell'art. 18 [leggi licenziamenti discriminatori, anche per ragioni di genere], quello adottato in contrasto con la legge n. 1204/1971 [oggi art. 54, d.lgs. n. 151/01]» (Cass., Sez. lav., 15 settembre 2004, n. 18537, in *Lav. giur.*, 2005, p. 237, con nota di L. Casamassima, *Regime protettivo invocabile dalla lavoratrice madre licenziata*; D. Gottardi, *Il licenziamento nullo per causa di maternità non è discriminatorio*, in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, 2004, n. 40, p. 10; Cass., Sez. lav., 20 gennaio 2000, n. 610, in *D&L*, 2000, p. 449, con nota di C. Messana, *Licenziamento della lavora-*

trice madre; Cass., Sez. lav., 1° febbraio 2006, n. 2244, in *Rass. della Cassazione*, 2006, p. 701).

In ragione di tale specialità (e chiusura) normativa, pertanto, la nullità del licenziamento della lavoratrice in gravidanza è sottoposta a un regime di diritto comune: da un lato, l'impugnazione dell'atto non è soggetta a decadenza; dall'altro, la lavoratrice ha diritto all'immediata riammissione in servizio, non essendosi mai interrotto il rapporto di lavoro, nonché «al risarcimento del danno determinato ai sensi dell'art. 1223 cod. civ. e, quindi, in ragione del mancato guadagno» (Cass. 18537/2004) (L. Calafà, *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori-lavoratori*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003). In realtà, come ha evidenziato la dottrina, se il «calcolo del mancato guadagno [...] corrisponde, per chi non ha prestato lavoro presso altri datori, alle retribuzioni che sarebbero state corrisposte in caso di mancato recesso», per la donna licenziata durante la gravidanza la somma delle retribuzioni presa a parametro potrebbe subire una riduzione in ragione di un ritardo nella presentazione del certificato di gravidanza. Ai sensi dell'art. 4, comma 3, d.P.R. n. 1026/1976, infatti, «La mancata prestazione di lavoro durante il periodo di tempo intercorrente tra la data di cessazione effettiva del rapporto di lavoro e la presentazione della certificazione non dà luogo a retribuzione» (L. Calafà, cit., p. 505; R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 638).

Il confronto dei profili ora esposti con il regime di nullità previsto, invece, per il licenziamento discriminatorio ai sensi dell'art. 3, legge n. 108/90, già evidenzia un primo ordine di differenze: pur trattandosi in entrambi i casi di licenziamento nullo, solo al licenziamento discriminatorio è accordato un regime di tutela reale, con reintegrazione della lavoratrice, monetizzabile a scelta di quest'ultima in quindici mensilità, a differenza della mera riammissione, e un risarcimento del danno che non può comunque scendere al di sotto delle cinque mensilità.

D'altra parte, se la comparazione così condotta lascia spazio a pochi dubbi circa l'inferiorità della tutela prevista per la lavoratrice in gravidanza dal punto di vista patrimoniale, più problematico è il confronto dei due istituti sotto il profilo processuale. Già si è evidenziato come l'impugnazione del licenziamento della lavoratrice in gravidanza non sia soggetta ad alcun termine di decadenza, diversamente dal licenziamento discriminatorio, che, collocandosi all'interno della disciplina generale dei licenziamenti, deve essere impugnato nel termine di decadenza di 60 giorni di cui all'art. 6, legge n. 604/66. Ancor più rilevante, se possibile, è la differenza che si rileva sotto il profilo del regime probatorio, laddove, a fronte di una «presunzione assoluta di discriminatorietà dell'atto di licenziamento» intimato durante la gravidanza, in caso di licenziamento discriminatorio sus-

siste una mera «presunzione relativa» ai sensi dell'art. 4, legge n. 125/1991 (L. Calafà, cit., p. 522).

Se questi rilievi rendono per alcuni aspetti difficile una valutazione della reale portata migliorativa di ciascuna tutela, la dottrina ha ciò nondimeno contestato in più sedi l'opportunità di mantenere separate e distinte le discipline dei due istituti (L. Calafà, cit.; D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005, p. 79). La moltiplicazione delle fattispecie normative in cui si può oggi distinguere il licenziamento dei genitori-lavoratori, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 53/2000, rischia di riprodursi, infatti, in una «frammentazione eccessiva delle conseguenze applicabili [...] a fronte di situazioni del tutto simili» (L. Calafà, cit., p. 522). L'incertezza del diritto e i paradossi giuridici che si verrebbero così a determinare richiedono una «semplificazione della normativa che, a condizioni date, può risultare solo dalla valorizzazione della comune natura discriminatoria degli atti di licenziamento come emergeva dall'art. 18 della legge n. 53/2000» (L. Calafà, cit., p. 523).

Tale valorizzazione, elaborata dalla giurisprudenza comunitaria e ribadita nelle Direttive n. 2002/73/Ce e n. 2006/54/Ce – come correttamente ricorda il Tribunale di Milano nella sentenza in commento –, troverebbe, peraltro, oggi un solido appiglio nell'art. 55-*bis* del d.lgs. n. 198/06, aggiunto dal d.lgs. n. 196/07 (seppur facente parte del Titolo II-*bis*, riguardante «la parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura», a recepimento della Direttiva n. 2004/113/Ce; il Titolo I, invece, relativo a «pari opportunità al lavoro», con l'art. 51 rinvia al d.lgs. n. 151/2001), nonché nell'art. 2, comma 2, lettera *c*, dello schema di decreto delegato di recepimento della Direttiva n. 2006/54/Ce, laddove si include nella nozione di discriminazione «ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità anche adottive, ovvero in ragione dei relativi diritti». Si consideri, tuttavia, che quest'ultima bozza, nonostante «la definitiva approvazione da parte del governo nel marzo 2008», risulta ora «letteralmente scomparsa» [L. Calafà, *Procedure d'infrazione e diritto antidiscriminatorio: l'apporto del d.l. 59/2008 (artt. 8 quater, sexies, septies)*, in *Studium Iuris*, n. 10, 2008].

L'affermazione della comune natura discriminatoria, infine, non si potrebbe che tradurre in una parificazione delle tutele alla luce della recente giurisprudenza comunitaria.

Pur pronunciandosi in merito a un difetto di coordinamento normativo diametralmente opposto – ossia una disciplina del licenziamento discriminatorio meno favorevole rispetto a quella del licenziamento in gravidanza –, la Corte di Giustizia ha, infatti, stabilito il principio della necessaria equiva-

lenza delle tutele accordate da uno Stato in caso di situazioni omogenee, quali quelle individuate dalle Direttive n. 76/207, da un lato, ossia la violazione del divieto di discriminazione per ragioni di genere, e n. 92/85, dall'altro, ossia il licenziamento della lavoratrice gestante, puerpera e in periodo di allattamento (Corte di Giustizia Ce 11 ottobre 2007, C-460/06, in *D&L*, 2007, p. 81, con nota di A. Guariso, *La Corte di Giustizia apre definitivamente la strada all'applicazione dell'art. 18 SL al licenziamento in gravidanza*; A. Sciaiorelli, *Per la violazione della tutela comunitaria sanzione dissuasiva e calibrata sul danno*, in *Guida dir. «Il Sole 24 Ore»*, 2007, n. 48, p. 115).

Con tutta evidenza, i criteri stabiliti da questa sentenza avranno un notevole impatto sul sistema normativo italiano, imponendo una modifica dell'orientamento (O «disorientamento»: D. Gottardi, cit., p. 10) finora adottato dalla Corte di Cassazione. Tale inversione di rotta non si è tuttavia ancora verificata, visto che anche nelle recenti sentenze la Corte non ha inteso affrontare direttamente la questione, evitando di superare il nodo interpretativo (Cass., Sez. lav., 3 marzo 2008, n. 5749, in *Dir. e giust.*, 2008).

Tornando all'analisi delle pronunce in commento, nessun problema si pone per la sentenza del Tribunale di Milano, avendo la stessa a oggetto un licenziamento discriminatorio *tout court*, «intimato ben sei mesi dopo la scadenza del periodo di tutela». Come correttamente stabilito dal giudice, ai sensi dell'art. 3, legge n. 108/90, nel caso *de quo* la dirigente ha diritto a essere reintegrata nel posto di lavoro, indipendentemente dalle dimensioni occupazionali della propria azienda, nonché al risarcimento del danno commisurato alla retribuzione globale di fatto dal licenziamento alla effettiva reintegra. Si precisa, inoltre, come ai sensi dell'art. 4, legge n. 125/91, comma 6, poi sostituito dall'art. 40, d.lgs. n. 198/2006, gravasse sul datore di lavoro l'onere di «provare che il comportamento adottato nei confronti della lavoratrice in gravidanza non [fosse] viziato da discriminarietà», in virtù di una «parziale inversione dell'onere della prova» [Sulla qualificazione del regime probatorio si consenta il rinvio a M. Peruzzi, *Questione «Giudizi antidiscriminatori: se sussista un'inversione dell'onere della prova nei giudizi antidiscriminatori di genere e per razza e origine etnica»*, in *Studium Iuris*, n. 7-8, 2006, pp. 894-895; L. Curcio, *L'azione civile contro le discriminazioni*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007].

Alcuni interrogativi sono sollevati invece dall'ordinanza del Tribunale di Forlì.

In tale ordinanza, infatti, il giudice, una volta accertata la nullità dell'atto di recesso, individua come conseguenza sanzionatoria la riammissione della lavoratrice nel posto di lavoro, senza specificare il regime da applicarsi ai profili risarcitori del danno. Poco dopo, tuttavia, il giudice

precisa come l'applicazione di tale sanzione sia giustificata dalla ridotta dimensione occupazionale dell'azienda, che non raggiungendo la soglia prevista dall'art. 18, legge n. 300/70, non consente l'applicazione dell'istituto della reintegrazione, ma, come «ha appunto domandato la ricorrente», la mera riassunzione.

Nelle pieghe di questa specificazione si annida il dilemma interpretativo analizzato sopra, pur complicato da una non chiara impostazione concettuale. Riferendosi alla riammissione in servizio, il giudice sembrerebbe, infatti, adottare la tesi che vuole applicarsi il regime di nullità di diritto comune al licenziamento della lavoratrice in gravidanza, in forza di un'asserita «specialità» di disciplina tale da renderla autonoma rispetto a quella stabilita per il licenziamento discriminatorio. In base a tale tesi, tuttavia, è il mancato rinvio dell'art. 3, legge n. 108/90, alla legge n. 1204/1971 (ora art. 54, legge n. 151/01) a escludere l'applicazione dell'art. 18, legge n. 300/70, e dei relativi profili risarcitori, e non la ridotta dimensione occupazionale dell'azienda. Se fosse il mero concorso dei requisiti dimensionali a determinare o meno l'applicazione della tutela reale, il regime di nullità riconosciuto al licenziamento in gravidanza sarebbe equiparato sotto il profilo sanzionatorio al regime di annullabilità previsto per il mero licenziamento ingiustificato, con un ulteriore indebolimento delle tutele per la lavoratrice madre e una soluzione giuridica di dubbia correttezza. L'imprecisione concettuale viene, del resto, confermata dal dispositivo nonché dal richiamo – a sostegno – delle domande presentate nel ricorso, dove viene richiesta la riassunzione in servizio e non la reintegrazione. Se la riassunzione, prevista in regime di tutela obbligatoria, presuppone l'efficacia dell'atto di recesso pur illegittimo, la riammissione, prevista in regime di diritto comune, non solo presuppone l'inefficacia dell'atto, ma anche, dopo la storica sentenza n. 61/91 della Corte Costituzionale, la nullità dello stesso.

I

TRIBUNALE MILANO, 9 agosto 2007, Sez. lav. – Est. Ravazzoni – P. (avv.ti Chessa e Coccia) e Consigliere di parità della Provincia di Milano (avv. Mottalini) c. CM Sistemi Spa (avv.ti Prosperetti, Dal Bo e Del Pennino).

Discriminazioni – Licenziamento discriminatorio – Condizione di lavoratrice madre – Onere della prova – Nullità del licenziamento – Reintegrazione nel posto di lavoro.

Nel concetto di discriminazione basata sul sesso va annoverata anche la discriminazione collegata allo stato di gravidanza/maternità, come risulta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce, le cui indicazioni sono state trasfuse nell'art. 2, comma 7, Direttiva n. 2002/73/Ce. Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 108/1990, ai licenziamenti nulli in quanto discriminatori si estendono le conseguenze sanzionatorie previste dall'art. 18 della legge n. 300/1970, a prescindere dal numero dei dipendenti e anche a favore dei dirigenti.

II

TRIBUNALE FORLÌ, 22 marzo 2007, ord. – Est. Allegra – F. (avv. Graziani) e Consigliera di parità della Provincia di Forlì Cesena (avv. Graziani) c. Biemme Elettrocambi Srl (avv.ti Dolcini e Beleffi).

Discriminazioni – Licenziamento discriminatorio – Condizione di lavoratrice madre – Nullità del licenziamento – Riassunzione – Deroga al divieto di licenziamento per cessazione dell'attività aziendale – Non sussiste.

Sussistendo elementi per considerare in via deliberativa nullo il licenziamento irrogato durante il periodo di gravidanza, la lavoratrice ha diritto alla riammissione al lavoro. Trattandosi di impresa con meno di quindici dipendenti, non può essere pronunciato formale provvedimento di reintegrazione, d'altra parte neppure richiesto dalla ricorrente, che ha appunto domandato la riassunzione nel posto di lavoro.

I

(*Omissis*)

Il ricorso merita accoglimento nei limiti di cui in dispositivo.

Il licenziamento, come è chiaro dal tenore letterale della comunicazione in data 21 novembre 2005, è stato intimato alla ricorrente per la necessità di sopprimere la posizione di lavoro dalla stessa ricoperta di responsabile dell'Area Business Intelligence.

Parte convenuta tuttavia non ha provato la effettiva sussistenza del motivo addotto e soprattutto del nesso di causalità tra la soppressione del posto e il licenziamento.

Se, infatti, costituisce circostanza pacifica la avvenuta riorganizzazione aziendale e la soppressione della posizione di Responsabile Business Intelligence, nondimeno va osservato che emerge dalla narrativa della memoria di costituzione di (*Omissis*) che la riorganizzazione dell'azienda che aveva portato alla soppressione di detta unità operativa «trovò il suo impianto definitivo all'inizio del 2004» (*Omissis*).

Alla luce di tale osservazione deve ritenersi inesistente il nesso causale tra il dedotto motivo e il licenziamento della ricorrente.

La convenuta ha sostenuto che la tardività del recesso era imputabile all'assenza per maternità della ricorrente, con decorrenza dal 16 gennaio 2004, e al protrarsi della tutela della lavoratrice madre sino al compimento di un anno di età del bambino e quindi fino al 7 maggio 2005.

Tale assunto difensivo non è condivisibile giacché il licenziamento appare comunque intimato ben 6 mesi dopo la scadenza del periodo di tutela e quindi non appare direttamente riconducibile alla soppressione del posto di lavoro, anche perché una volta rientrata la ricorrente ha svolto la sua attività presso la Dac 3, a cui era stata assegnata fino dal 2004.

Sulla scorta di quanto considerato deve ritenersi quindi che al momento del licenziamento (novembre 2005) la pretesa giustificatezza del licenziamento non sussistesse.

Parte ricorrente ha dedotto la natura discriminatoria di tale recesso, in relazione alla sua prolungata assenza per gravidanza e quindi alla condizione di lavoratrice madre.

La censura risulta fondata.

Ai sensi dell'art. 4, legge n. 125/1991, «costituisce discriminazione diretta, ai sensi della legge 9 dicembre 1977, n. 903, e della presente legge, qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e comunque il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga».

Come correttamente evidenziato dalla difesa di parte ricorrente, nel concetto di discriminazione basata sul sesso va annoverata anche la discriminazione collegata allo stato di gravidanza/maternità, come risulta dalla richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia, le cui indicazioni sono state trasfuse nell'art. 2, comma 7, Direttiva n. 2002/73/Ce, che prevede che «un trattamento meno favorevole riservato a una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo di maternità ai sensi della Direttiva n. 92/85/Ce costituisce una discriminazione».

Il richiamato art. 4, legge n. 125/91, al comma 6, poi sostituito dall'art. 4, d.lgs. n. 198/2006, ha introdotto una regola della parziale inversione dell'onere della prova nelle controversie in materia di discriminazione per ragioni di sesso. Compete, cioè, al datore di lavoro provare che il comportamento adottato nei confronti della lavoratrice in gravidanza non sia viziato da discriminatorietà.

Nel caso in esame non solo la società convenuta non ha fornito tale prova, ma dalla documentazione in atti emerge un insieme di gravi indizi a sostegno della natura discriminatoria del recesso.

È sufficiente richiamare le comunicazioni *e-mail* prodotte (*Omissis*) dalla ricorrente, in cui si legge «l'unico elemento e stato di disagio dell'azienda è dato dalla sua presenza in azienda che, vuoi per la maternità prima, vuoi per i problemi conseguenti dopo derivanti dalle normali questioni legate a un piccolo appena nato, spesso è venuta a mancare e questo non può non creare difficoltà all'azienda...», l'organigramma prodotto (*Omissis*) in cui la ricorrente nemmeno figura quale membro della Dac di appartenenza, la riconosciuta inattività a cui la ricorrente è stata sottoposta dal rientro in azienda.

Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 108 del 1990, sull'estensione ai licenziamenti nulli in quanto discriminatori, di cui agli artt. 4 della legge n. 604 del 1966 e 15 della legge n. 300/1970, delle conseguenze sanzionatorie previste dall'art. 18 della medesima legge n. 300 del 1970, a prescindere dal numero dei dipendenti e anche a favore dei dirigenti, la datrice di lavoro va condannata alla reintegrazione in servizio della ricorrente, nonché al risarcimento del danno commisurato alla retribuzione globale di fatto dal licenziamento alla effettiva reintegra nella misura mensile non contestata di (*Omissis*) oltre rivalutazione monetaria e interessi legali dalle scadenze al saldo, ai sensi dell'art. 429 cod. proc. civ. (*Omissis*)

II

(*Omissis*)

Il licenziamento di (*Omissis*) è pervenuto alla ricorrente il 14 luglio 2006 (data del timbro postale della raccomandata, doc. 6 del fascicolo di

parte ricorrente), due giorni dopo che l'Ispettorato del lavoro aveva disposto l'astensione dal lavoro della lavoratrice (doc. 5), a seguito della dichiarazione del datore di lavoro di non poter adibire la lavoratrice stessa ad altre mansioni confacenti con la gravidanza, come precedentemente richiesto dall'Ispettorato stesso in data 27 giugno 2006 (doc. 4).

Il certificato di gravidanza in atti reca la data del 20 giugno 2006.

Vi è poi in atti (doc. 5 del fascicolo di parte resistente) una lettera di dimissioni di (*Omissis*) (che entrambe le parti hanno riferito essere l'unico altro dipendente del negozio di Forlimpopoli cui l'odierna ricorrente era addetta), che risulta datata 27 giugno 2006, nella quale è detto: «Io sottoscritto (*Omissis*) consegno le mie dimissioni per motivi personali e resto a disposizione concordemente fino al 31 agosto 2006».

Nella lettera di licenziamento l'amministratore della società datrice di lavoro qualifica espressamente il licenziamento «per riduzione di personale ai sensi dell'art. 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni e integrazioni», e si dice: «Infatti a seguito della riduzione di lavoro e per la prossima chiusura dell'attività si è venuta a creare una esuberanza di personale che non permette il mantenimento degli attuali organici...».

La motivazione del licenziamento, in sé, non appare del tutto corretta, dal momento che, com'è noto, il licenziamento della lavoratrice in stato di gravidanza, in linea generale vietato (fatte salve pochissime ipotesi di stretta interpretazione), non è consentito nel caso di generica riduzione del personale, ma soltanto nell'ipotesi di cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta, come previsto dall'art. 54, comma 3, lett. *b*, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

Vero è, d'altra parte, che nella lettera predetta si fa riferimento alla «prossima chiusura dell'attività», anche se non è detto chiaramente se ciò sia riferito all'intera attività aziendale ovvero alla sola unità locale di Forlimpopoli: in ogni caso è pacifico che quest'ultima sia stata chiusa, alla fine di agosto del 2006.

In proposito va osservato che la giurisprudenza ha condivisibilmente interpretato la deroga al divieto di licenziamento di cui all'art. 54, comma 3, lett. *b*, sopra richiamato, per il caso di cessazione di attività, nel senso che il licenziamento sia possibile – come previsto all'ultimo comma del medesimo articolo per la deroga all'analogo divieto di sospensione della lavoratrice nello stesso periodo della gravidanza e del puerperio – anche nel caso di cessazione dell'attività del reparto (e quindi anche dell'unità locale) cui essa è addetta, sempre che il reparto abbia autonomia funzionale, e a condizione che il datore di lavoro assolva l'onere probatorio – a proprio carico – circa l'impossibilità di utilizzare la lavoratrice presso altri reparti dell'azienda.

E invero, trattandosi di disposizione che eccezionalmente consente il licenziamento della lavoratrice in stato di gravidanza, essa non solo è di stretta interpretazione, ma altresì assoggettata a un'interpretazione di particolare rigore.

Tale principio è stato affermato anche dalla Suprema Corte, la quale ha avuto modo di precisare che «la deroga al divieto di licenziamento non può essere esclusa per il solo fatto che, presso altro reparto dell'azienda, la forza lavoro sia integrata con il personale non iscritto a libro matricola, dovendosi anche in tale ipotesi accertare la possibilità di collocare utilmente la dipendente nel reparto stesso» (Cass. civ., Sez. lav., 21 dicembre 2004, n. 23684; vedi anche Cass. civ., Sez. lav., 8 settembre 1999, n. 9551).

Nel caso di specie il datore di lavoro si è limitato a produrre, per ordine del giudice, su richiesta di esibizione della controparte, copia del libro matricola, al fine di provare di non aver assunto altro personale dalla data del licenziamento della (*Omissis*).

Inoltre alla prima udienza del 22 febbraio 2007 il legale rappresentante della resistente (*Omissis*) ha dichiarato di aver dovuto licenziare il dipendente (*Omissis*) addetto alla sede di Cesena, ma ha poi rettificato, a fronte della contestazione della ricorrente, precisando che anch'egli si è dimesso, e non ha neppure offerto di provare (eventualmente articolando prove in ordine all'organizzazione della struttura aziendale) di non poter utilizzare la lavoratrice (*Omissis*) in alcun modo nell'ambito della sede di Cesena, a maggior ragione tenuto conto del fatto che si era creato un posto a causa delle dimissioni del (*Omissis*) non risultando elemento di prova sufficiente a tale scopo il fatto che dal libro matricola non risultano assunzioni di personale successive a quelle di (*Omissis*).

Alla luce di quanto sopra sussistono, ai fini della presente decisione cautelare, sufficienti elementi in ordine al *fumus boni iuris* della domanda di merito che la ricorrente dovrà proporre, sussistendo, cioè, elementi per considerare in via deliberativa nullo il licenziamento irrogato alla lavoratrice, con la conseguente riammissione al lavoro della stessa (nelle modalità e condizioni previste dalla legge per il periodo di maternità in corso) e con le ulteriori conseguenze economiche previdenziali che potranno essere fatte valere nel giudizio di merito.

Trattandosi di impresa con meno di quindici dipendenti, come si evince dal libro matricola prodotto, non può essere pronunciato formale provvedimento di reintegrazione, d'altra parte neppure richiesto dalla ricorrente, che ha appunto domandato la riassunzione nel posto di lavoro. (*Omissis*)

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE LE DECISIONI NEL TRIMESTRE LUGLIO-SETTEMBRE 2008

RAPPORTO DI LAVORO (a cura di Massimo Pallini)

SOMMARIO: 1. Inapplicabilità al personale regionale della decurtazione delle diarie per missione imposta dal d.l. n. 223/2006. — 2. Legittimità costituzionale della decorrenza del termine annuale dell'impugnazione dal deposito della sentenza (non comunicata) di cui all'art. 327 cod. proc. civ.

1. — *Inapplicabilità al personale regionale della decurtazione delle diarie per missione imposta dal d.l. n. 223/2006* — La Regione Valle d'Aosta ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 1, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223. Ad avviso della ricorrente, la norma statale denunciata (la quale prevede che «Le diarie per le missioni all'estero di cui alla tabella B allegata al decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica in data 27 agosto 1998 [...] sono ridotte del 20 per cento a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto», e, nel secondo periodo, che «La riduzione si applica al personale appartenente alle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165) violerebbe: a) gli artt. 117, comma 3, e 119, comma 2, della Costituzione — «che garantiscono, ai sensi dell'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001, anche la sfera di autonomia finanziaria della Regione Valle d'Aosta» —, perché fissa vincoli puntuali a singole voci di spesa dei bilanci della Regione e degli enti locali e, così facendo, lede la loro autonomia finanziaria di spesa; b) l'art. 2, lettera a, dello Statuto speciale — il quale riserva alla potestà legislativa regionale la disciplina in materia di «ordinamento degli uffici e degli enti dipendenti dalla Regione e stato giuridico ed economico del personale» —, perché la determinazione normativa di una diaria o di un'indennità di trasferta per missioni all'estero rientra nell'ambito materiale riguardante il trattamento economico del dipendente regionale; c) il combinato disposto degli artt. 3, lettera f, dello Statuto speciale, 117, comma 3, e 119, comma 2, Cost., che, sempre «in forza della clausola di cui all'art. 10, legge cost. n. 3 del 2001», qualifica — nell'ambito dei principi individuati con legge dello Stato, in materia di finanze regionali e comunali — la competenza normativa della Regione a introdurre norme legislative di integrazione e

attuazione «non più come meramente suppletiva rispetto a quella statale, ma garantita nell'ambito dei principi di coordinamento stabiliti dallo Stato, il quale deve, dunque, limitarsi alla fissazione di tali principi», non potendo vincolare la spesa per il personale delle amministrazioni comunali. La Corte Cost. ha ritenuto la questione inammissibile, in quanto la norma censurata non trova applicazione al personale regionale (1). Le diarie nette per missioni all'estero per cui trova applicazione la norma sono esclusivamente quelle di cui godono «gruppi di personale dello Stato e delle Università»; la norma censurata, invece, non menziona in alcun modo il personale delle Regioni e degli enti locali. Di conseguenza, il secondo periodo dello stesso comma 1 – per il quale «La riduzione si applica al personale appartenente alle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni» – ad avviso della Consulta deve essere interpretato restrittivamente, in conformità a quanto disposto dal primo periodo del medesimo comma, che, mediante il richiamo alla indicata tabella B allegata al decreto ministeriale, circoscrive l'ambito soggettivo di applicazione della norma denunciata alle categorie di personale menzionate in detta tabella.

2. — *Legittimità costituzionale della decorrenza del termine annuale dell'impugnazione dal deposito della sentenza (non comunicata) di cui all'art. 327 cod. proc. civ.* — La Corte d'Appello di Venezia ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 327 cod. proc. civ., nella parte in cui prevede la decorrenza del termine annuale per l'impugnazione dalla pubblicazione della sentenza, anziché dalla sua comunicazione a cura della cancelleria, per violazione dell'art. 24 Cost., in quanto non sarebbe assicurato alle parti il diritto di difesa costituzionalmente garantito, per non essere alle stesse assicurato il godimento per intero del termine per impugnare. La Corte Cost. ha ritenuto la questione infondata (2). Ad avviso del giudice delle leggi l'art. 327 cod. proc. civ. – il quale prevede la decadenza dalla impugnazione dopo

(1) Corte Cost., sentenza 9-18 luglio 2008, n. 290 – Pres. Bile, Red. Gallo: *dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale del comma 1 dell'art. 28 del decreto legge n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge n. 248 del 2006, promosse, in riferimento agli artt. 117, comma 3, e 119, comma 2, della Costituzione, agli artt. 2, lettera a, e 3, lettera f, dello Statuto speciale per la Valle d'Aosta, nonché all'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione), dalla Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, con il ricorso indicato in epigrafe.*

(2) Corte Cost., sentenza 9-25 luglio 2008, n. 297 – Pres. Bile, Red. Finocchiaro: *dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 327, comma 1, del codice di procedura civile, sollevata, in riferimento all'art. 24 della Costituzione, dalla Corte d'Appello di Venezia, con l'ordinanza indicata in epigrafe.*

il decorso di un anno del diritto di pubblicazione della sentenza, indipendentemente dalla notificazione di questa – opera un non irragionevole bilanciamento tra l'indispensabile esigenza di tutela della certezza delle situazioni giuridiche e il diritto di difesa. L'ampiezza del termine annuale consente al soccombente di informarsi tempestivamente della decisione che lo riguarda, facendo uso della diligenza dovuta nella cura dei propri interessi. La decorrenza fissata con riferimento alla pubblicazione, secondo la costante giurisprudenza di legittimità, è un corollario del principio secondo cui, dopo un certo lasso di tempo, la cosa giudicata si forma indipendentemente dalla notificazione della sentenza a istanza di parte: sicché lo spostamento del *dies a quo* dalla data di pubblicazione a quella di comunicazione non solo sarebbe contraddittorio con la logica del processo, ma restringerebbe irrazionalmente il campo di applicazione del termine lungo di impugnazione alle parti costituite in giudizio, alle quali soltanto la sentenza è comunicata *ex officio*. La Corte non si è astenuta dal rilevare che, con molteplici decisioni, emesse in materia fallimentare, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di norme sulla decorrenza di termini processuali per l'impugnazione di un atto da un determinato evento (*ex plurimis*: sentenze n. 201 del 1993; n. 881 del 1988; nn. 156 e 102 del 1986; n. 303 del 1985) o dall'affissione (*ex plurimis*: sentenze n. 224 del 2004; n. 211 del 2001; nn. 152 e 151 del 1980) anziché dalla comunicazione dello stesso. Tuttavia, la Corte ha sottolineato che questo principio è stato enunciato in riferimento a ipotesi in cui i termini fissati dal legislatore, a parte l'incertezza e inconoscibilità della loro decorrenza, erano oggettivamente esigui: si trattava comunque di ipotesi ontologicamente diverse da quella prevista dall'art. 327 cod. proc. civ., dal momento che solamente per quest'ultima ipotesi – e non anche per le altre di cui alle richiamate pronunce – l'interessato è posto in condizione di conoscere la decorrenza iniziale del termine decadenziale, senza l'imposizione di oneri eccedenti la normale diligenza.

SICUREZZA SOCIALE

(a cura di Lorenzo Fassina)

SOMMARIO: 1. Decadenza per la pensione privilegiata. — 2. Invalidi civili extracomunitari.

1. — *Decadenza per la pensione privilegiata* — Il termine di 5 anni per la domanda per la pensione privilegiata decorre dalla manifestazione della malattia, non dalla data di cessazione dal servizio. È quindi incostituzionale l'art. 169 del d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092, nella parte in cui non prevede che, allorché la malattia insorga dopo i cinque anni dalla cessazione dal servizio, il termine quinquennale di decadenza per l'inoltro della domanda di accertamento della dipendenza delle infermità o delle lesioni contratte, ai fini dell'ammissibilità della domanda di trattamento privilegiato, decorra dalla manifestazione della malattia stessa. A sollevare il dubbio di costituzionalità, in relazione agli artt. 3 e 38, comma 2, Cost., era stata la Corte dei Conti della Liguria in relazione al caso di una vedova di un militare deceduto per mesotelioma pleurico la cui istanza di pensione privilegiata venne respinta dal Ministero della difesa in quanto prodotta decorso il termine quinquennale dalla cessazione del rapporto di lavoro, nonostante la Cmo avesse riconosciuto l'infermità dipendente dal servizio ancorché successivamente al suddetto quinquennio. Ad avviso del giudice rimettente, la norma censurata si poneva in contrasto con l'art. 3 della Costituzione in quanto foriera di disparità di trattamento tra lavoratori colpiti da malattia a decorso normale e quelli affetti da patologie a lunga latenza. Il dubbio di costituzionalità scaturisce dalle attuali conoscenze mediche che hanno portato alla luce nuove malattie di origine lavorativa la cui manifestazione può avvenire dopo un lungo e non preventivabile periodo di latenza in assenza di alcuna specifica sintomatologia. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 323/2008 (1), ha

(1) Corte Cost. 1° agosto 2008, n. 323 – Pres. Bile, Red. Saulle:
dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 169 del d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092 (Approvazione del Testo Unico delle norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato), nella parte in cui non prevede che, allorché la malattia insorga dopo i cinque anni dalla cessazione dal servizio, il termine quinquennale di deca-

giudicato fondato il dubbio di legittimità costituzionale: il nuovo *dies a quo* da cui far decorrere il termine decadenziale non sostituisce quello contemplato nella norma impugnata ma si applica limitatamente ai casi di forme morbose che insorgono dopo cinque anni dalla cessazione dal servizio. Ciò vuol dire che per l'ammissibilità della domanda si deve far riferimento a due termini decadenziali, in ragione del momento in cui la malattia si è manifestata: per le patologie insorte entro cinque anni dalla cessazione dal servizio, il termine decadenziale decorre dalla data di cessazione dal servizio; per quelle insorte dopo cinque anni dalla cessazione dal servizio, il termine decadenziale decorre dalla data di manifestazione della malattia stessa.

2. — *Invalidi civili extracomunitari* — È illegittimo prevedere il requisito reddituale per l'ottenimento dell'indennità di accompagnamento in favore degli invalidi civili extracomunitari privi di Carta di soggiorno (ora Permesso Ce): la Corte Costituzionale, quindi, con sentenza n. 306/2008 (2), ha considerato manifestamente irragionevole subordinare l'attribuzione di una prestazione assistenziale quale l'indennità di accompagnamento – i cui presupposti sono la totale disabilità al lavoro, nonché l'incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita – al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio la titolarità di un reddito. Tale irragionevolezza incide sul diritto alla salute, inteso anche come diritto ai rimedi possibili, e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza. Ne consegue il contrasto delle disposizioni censurate (art. 80, comma 19, legge 23 dicembre 2000, n. 388, e art. 9, com-

denza per l'inoltro della domanda di accertamento della dipendenza delle infermità o delle lesioni contratte, ai fini dell'ammissibilità della domanda di trattamento privilegiato, decorra dalla manifestazione della malattia stessa.

(2) Corte Cost. 30 luglio 2008, n. 306 – Pres. Bile, Red. Amirante:

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), e dell'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) – come modificato dall'art. 9, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189, e poi sostituito dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 –, nella parte in cui escludono che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18, possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la Carta di soggiorno e ora previsti, per effetto del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 (Attuazione della Direttiva n. 2003/109/Ce relativa allo status di cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo), per il Permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo.

ma 1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) non soltanto con l'art. 3 Cost., ma anche con gli artt. 32 e 38 Cost., nonché – tenuto conto che quello alla salute è diritto fondamentale della persona – con l'art. 2 della Costituzione. Sotto tale profilo la normativa censurata viola l'art. 10, comma 1, della Costituzione, dal momento che tra le norme del Diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato.

RAPPORTO DI LAVORO

CASSAZIONE, 16 giugno 2008, n. 16207, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Balletti, P.M. Riello (Diff.) – Electrolux Home Products Italy Spa (avv.ti Trifirò, Favalli, Zucchinali) c. M. G. (avv.ti Bologna, Petrino). Diff. Corte d’App. Milano 30 agosto 2004.

Lavoro subordinato – Estinzione del rapporto – Licenziamento individuale per giusta causa – Congedo parentale ex art. 32, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 151 del 2001 – Natura e funzione – Diritto potestativo diretto al soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e del suo inserimento nella famiglia – Utilizzazione del congedo per finalità diverse (nella specie, attività lavorativa in esercizio commerciale di proprietà del coniuge) – Abuso per sviamento dalla funzione del diritto – Configurabilità – Conseguenze – Licenziamento per giusta causa – Configurabilità.

In tema di congedo parentale, l’art. 32, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 151 del 2001, nel prevedere – in attuazione della legge delega n. 53 del 2000 – che il lavoratore possa astenersi dal lavoro nei primi otto anni di vita del figlio, percependo dall’ente previdenziale un’indennità commisurata a una parte della retribuzione, configura un diritto potestativo che il padre-lavoratore può esercitare nei confronti del datore di lavoro, nonché dell’ente tenuto all’erogazione dell’indennità, onde garantire con la propria presenza il soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e della sua esigenza di un pieno inserimento nella famiglia; pertanto, ove si accerti che il periodo di congedo viene utilizzato dal padre per svolgere una diversa attività lavorativa si configura un abuso per sviamento della funzione del diritto, idoneo a essere valutato dal giudice ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, non assumendo rilievo che lo svolgimento di tale attività (nella specie, presso una pizzeria di proprietà della moglie) contribuisca a una migliore organizzazione della famiglia. (1)

(*Omissis*)

Il ricorso contiene sei motivi di impugnazione.

Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione della legge n. 53 del 2000, artt. 1 ss., e del d.lgs. n. 115 del 2003, artt. 1 ss. e 32 ss., erronema interpretazione della legge *ex art.* 12 preleggi e difetto di motivazione. Si lamenta che la Corte d'Appello abbia male interpretato la normativa sul congedo parentale, ritenendo erroneamente che quest'ultimo debba essere concesso in un caso non contemplato dalla legge e non giustificato da alcuna ragione (*Omissis*)

Il terzo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2104 cod. civ. e vizio di motivazione, lamentandosi che la Corte escluda di per sé ogni possibile controllo in ordine alla corrispondenza causale fra ragioni dell'assenza dal lavoro e attività da lui svolta.

(*Omissis*)

Il primo e il terzo motivo, congiuntamente esaminati perché intimamente connessi, sono invece fondati non potendosi condividere la predetta interpretazione fornita dalla Corte territoriale.

Una sommaria ricognizione del contesto normativo riguardante le prestazioni previdenziali e assistenziali connesse alla protezione sociale della famiglia consente di rilevare, innanzitutto, che la giurisprudenza costituzionale ha affermato, fin dagli anni ottanta, l'operatività della garanzia costituzionale – precipuamente riferita all'art. 31 Cost. – anche in situazioni indipendenti dall'evento della maternità naturale, riferibili anche alla paternità, sul presupposto che la tutela assolve alle esigenze di carattere relazionale e affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino (e che vanno soddisfatte anche nel caso di affidamento, garantendo una paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura ed educazione della prole, senza distinzione e separazione dei ruoli tra uomo e donna) (Corte Cost. n. 1 del 1987; n. 179 del 1993).

La successiva evoluzione del quadro normativo, secondo le linee indicate da questa giurisprudenza, ha portato – in base alla delega contenuta nella legge 8 marzo 2000, n. 53 – alla introduzione del Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

Il d.lgs. n. 151 del 2001, art. 32, prevede i congedi parentali e dispone che per ogni bambino, nei suoi primi otto anni di vita, ciascun genitore ha diritto di astenersi dal lavoro; tale diritto compete: alla madre lavoratrice, trascorso il periodo di congedo di maternità, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi (comma 1, lett. *a*); al padre lavoratore, dalla nascita del figlio, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi (comma 1, lett. *b*). Il congedo parentale spetta al genitore richie-

dente anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto (comma 4); ai fini dell'esercizio del diritto il genitore è tenuto, salvi i casi di oggettiva impossibilità, a preavvisare il datore di lavoro secondo modalità e criteri definiti dai contratti collettivi, comunque con un periodo di preavviso non inferiore a quindici giorni (comma 3). Per i periodi di congedo parentale, alle lavoratrici e ai lavoratori è dovuta un'indennità, calcolata in misura percentuale sulla retribuzione secondo le modalità previste per il congedo di maternità (art. 34, commi 1 e 4).

Alla stregua di tale disciplina, il congedo parentale – nella specie spettante al padre lavoratore – si configura come un diritto potestativo costituito dal comportamento con cui il titolare realizza da solo l'interesse tutelato e a cui fa riscontro, nell'altra parte, una mera soggezione alle conseguenze della dichiarazione di volontà. Tale diritto, in particolare, viene esercitato, con il solo onere del preavviso, sia nei confronti del datore di lavoro, nell'ambito del contratto di lavoro subordinato, con la conseguente sospensione della prestazione del dipendente, sia nei confronti dell'ente previdenziale, nell'ambito del rapporto assistenziale che si costituisce *ex lege* per il periodo di congedo, con il conseguente obbligo del medesimo ente di corrispondere l'indennità.

Come riconoscono gli stessi giudici di appello, la configurazione di tale diritto non esclude la verifica di tale modalità del suo esercizio, per mezzo di accertamenti probatori consentiti dall'ordinamento, ai fini della qualificazione del comportamento del lavoratore negli ambiti suddetti (quello del rapporto negoziale e quello del rapporto assistenziale). Tale verifica, che nella fattispecie è stata compiuta soprattutto in base alle stesse dichiarazioni del lavoratore e secondo l'acquisizione la cui validità non è in contestazione fra le parti, trova giustificazione, sul piano sistematico, nella considerazione che – precipuamente nella materia in esame – anche la titolarità di un diritto potestativo non determina mera discrezionalità e arbitrio nell'esercizio di esso e non esclude la sindacabilità e il controllo degli atti – mediante i quali la prerogativa viene esercitata – da parte del giudice, il cui accertamento può condurre alla declaratoria di illegittimità dell'atto e alla responsabilità civile dell'autore, con incidenza anche sul rapporto contrattuale.

(*Omissis*)

Ma, più in generale, si deve osservare che l'individuazione, sempre più frequente nel cd. diritto applicato, di singole fattispecie riconducibili a tale sviamento, derivanti dallo sviluppo del quadro normativo e dalla complessità delle tutele riconosciute ai soggetti, anche in relazione all'attuazione di principi costituzionali e all'incidenza di norme e criteri di Diritto internazionale che interagiscono con l'ordinamento interno, richiede – come la dottrina non ha mancato di rilevare – una concezione dei diritti sogget-

tivi, e di tutte le prerogative che sono oggetto di riconoscimento normativo, fondata ormai sulla precisa identificazione delle sostanziali funzioni che la norma positiva attribuisce al diritto soggettivo e delle conseguenze, non meramente risarcitorie, che ricadono sul rapporto giuridico per effetto della deviazione da tali funzioni, secondo una costruzione ben diversa da quella tradizionalmente adottata, che colloca invece il predetto sviamento fuori dall'ambito del diritto soggettivo e finisce per qualificarlo come un normale illecito, in quanto integrante un eccesso di diritto.

Orbene, si deve ritenere in generale che quante volte esista un diritto soggettivo si configura necessariamente una corrispondenza oggettiva fra il potere di autonomia conferito al soggetto e esercizio di fatto di quel potere, secondo un legame che è ben evidente nella cd. autonomia funzionale i cui poteri sono positivamente esercitati in funzione della cura di interessi determinati, come avviene normalmente nell'autonomia pubblica ma come avviene anche, sempre più diffusamente, nell'autonomia privata, onde l'esercizio del diritto soggettivo non si ricollega più all'attuazione di un potere assoluto e imprescindibile ma presuppone un'autonomia, libera, comunque collegata alla cura di interessi, soprattutto ove si tratti – come nella specie – di interessi familiari tutelati nel contempo nell'ambito del rapporto privato e nell'ambito del rapporto con l'ente pubblico di previdenza, sì che 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. E ben s'intende come la immanenza di una siffatta funzione in ogni diritto, e massimamente in quelli che corrispondono a interessi, non meramente economici, costituzionalmente protetti, non richiede una previsione specifica, con una positiva regolamentazione (*Omissis*)

L'abuso del diritto, così inteso, può dunque avvenire sotto forme diverse, a seconda del rapporto cui esso inerisce, sicché, con riferimento al caso di specie, rileva la condotta contraria alla buona fede, o comunque lesiva della buona fede altrui, nei confronti del datore di lavoro, che in presenza di un abuso del diritto di congedo si vede privato ingiustamente della prestazione lavorativa del dipendente e sopporta comunque una lesione (la cui gravità va valutata in concreto) dell'affidamento da lui riposto nel medesimo, mentre rileva l'indebita percezione dell'indennità e lo sviamento dell'intervento assistenziale nei confronti dell'ente di previdenza erogatore del trattamento economico.

In base al descritto criterio della funzione, deve ritenersi verificato un abuso del diritto potestativo di congedo parentale, di cui al d.lgs. n. 151 del 2001, art. 32, comma 1, lett. *b*, allorché il diritto venga esercitato non per la cura diretta del bambino, bensì per attendere ad altra attività di la-

voro, ancorché incidente positivamente sull'organizzazione economica e sociale della famiglia.

Anche per tale congedo, infatti, si configura una *ratio* del tutto analoga a quella delineata dalla Corte Costituzionale nelle pronunce che, come si è visto, hanno storicamente influenzato le scelte del legislatore nella emanazione della legge delega del 2000 e del successivo Testo Unico del 2001: in particolare, con le sentenze n. 104 del 2003, n. 371 del 2003 e n. 385 del 2005 i giudici costituzionali hanno ribadito come la tutela della paternità si risolva in misure volte a garantire il rapporto del padre con la prole in modo da soddisfare i bisogni affettivi e relazionali del bambino al fine dell'armonico e sereno sviluppo della sua personalità e del suo inserimento nella famiglia; tutte esigenze che, richiedendo evidentemente la presenza del padre accanto al bambino, sono impedito dallo svolgimento dell'attività lavorativa e impongono pertanto la sospensione di questa, affinché il padre dedichi alla cura del figlio il tempo che avrebbe invece dovuto dedicare al lavoro. Si comprende, allora, che una siffatta conversione delle ore di lavoro, se pure non deve essere intesa alla stregua di una rigida sovrapposibilità temporale, non può però ammettere un'accudienza soltanto indiretta, per interposta persona, mediante il solo contributo a una migliore organizzazione della vita familiare, poiché quest'ultima esigenza può essere assicurata da altri istituti (contrattuali o legali) che solo indirettamente influiscono sulla vita del bambino e che, in ogni caso, mirano al soddisfacimento di necessità diverse da quella tutelata con il congedo parentale, il quale non attiene a esigenze puramente fisiologiche del minore ma, specificamente, intende appagare i suoi bisogni affettivi e relazionali onde realizzare il pieno sviluppo della sua personalità sin dal momento dell'ingresso nella famiglia.

Con questi presupposti, si rileva insostenibile, nella controversia in esame, la tesi della realizzazione di tali esigenze della figlia minorenni attraverso lo svolgimento di attività lavorativa, da parte del padre in congedo, nella pizzeria della moglie. Al contrario, esclusa tale possibilità e considerato che il legittimo esercizio del congedo postula la presenza del padre accanto alla propria bambina, sarebbe stato necessario valutare le risultanze istruttorie acquisite in giudizio onde accertare se e con quali modalità tale presenza si sia realizzata e come siano state utilizzate, in concreto, le ore della giornata rese disponibili per effetto del congedo. Devono accogliersi, perciò, le censure della società ricorrente nel primo e nel terzo motivo, mentre restano assorbite le censure di cui ai motivi quarto, quinto e sesto.

La sentenza impugnata va dunque cassata in relazione ai motivi accolti e la causa va rinviata ad altro giudice d'appello (*Omissis*)

(1) ABUSO DEL DIRITTO AL CONGEDO PARENTALE
E LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA

La sentenza in epigrafe si segnala per aver, per la prima volta, a quanto consta, ammesso la sindacabilità delle modalità di esercizio del diritto al congedo parentale *ex art.* 32, d.lgs. n. 151 del 2001, nel caso di specie usufruito dal padre lavoratore. In particolare, la Suprema Corte, nella decisione in commento, mettendo ben in evidenza la funzione dell'istituto in esame, ha statuito l'incompatibilità tra l'esercizio del diritto al congedo parentale e lo svolgimento di una diversa attività lavorativa, sicché, in tal caso, la condotta del lavoratore, configurandosi quale abuso del diritto, può integrare una giusta causa di licenziamento.

La disciplina delle astensioni dal lavoro in relazione alle esigenze dei figli, in un primo momento prerogativa esclusiva della madre, è stata successivamente estesa anche al padre, grazie all'intervento della Corte Costituzionale [Corte Cost. 19 gennaio 1987, n. 1 (in q. *Riv.*, 1987, p. 3, con nota di Galli, *La Corte Costituzionale e i padri lavoratori*), che ha riconosciuto al padre il diritto all'astensione obbligatoria nel caso in cui la madre sia deceduta o gravemente malata; Corte Cost. 15 luglio 1991, n. 341 (in *Giur. it.*, 1991, p. 1249, con nota di Di Nunzio, *Un altro passo verso la parità tra i sessi nel Diritto del lavoro*), sul diritto all'astensione dal lavoro nei primi tre mesi di vita del bimbo in alternativa alla madre; Corte Cost. 21 aprile 1993, n. 179 (in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 143, con nota di Saetta, *Il ruolo del padre lavoratore nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale*), che ha esteso al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, il diritto ai riposi giornalieri previsti (cd. di allattamento)].

Successivamente, l'influenza del Diritto comunitario (Direttiva n. 96/34/Ce) e della giurisprudenza costituzionale ha spinto il legislatore a riorganizzare l'intera disciplina, adottando prima la legge n. 53 del 2000 e poi il d.lgs. n. 151 del 2001 (Testo Unico in materia di tutela e sostegno a maternità e paternità) [Del Punta, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari, formativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, p. 149; Minala Costa, *Il Testo Unico sui congedi parentali*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, p. 63; Nicolini, *Congedi parentali*, Milano, 2000, p. 55; Gottardi, *I congedi parentali nell'ordinamento italiano*, in *Lav. dir.*, 1999, p. 498; Riccardi, *I congedi parentali*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 350; Topo, *La tutela della maternità e della funzione parentale*, in Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 1998, p. 579]. La nuova regolamentazione dei congedi parentali prevede una duplice distinzione: tra congedo di maternità, connesso all'evento nascita, al fine di tutelare la salute della madre e del bambino, e congedi parentali, attribuiti a entrambi i genitori e volti ad assicurare alla prole l'assistenza necessaria alla propria crescita. Da tale evoluzione, risulta chiaro che l'astensione dal lavoro non ha più l'originario necessario collegamento con la maternità naturale e non ha più, come esclusiva funzione, la protezione della salute della donna e il soddisfacimento delle esigenze, puramente fisiologiche, del minore, ma è diretta anche, come più volte ribadito dalla Corte Costituzionale, ad appagare i bisogni affettivi e relazionali del bambino, per realizzare il pieno sviluppo della sua personalità.

Si vuole, in tal modo, garantire una paritetica partecipazione di entrambi i genitori alla cura dei figli, senza distinzione o separazione dei ruoli fra uomo e donna, al fine di consentire un sano sviluppo del legame genitoriale, senza comprometterne la po-

sizione lavorativa (Fontana, *Il lento e faticoso sviluppo della disciplina dei cd. «permessi di paternità»*, in *Dir. lav.*, 1999, p. 407).

In particolare, l'art. 32 del d.lgs. n. 151 del 2001 prevede che, per ogni figlio e fino al compimento dell'ottavo anno di vita, entrambi i genitori hanno diritto ad assentarsi dal lavoro per periodi complessivamente non superiori a dieci mesi, elevabili a undici in talune ipotesi previste dalla legge. Il lavoratore (padre o madre) che voglia usufruire del congedo deve darne comunicazione in anticipo al datore di lavoro secondo le modalità disciplinate dalla contrattazione collettiva e, comunque, con un periodo di preavviso non inferiore a quindici giorni. L'esercizio del diritto al congedo comporta, sul piano del rapporto di lavoro, la sospensione della prestazione lavorativa, e su quello assistenziale, costituito *ex lege* per il periodo del congedo, l'obbligo dell'ente previdenziale di erogare la relativa indennità secondo quanto previsto dall'art. 34 del medesimo decreto [Zilio Grandi, *La sospensione del rapporto*, in Bessone (diretto da), *Trattato di Diritto privato, Il lavoro subordinato*, a cura di Carinci, Tomo III, Milano, 2007, pp. 569 ss.]. Secondo l'interpretazione fornita dalla decisione in commento, il congedo parentale, pur configurandosi come diritto potestativo, in quanto potere di modificare l'altrui sfera giuridica mediante atto unilaterale (Calafà, *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova, 2004, p. 190; Fabris, *Congedi parentali: anche la Corte di Giustizia può sbagliare*, in *Lav. giur.*, 2008, p. 462; Carpino, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur.*, Milano, 1989; Russo, voce *Diritti soggettivi*, *ivi*, 2005), non esclude il controllo da parte del giudice sulle modalità del suo esercizio, potendone accertare l'illegittimità e la responsabilità civile dell'autore, con incidenza anche sul rapporto contrattuale, secondo una concezione, ormai consolidata nel cd. diritto vivente, in base alla quale ogni diritto è tutelato per la precisa funzione che l'ordinamento vuole realizzare (Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, del 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 1154; Cass., Ss.Uu., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Giur. it.*, 2006, p. 2279). In tal modo, come correttamente statuito dalla Suprema Corte, anche l'esercizio del diritto al congedo parentale, in virtù della sua funzione di cura di interessi familiari, tutelati nel contempo nell'ambito del rapporto di lavoro e in quello previdenziale, può considerarsi abuso in ordine a quel potere pure riconosciuto dall'ordinamento, allorché venga esercitato secondo criteri diversi da quelli richiesti dalla natura della sua funzione. Invero, come ribadito da numerose pronunce della Corte Costituzionale [Sentenze n. 104 del 2003 (in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 448, con nota di Marzucchi, *Quando eguaglianza fa rima con diversità: ai genitori adottivi spettano i riposi per un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare*), n. 371 del 2003 (in *Foro it.*, 2004, I, 995) e n. 385 del 2005 (in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 131, con nota di Fontana, *Equiparazione del lavoratore padre alla lavoratrice madre: la decisione della Consulta*)], la funzione dei congedi parentali, e in particolar modo quelli concessi al lavoratore padre, è quella di consentire la presenza fisica del genitore accanto al figlio, in modo da poter soddisfare i bisogni affettivi del bambino, al fine di realizzare l'armonico e sereno sviluppo della sua personalità. Tale finalità è, però, completamente vanificata dallo svolgimento di un'attività lavorativa, della quale si impone, anzi, la sospensione, affinché il padre possa dedicare alla cura del figlio il tempo che avrebbe dovuto dedicare al lavoro. Pertanto, nell'ipotesi in cui il lavoratore utilizzi il periodo di sospensione facoltativa non per accudire il figlio, ma per svolgere una diversa attività lavorativa, si configura un abuso per sviamento della funzione propria del diritto, idoneo a configurare una giusta causa di licenziamento, rile-

vando, nel caso di specie, «la condotta contraria alla buona fede, o comunque lesiva della buona fede altrui, nei confronti del datore di lavoro, che in presenza di un abuso del diritto di congedo si vede privato ingiustamente della prestazione lavorativa del dipendente e sopporta comunque una lesione (la cui gravità va valutata in concreto) dell'affidamento da lui riposto nel medesimo, mentre rileva l'indebita percezione dell'indennità e lo sviamento dell'intervento assistenziale nei confronti dell'ente di previdenza erogatore del trattamento economico». La decisione della Suprema Corte in commento appare, dunque, alla luce della minuziosa analisi svolta, pienamente condivisibile. Infatti, il rapporto di lavoro subordinato deve essere informato, in via generale, ai principi di correttezza, lealtà e buona fede. In conseguenza di ciò, anche con riguardo ai congedi parentali, da un lato, il datore di lavoro deve considerare la prevalente rilevanza del dovere di assistenza ai figli dei lavoratori e, dall'altro, questi ultimi devono esercitare il loro diritto in modo conforme alla funzione che l'ordinamento vuole realizzare con l'attribuzione del diritto stesso.

Barbara Caponetti

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

CASSAZIONE, 21 maggio 2008, n. 12985 – Pres. Mattone, Est. Nobile, P.M. Patrone – Poste Italiane Spa (avv. Trifirò) c. O. I. e altri.
Conf. Corte d'Appello Milano 26 ottobre 2004.

Contratto a termine – Condizioni legittimanti la clausola limitativa della durata – Mancanza – Conseguenze – Nullità del contratto ex art. 1419, comma 1, cod. civ. – Esclusione – Trasformazione a tempo indeterminato – Configurabilità.

L'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, anche anteriormente alla modifica introdotta dall'art. 39 della legge n. 247 del 2007, ha confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine un'ipotesi derogatoria pur nel sistema, del tutto nuovo, della previsione di una clausola generale legittimante l'apposizione del termine «per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». Pertanto, in caso di insussistenza delle ragioni giustificative del termine, e pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza delle dette ragioni, in base ai principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale, nonché alla stregua dell'interpretazione dello stesso art. 1 citato nel quadro delineato dalla Direttiva comunitaria n. 1999/70/Ce (recepita con il richiamato decreto), e nel sistema generale dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato, tracciato dalla Corte Cost. n. 210 del 1992 e n. 283 del 2005, all'illegittimità del termine e alla nullità della clausola di apposizione dello stesso consegue l'invalidità parziale relativa alla sola clausola e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (principio applicato in fattispecie di primo e unico contratto a termine). (1)

(Omissis)

Essendo, quindi, in discussione in questa sede soltanto le «pretese conseguenze della illegittimità del termine», rileva la Corte che la società ricorrente, sul punto, con il detto quinto motivo, denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 12 disp. gen., art. 1419 cod. civ., d.lgs. n. 368 del 2001, art. 1, e art. 115 cod. proc. civ., nonché vizi di motivazione.

In particolare la ricorrente deduce che la impugnata sentenza, pur avendo rilevato «la mancanza nel d.lgs. medesimo di una regola del tipo di quella fondamentale [...] contenuta nella legge n. 230» («Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate...»), «che sanciva la conversione in rapporto a tempo indeterminato del rapporto a termine sorto in assenza dei presupposti legali», e pur avendo ammesso che il legislatore ha espressamente previsto tale conversione per la violazione di al-

tre norme dello stesso d.lgs., ma non per quella riguardante il precetto sostanziale di cui all'art. 1, ha erroneamente ritenuto che «tale conseguenza sanzionatoria permarrebbe» anche nel vigore del d.lgs. n. 368 del 2001, in contrasto con il principio generale secondo cui *ubi lex voluit dixit*.

In tal modo, secondo la ricorrente, la Corte di merito, considerando la incongruenza di una applicazione «alla lettera» dell'art. 1 del d.lgs. citato che «comporterebbe una sanzione “a danno del soggetto tutelato”», si sarebbe sostituita al legislatore, il quale soltanto «può ritenere – per insindacabili ragioni di opportunità – di escludere una sanzione ritenuta eccessivamente gravosa per il datore di lavoro», potendo, peraltro, la «ritenuta irragionevolezza della scelta legislativa essere risolta unicamente da una pronuncia additiva della Corte Costituzionale, non certo da una interpretazione additiva del giudice ordinario».

Analogamente, secondo la ricorrente, la Corte di merito avrebbe considerato la pretesa violazione della «clausola di non regresso» dell'accordo allegato alla direttiva europea, laddove «tale asserita violazione, traducendosi in un eccesso di delega, dovrebbe essere giudicata dal giudice delle leggi», senza contare che la detta clausola è espressamente limitata all'«ambito coperto dall'accordo stesso», e non anche ai profili di tutela non espressamente considerati dallo stesso accordo e dalla direttiva.

Da ultimo, la ricorrente deduce che la sentenza impugnata «ha applicato analogicamente il d.lgs. n. 368 del 2001, artt. 4 e 5, al caso di nullità del termine per violazione dell'art. 1 del citato decreto». Ciò, secondo la ricorrente, «configura un *error in iudicando*, poiché a) l'analogia è preclusa dall'esistenza di una norma giuridica direttamente applicabile alla fattispecie e b) le norme in questione non sono applicabili per analogia, costituendo deroga al principio generale espresso dall'art. 1419 cod. civ.».

Le censure risultano infondate.

Pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza di ragioni giustificatrici o la nullità della clausola che le individui, legittimamente e correttamente la Corte di merito ha ricavato la sanzione dal «sistema», nel suo complesso, e dai principi generali, in tal modo non ricorrendo a una *analogia legis* e neppure sostituendosi al legislatore o al giudice delle leggi, bensì semplicemente interpretando la norma nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria (della quale è attuazione) e nel sistema generale (dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato) tracciato dalla stessa Corte Costituzionale.

Osserva innanzitutto il Collegio che il d.lgs. n. 368 del 2001, art. 1 (di attuazione della Direttiva n. 1999/70/Ce relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato), anche anteriormente alla esplicita introduzione del comma «premess» dalla recente legge 24 dicembre 2007, n. 247, art. 39

(«Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato»), ha senz'altro confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo, pur sempre, la apposizione del termine una ipotesi derogatoria, rispetto al detto principio (pur nel sistema del tutto nuovo della previsione di una clausola generale legittimante la apposizione del termine per «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», che ha sostituito il pregresso sistema delle ipotesi tassative di cui alla legge n. 230 del 1962, nonché quello della «delega» alla contrattazione collettiva di cui alla legge n. 56 del 1987, art. 23).

In tal senso (su cui v. già gli *obiter dicta* di questa Corte in Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, Cass. 26 luglio 2004, n. 14011) depongono numerosi argomenti.

In primo luogo l'elemento letterale già indica il carattere derogatorio rispetto alla regola (originariamente sottintesa e ora anche esplicitata), disponendo espressamente che «è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato» soltanto «a fronte» delle citate ragioni giustificative, laddove in assenza delle stesse ovviamente non è dalla legge consentita tale apposizione, la quale, peraltro (fatti salvi i rapporti puramente occasionali di durata non superiore a dodici giorni), deve risultare «da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni» dette. La apposizione del termine è quindi espressamente subordinata alla sussistenza di presupposti sostanziali e formali e tanto induce a ritenere confermato il suddetto carattere (prima ancora della chiara «premessa» introdotta dalla legge n. 247 del 2007).

Nello stesso senso depone anche l'esame dei lavori preparatori, atteso che il riferimento alla perdita del carattere di eccezionalità, contenuto nella relazione inviata alle Commissioni parlamentari (legge n. 422 del 2000, *ex art.* 1, comma 3), venne soppresso nella relazione definitiva, formulata dopo che entrambe le Commissioni avevano richiesto che venisse modificata pur avendo sollevato rilievi marginali sulle singole disposizioni, e considerato che nella relazione definitiva si legge invece che i contratti a tempo indeterminato continueranno a essere la «forma comune» dei rapporti di lavoro.

Alla stessa conclusione conduce, poi, la interpretazione cd. comunitaria (che nella specie ha anche valenza costituzionale *ex art.* 76 Cost., in quanto la delega al governo è limitata, legge n. 422 del 2000, *ex art.* 1, alle norme occorrenti per dare attuazione alla direttiva), atteso che dai «Considerando» della direttiva citata e dall'Accordo quadro allegato (Preambolo, Considerazioni generali e Clausole) risulta che:

«la realizzazione del mercato interno deve portare a un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità europea me-

dante il ravvicinamento di tali condizioni, che costituisca un progresso, soprattutto per quanto riguarda le forme di lavoro diverse dal lavoro a tempo indeterminato, al fine di raggiungere un equilibrio migliore tra la flessibilità dell'orario di lavoro e la sicurezza dei lavoratori; [...]

Le parti dell'Accordo quadro riconoscono che, da un lato, i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno a essere la forma comune dei rapporti di lavoro, poiché contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e al miglioramento delle loro prestazioni, ma che, dall'altro, i contratti di lavoro a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, alle necessità sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori;

l'Accordo quadro stabilisce i principi generali e i requisiti minimi relativi al lavoro a tempo determinato, stabilendo, in particolare, un regime di carattere generale volto a garantire la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato proteggendoli dalle discriminazioni, nonché a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato, rimettendo agli Stati membri e alle parti sociali la definizione delle modalità dettagliate di applicazione dei detti principi e disposizioni, al fine di tenere conto delle realtà di situazioni specifiche nazionali, settoriali e stagionali» (in tali sensi v. sentenza Corte di Giustizia Ce 4 luglio 2006, *Adeneler*, in causa C-212/04).

Pertanto, pur essendo stabilito «in particolare» un regime con riferimento alla parità di trattamento e alla prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di successivi rapporti a tempo determinato, non può negarsi che, comunque, «in generale», l'Accordo quadro, nello stabilire «i principi generali e i requisiti minimi relativi al lavoro a tempo determinato», si riferisce a (tutti) «i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato» (vedi «Considerando» n. 14) e, nel fissare il principio della «forma comune» del contratto a tempo indeterminato, si riferisce a (tutti) i «rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori» (vedi Preambolo).

In tal senso, quindi, non può condividersi la tesi, sostenuta da una parte della dottrina che, in base a una lettura incompleta della direttiva e della sentenza da ultimo citata (nonché della precedente sentenza *Mangold*, del 22 novembre 2005, in causa C-144/04), in sostanza, ritiene che il primo e unico contratto a tempo determinato, di per sé, sia estraneo all'oggetto della direttiva.

Del resto non pare che possa in qualche modo dubitarsi che, mentre la clausola n. 5 riguarda espressamente le «misure di prevenzione degli abusi» «derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato», le altre clausole dell'Accordo quadro (n. 1 Obiettivo, n. 2 Campo d'applicazione, n. 3 Definizioni, n. 4 Principio di non discriminazione, n. 6 Informazione e possibilità di impiego, n. 7 Informazione e con-

sultazione, n. 8 Disposizioni di attuazione) riguardano chiaramente tutti i «lavoratori a tempo determinato».

Tale conclusione, poi, non è in contrasto con la recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 44 del 2008, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 10, commi 9 e 10, nonché del d.lgs. n. 368 del 2001, art. 11, comma 1, nella parte in cui abroga la legge n. 56 del 1987, art. 23, comma 2, e la illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 2, dello stesso d.lgs. nella parte in cui detta la disciplina transitoria in riferimento alla legge n. 56 del 1987, citata, art. 23, comma 2 (in sostanza subordinando il diritto di precedenza nella assunzione presso la stessa azienda con la medesima qualifica dei lavoratori assunti a termine per lo svolgimento di attività stagionali, a due condizioni prima inesistenti: la previsione di tale diritto da parte della contrattazione collettiva nazionale applicabile, e il mancato decorso di un anno dalla cessazione del precedente rapporto).

La Corte ha, infatti, esaminato soltanto la specifica questione rimessa dal Tribunale di Rossano e ha semplicemente ritenuto che (con chiaro riferimento alla clausola n. 5 della direttiva) l'abrogazione – a opera delle norme censurate – della legge n. 56 del 1987, art. 23, comma 2, non rientrasse né nell'area di operatività della direttiva comunitaria, definita dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Mangold* sopra richiamata, né nel perimetro tracciato dal legislatore delegante.

Tanto rilevato in generale, va, però, innanzitutto, precisato che l'Accordo quadro (recepito dalla direttiva) non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere una eventuale trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come esso, peraltro, nemmeno stabilisce le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi (essendo soltanto previsto che il termine sia «determinato da condizioni oggettive quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico» – v. clausola n. 3): tuttavia esso impone agli Stati membri di adottare almeno una delle misure elencate nella clausola 5, n. 1, lett. da *a* a *c*, che sono dirette a prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti a tempo determinato successivi, pur restando fermo che gli Stati membri sono tenuti, in generale, nell'ambito della libertà che viene loro lasciata dall'art. 249, comma 3, Trattato Ce, a scegliere le forme e i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia pratica delle direttive (v. sentenza *Adeneler*, citata). Peraltro la clausola 8 dello stesso Accordo quadro dispone che: «1. Gli Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo.

2. Il presente accordo non pregiudica ulteriori disposizioni comunitarie più specifiche, in particolare per quanto riguarda la parità di trattamento e di opportunità uomo-donna.

3. 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».

Riguardo, poi, a tale clausola cd. «di non regresso» e al previsto «ambito», la sentenza *Mangold*, citata, precisa che una riforma peggiorativa «della protezione offerta ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'Accordo quadro quando non è in alcun modo collegata con l'applicazione di questo».

Orbene, in tale quadro «comunitario» – relativamente al lavoro privato (per il lavoro pubblico, che qui non interessa, vedi la diversa disciplina di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36, Corte Cost. n. 89/2003, nonché le sentenze della Corte di Giustizia *Ce Adeneler*, citata, e, in specie, *Vassallo*, del 7 settembre 2006, in causa C-180/04, *Marrosu e Sardino*, in pari data, in causa C-53/04) –, il d.lgs. n. 368 del 2001, art. 1, non prevede esplicitamente una sanzione per l'ipotesi della mancanza delle prescritte ragioni giustificative, anche se:

a) già nella sua formulazione, per evidente argomentazione *a contrario*, indica chiaramente che, in tale ipotesi, ciò che non è consentito dalla legge, con norma di inequivocabile carattere imperativo, è espressamente la «apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato»;

b) nel comma successivo, dispone esplicitamente che «l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1».

Invero la norma non può che essere letta nel suo insieme, nel sistema previsto dall'ordinamento e nel quadro di una interpretazione costituzionalmente orientata.

In primo luogo, osserva il Collegio che, se la *ratio* della previsione della specificazione delle dette ragioni con forma scritta *ad substantiam* è quella di garantire la certezza della natura del contratto, responsabilizzando il consenso del lavoratore, e di consentire al giudice il controllo effettivo del contenuto del contratto stesso, verificando, attraverso la applicazione della clausola generale, la conformità tra gli interessi programmati dalle parti e gli interessi riconosciuti meritevoli di tutela attraverso la regolamentazione del contratto medesimo, ne consegue logicamente che, nella sostanza, le sanzioni non possono non essere accomunate dalla detta *ratio*, tanto nel caso in cui il termine non risulti da atto scritto, quanto nel caso in cui manchi la indicazione di una sufficiente ragione giustificativa.

In tale prospettiva, quindi, anche l'argomento *ubi lex voluit dixit* non può avere un peso decisivo, tanto più se si considera che nel nostro ordinamento il meccanismo della nullità parziale è attuato oggettivamente in funzione del principio della conservazione del rapporto contrattuale, la quale, in sostanza, in generale, costituisce la regola-principio che assume, altresì, una particolare rilevanza nel Diritto del lavoro.

Al riguardo vanno ricordati i principi più volte affermati da questa Corte, da un lato, circa il carattere eccezionale della nullità totale (v., fra le altre, Cass. 16 novembre 1996, n. 10050, Cass. 13 novembre 1997, n. 11248), dall'altro, circa la portata della norma di cui al comma 2 dell'art. 1419 cod. civ.

In particolare è stato affermato che ai fini dell'operatività della disposizione di cui all'art. 1419 cod. civ., comma 2, il quale contempla la sostituzione delle clausole nulle di un contratto contrastanti con norme inderogabili, con la normativa legale, non si richiede che le disposizioni inderogabili dispongano espressamente la sostituzione, in quanto «la locuzione codicistica ("sono sostituite di diritto") va interpretata non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto, cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina» (v. Cass., Sez. III, 21 agosto 1997, n. 7822; vedi anche Cass., Sez. III, 22 maggio 2001, n. 6956, Cass. 5 dicembre 2003, n. 18654; *contra* cfr. Cass., Sez. II, 28 giugno 2000, n. 8794, Cass., Sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170).

Tale indirizzo risulta coerente anche sul piano sistematico (trascurato dalla tesi contraria), in rapporto al principio generale fissato dall'art. 1339 cod. civ. che ha una portata generale nel quadro della (etero)integrazione della regolamentazione contrattuale.

Peraltro questa Corte ha altresì costantemente affermato che la disposizione dell'art. 1419 cod. civ., comma 2, «impedisce che al risultato dell'invalidità dell'intero contratto possa pervenirsi in considerazione della sussistenza di un vizio del consenso cagionato da errore di diritto essenziale, avente a oggetto la clausola nulla in rapporto alla norma imperativa destinata a sostituirla, poiché l'essenzialità di tale clausola rimane esclusa dalla stessa prevista sua sostituzione con una regola posta a tutela di interessi collettivi di preminente interesse pubblico» (v., fra le altre, Cass. 23 gennaio 1999, n. 645, Cass., Sez. III, 29 settembre 2005, n. 19156).

In particolare, poi, Cass. 13 maggio 1983, n. 3293 (pur con riferimento al pregresso regime di cui alla legge n. 230 del 1962), ha altresì precisato che «tale principio trova applicazione anche nel caso di apposizione del termine finale a un contratto di lavoro subordinato, fuori dalle ipotesi espressamente previste dalla legge, che non può mai essere considerata come una causa *si-*

ne qua non della stipulazione, ma costituisce un patto che [...] è riconducibile al novero degli *accidentalium negotiorum*.

Tale riconducibilità deve ancor più affermarsi nel nuovo regime, in considerazione della chiara lettera della norma («È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni...», «L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta...») nonché del carattere imperativo della stessa, nell'ampio senso sopra evidenziato, per cui deve ritenersi che, anche nella nuova norma (e pure anteriormente alla recente legge n. 247 del 2007), in definitiva, il termine resta elemento accidentale, con la conseguenza che, parimenti, la nullità della relativa clausola non si estende all'intero contratto.

Nella specie, però, oltre a tali argomenti, rilevano, soprattutto, le considerazioni proprie della inderogabilità tipica delle norme poste a tutela dei lavoratori, nel chiaro solco tracciato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 210 del 1992 (confermata, nella sostanza, dalla successiva sentenza n. 283 del 2005), in ragione del quale, in sostanza, non può che disattendersi la interpretazione, del d.lgs. n. 368 del 2001, art. 1, in combinato disposto con l'art. 1419 cod. civ. nel senso proposto dalla ricorrente.

La Corte Costituzionale, infatti (pur con riferimento alla fattispecie del contratto di lavoro a tempo parziale), ha chiaramente affermato, in generale, che:

«L'art. 1419 cod. civ., comma 1 [...] non è applicabile rispetto al contratto di lavoro, allorché la nullità della clausola derivi dalla contrarietà di essa a norme imperative poste a tutela del lavoratore, così come, più in generale, la disciplina degli effetti della contrarietà del contratto a norme imperative trova in questo campo (come anche in altri) significativi adattamenti, volti appunto a evitare la conseguenza della nullità del contratto. Ciò in ragione del fatto che, se la norma imperativa è posta a protezione di uno dei contraenti, nella presunzione che il testo contrattuale gli sia imposto dall'altro contraente, la nullità integrale del contratto nuocerebbe, anziché giovare, al contraente che il legislatore intende proteggere. Così non si dubita che non si estende all'intero contratto la nullità, per motivi di forma o di contenuto, del patto di prova (art. 2096 cod. civ.) o del patto di non concorrenza (art. 2125 cod. civ.), oppure del patto con cui venga attribuito al datore di lavoro un potere illimitato e incondizionato di variare unilateralmente le mansioni o il luogo di lavoro (art. 2103 cod. civ., comma 2), ovvero della clausola oppositiva di un termine alla durata del contratto di lavoro (legge 18 aprile 1962, n. 230), ovvero della clausola che preveda la risoluzione del rapporto di lavoro in caso di matrimonio (legge 9 gennaio 1963, n. 7, art. 1), e così via. E il medesimo assetto si registra anche rispetto a patteggiamenti che incidono sullo stesso schema causale del contratto:

così è per l'apprendistato [...] e per il contratto di formazione lavoro [...], posto che la nullità delle relative pattuizioni – per motivi di forma o procedimentali ovvero per difetto delle condizioni sostanziali di ammissibilità di tali figure contrattuali – non è comunque idonea a travolgere integralmente il contratto, ma ne determina la cd. conversione in un “normale” contratto di lavoro (o meglio, la qualificazione del rapporto come normale rapporto di lavoro, in ragione della inefficacia della pattuizione relativa alla scelta del tipo contrattuale speciale) senza che vi sia spazio per l'indagine – oggettiva o soggettiva – circa la comune volontà del contraenti in ordine a tale esito.

Tutto ciò, del resto, rappresenta una naturale e generale conseguenza del fatto che, nel campo del Diritto del lavoro – in ragione della disuguaglianza di fatto delle parti del contratto, dell'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto e, infine, dell'incidenza che la disciplina di quest'ultimo ha rispetto a interessi sociali e collettivi –, le norme imperative non assolvono solo al ruolo di condizioni di efficacia giuridica della volontà negoziale, ma, insieme alle norme collettive, regolano direttamente il rapporto, in misura certamente prevalente rispetto all'autonomia individuale, cosicché il rapporto di lavoro, che pur trae vita dal contratto, è invece regolato soprattutto da fonti eteronome, indipendentemente dalla comune volontà dei contraenti e anche contro di essa. Non hanno quindi modo di trovare applicazione, in questo campo, quei limiti alla operatività del principio di conservazione del rapporto che sono strettamente collegati all'identificazione nel contratto della fonte primaria del regolamento negoziale, come si verifica nell'ambito della disciplina comune dei contratti.

E la violazione del modello di contratto e di rapporto imposto all'autonomia individuale dà luogo, di regola, alla conformazione reale del rapporto concreto al modello prescritto – per via di sostituzione o integrazione della disciplina pattuita con quella legale ovvero per via del disconoscimento di effetti alla sola disposizione contrattuale illegittima – e non già alla riduzione del rapporto reale a una condizione di totale o parziale irrilevanza giuridica. L'art. 2126 cod. civ., del resto – come risulta dall'esame della giurisprudenza –, ha sempre trovato applicazione rispetto a ipotesi in cui la nullità del contratto derivava dalla contrarietà a norme imperative riguardanti il fatto stesso della costituzione e dell'esistenza del rapporto (ad esempio: ipotesi in cui l'esercizio di una determinata attività lavorativa era condizionata all'iscrizione in un albo o elenco o al possesso di una determinata autorizzazione; ipotesi in cui l'instaurazione del rapporto era vietata da una norma di legge, come si verifica per le assunzioni senza concorso ove tale procedimento sia prescritto dalla legge a pena di nullità; ipotesi di lavoro prestato da minori di età inferiore a 14 anni e così via) e non anche a ipotesi di difformità tra la disci-

plina del rapporto pattuita dalle parti rispetto a quella dettata dalla legge o dalla contrattazione collettiva». Tali considerazioni, per la loro natura e portata generale, nel quadro della (etero)integrazione della regolamentazione del contratto di lavoro subordinato descritta, si attagliano perfettamente anche al nuovo regime stabilito dal d.lgs. n. 368 del 2001, art. 1, senza che rilevi in alcun modo (anche per le ragioni di ordine sistematico sopra esposte) la mancanza di una norma sanzionatoria espressa, come quella pregressa di cui alla legge n. 230 del 1962, art. 1, comma 1.

Del resto alle dette considerazioni la dottrina contraria, in sostanza, oppone soltanto la tesi secondo cui il primo isolato contratto a termine esulerebbe dall'oggetto della direttiva e sarebbe altresì al di fuori della tutela minimale del lavoratore e della connessa efficacia sostitutiva automatica.

Al riguardo, mentre circa la inattendibilità del primo rilievo si è già detto, osserva il Collegio che la nuova norma di cui al d.lgs. n. 368 del 2001 (art. 1, così come, del resto, pure la clausola n. 3 della direttiva) riguarda tutti i contratti a termine e quindi anche il primo e unico contratto che preveda la apposizione di un termine.

Né, in mancanza di qualsiasi supporto normativo, può fondatamente sostenersi una sorta di carattere imperativo differenziato della norma stessa, tale che, solo per il detto primo e unico contratto, possa escludersi il descritto effetto sostitutivo automatico.

Del resto, la lettera e la *ratio* della norma, sopra evidenziate, depongono chiaramente in senso contrario.

Il ricorso nei confronti del T. va, pertanto, respinto

(*Omissis*)

(1) IL DIFFICILE EQUILIBRIO DELLA TUTELA DEL LAVORATORE A TERMINE
IN BILICO TRA NULLITÀ TOTALE, TRASFORMAZIONE
E PROSPETTIVE INDENNITARIE DEL LEGISLATORE

1. — Con la sentenza che si annota la Corte di Cassazione affronta per la prima volta con riferimento alla disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 368/2001 la tematica delle conseguenze sul piano del rapporto di lavoro dell'accertamento della nullità di una clausola di limitazione temporale della durata del contratto per mancanza di una valida esigenza temporanea.

La conversione del contratto, che nella precedente disciplina non aveva dato origine a difficoltà interpretativa stante la chiara previsione contenuta nella legge 18 aprile 1962, n. 230, in forza della quale il legislatore aveva espressamente sancito la regola generale che il contratto *si reputa a tempo indeterminato* salvo le eccezioni tassativamente indicate, è stata, viceversa, posta in discussione dopo la abrogazione della legge quadro sulla quale tanto solidamente poggiava la trasformazione del rapporto.

La problematica connessa con la trasformazione del contratto, in caso di apposizione del termine in fattispecie non connotate da una effettiva esigenza temporanea, si è, infatti, posta immediatamente all'attenzione degli operatori del diritto all'indomani dell'abrogazione della precedente normativa per effetto della trasposizione nell'ordinamento italiano della Direttiva comunitaria n. 1999/70/Ce sui contratti a termine realizzatasi con il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.

Il dibattito e l'interesse della dottrina sulla configurabilità anche sotto il vigore della nuova disciplina della persistenza nel sistema della trasformazione a tempo indeterminato del contratto di lavoro con clausola limitativa della durata invalida si sono, quindi, rapidamente alimentati per effetto del diffuso contenzioso che ha caratterizzato l'entrata in vigore della novella, per lo più alimentato dal cd. contenzioso Poste, del quale, peraltro, la sentenza in esame è espressione.

L'abbandono della tecnica della tipicizzazione legislativa delle causali idonee a legittimare la stipula di un contratto a termine, stabilite dalla legge e dalla contrattazione collettiva, che costituiva il perno della disciplina del contratto a termine e il conseguente introdursi di un sistema «aperto», rimesso alla individuazione delle parti ha generato, infatti, l'immediato svilupparsi di un contenzioso diffuso sulla validità delle causali apposte al contratto (L'abbandono della tecnica di tipicizzazione legislativa e sindacale viene qualificato in termini di autentico *boomerang* da G. Ferraro, *Il contratto a termine rivisitato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008).

A fronte di una sostanziale consolidata giurisprudenza sulle causali di fonte normativa e di una ampia discrezionalità riconosciuta dall'ordinamento alle ipotesi rimesse alla contrattazione collettiva (L'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, concretizzatosi nella sentenza del 2 marzo 2006, n. 4588, in *Lav. giur.*, 2006, p. 781, aveva di fatto posto fine all'acceso dibattito giurisprudenziale sulla portata delle causali autorizzate dalla contrattazione collettiva dall'art. 23, legge n. 56/87, affermando che le ipotesi demandate alla individuazione a opera delle parti sociali rispondevano a una «vera e propria delega in bianco a favore dei sindacati», i quali, pertanto, non erano vincolati alla individuazione di figure di contratto a termine comunque omologhe a quelle previste per legge) la formula aperta contenuta nell'art. 1 del decreto legislativo n. 368/2001 ha finito per attribuire ai giudici del lavoro un ruolo «paranormativo» su un aspetto fondamentale del mercato del lavoro.

L'assenza di una tipicizzazione, frutto della scelta del legislatore di rimettere a livello individuale l'individuazione delle ragioni «di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», accompagnata da uno stringente onere formale ha, quindi, determinato una obiettiva incertezza sulla validità di ogni singola clausola e il fiorire di una ampia e contrastante casistica giurisprudenziale sugli aspetti sia formali che sostanziali della clausola (Nella alluvionale casistica sull'obbligo di specifica motivazione del contratto a termine si segnala la decisione del Tribunale Milano 14 ottobre 2004, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 904, per la quale il requisito della specificità impone nel caso di causale sostitutiva l'indicazione del lavoratore sostituito; *contra* Tribunale Roma, inedita, a quanto consta, e, sullo specifico punto, cfr. l'ordinanza del Tribunale Trani 21 aprile 2008, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale innanzi ai giudici della consulta per contrasto con la clausola di non regresso contenuta nella delega legislativa). In aggiunta al dibattito giurisprudenziale sugli aspetti formali del contratto sussiste un contrasto anche sugli aspetti sostanziali della clausola dal momento che, a

fronte di decisioni che impongono un rigido assolvimento dell'onere probatorio (Cfr. Corte d'Appello Milano, *ivi*, 2004, p. 78, per la quale un aumento di attività non giustifica *ex se* una assunzione a termine, richiedendosi una rigorosa prova tra l'aumento e l'assunzione a termine), un orientamento diffuso attenua l'ambito probatorio, attribuendosi rilevanza a una difficoltà derivante dalle dimensioni aziendali; sussiste inoltre un serrato dibattito (Tribunale Roma 13 dicembre 2006, nonché Tribunale Roma 16 novembre 2007, inedite, a quanto consta) sulle conseguenze della violazione (Alcune decisioni affermano la possibilità di applicare l'art. 1419, comma 1, Tribunale Palermo 6 maggio 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 395, Tribunale Roma 21 febbraio 2005, in q. *Riv.*, 2005, p. 937, con nota di Beretta; la giurisprudenza prevalente ha affermato la trasformazione del contratto in rapporto a tempo indeterminato: Corte d'Appello Bari, 20 luglio 2005, in *Riv. crit. del lavoro*, 2005, p. 759, nonché Tribunale Genova, 14 novembre 2006, in q. *Riv.*, 2007, p. 693, con nota di Olivieri); a quest'ultimo dibattito ha certamente contribuito l'ulteriore aspetto della mancata affermazione circa il carattere eccezionale del rapporto a tempo determinato.

2. — Su tale ultimo aspetto interviene la decisione in commento laddove afferma con una compiuta motivazione che la regola della eccezionalità della durata temporanea del rapporto costituisce un principio immanente del sistema sia nazionale che comunitario, e che la mancanza di una espressa previsione di trasformazione del contratto a termine illegittimamente stipulato non costituisce un elemento idoneo per impedire il consolidarsi del rapporto di lavoro.

Nel testo originario del decreto legislativo n. 368/2001 non era dato, infatti, rinvenire una previsione generale – analoga a quella precedente contenuta nella disciplina abrogata – che sancisse in forma univoca una prevalenza del modello normale a tempo indeterminato al di fuori delle ipotesi che legittimano il tipo derogatorio a tempo determinato.

Solo dopo sei anni dalla entrata in vigore della attuale normativa, con la legge 24 dicembre 2007, n. 247, è stato, infatti, inserito nell'art. 1 del decreto legislativo n. 368/2001 il cd. comma 0, con il quale si è stabilito che «il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato» (Peraltro, anche dopo l'introduzione di tale comma si è ritenuto che la definizione assuma un valore più di principio piuttosto che di rilievo pratico: G. Proia, in Aa.Vv., *La nuova disciplina del Welfare in Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Padova, 2008, p. 93).

L'intervento legislativo del governo Prodi, pur avendo introdotto la norma di principio nell'ambito di un provvedimento chiaramente finalizzato nel suo complesso a una stabilizzazione del rapporto di lavoro a termine, non ha tuttavia inciso sull'apparato sanzionatorio esistente, che anche dopo tale mininovella ha continuato a non prevedere espressamente la trasformazione del rapporto in caso di accertamento di una clausola sostanzialmente invalida in quanto non rispondente a una obiettiva esigenza temporanea.

L'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 368/2001 limita, infatti, l'inefficacia dell'apposizione del termine al mancato rispetto dei requisiti formali costituiti – come è noto – dalla forma scritta del patto e dalla specificazione delle ragioni a base dell'assunzione a termine.

La trasformazione viene, viceversa, espressamente richiamata solo dall'art. 5 del decreto legislativo, che disciplina alcune fattispecie particolari tra le quali non rientra la clausola invalida.

L'apparato sanzionatorio contenuto nel decreto legislativo n. 368/2001 prevede, infatti, la sanzione della trasformazione del rapporto a tempo indeterminato solo in presenza di una prosecuzione illegittima del rapporto dopo la naturale scadenza protrattasi oltre i limiti di legge ovvero in caso di una successione di contratti a termine non rispettosa di un intervallo minimo.

Alla luce della situazione descritta era quindi inevitabile che si imponesse, sia in sede giurisprudenziale che dottrinale, il dibattito, nel quale è intervenuta la sentenza in commento, sull'ammissibilità e la portata dell'istituto della nullità parziale del contratto disciplinato dal codice civile con riferimento alla clausola di limitazione temporale del rapporto di lavoro (Ritengono ammissibile la nullità totale del contratto a termine, ove dimostrata l'essenzialità della clausola sulla base della dichiarazione in tal senso contenuta nel contratto, Tribunale Palermo 6 maggio 2006, cit., con nota di Vallauri, e la giurisprudenza ivi richiamata, nonché Tribunale Roma 21 febbraio 2005, in q. Riv., 2005, p. 706, e, in dottrina, A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo contratto a termine*, Padova, 2001, p. 35; dello stesso avviso F. Bianchi D'Urso, G. Vidiri, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *Mass. Giur. lav.*, 2002, p. 123, nonché L. Fiorillo, R. Pessi, *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2006, p. 54; *contra* la prevalente giurisprudenza cfr. Corte d'Appello Bari 20 luglio 2005, cit., Tribunale Genova 14 novembre 2006, cit., nonché, V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 408, L. Montuschi, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 1, p. 47).

In tale presunto vuoto normativo, la ricerca di una «sanzione» nell'ordinamento che determini nei confronti di un contratto di lavoro con clausola di limitazione temporale invalida la trasformazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro, ha quindi costituito la prospettiva che ha aperto la via alla nullità totale del contratto.

In assenza di una espressa previsione sanzionatoria, e ritenuta la natura essenziale della clausola limitativa della durata del rapporto di lavoro nell'equilibrio negoziale delle parti, è giocoforza ritenere, in una ottica squisitamente civilistica, che la clausola invalida sia ritenuta essenziale dalle parti o anche dal solo contraente cd. debole (Così A. Olivieri, *Illegittimità del termine e conseguenze sanzionatorie: un doppio canale di tutela?*, nota a Tribunale Genova 14 novembre 2006, in q. Riv., 2007, p. 702, il quale ipotizza un doppio canale di tutela rimettendo la sanzione della nullità alla prova della essenzialità della clausola da parte del lavoratore), portando necessariamente alla nullità dell'intero contratto.

La prospettiva non appare invero condivisibile, atteso che la ricerca della sanzione non appare necessariamente rilevante laddove si ritenga che non deve tanto ricercarsi un effetto sostitutivo a una clausola accessoria nulla, quanto se sussistano le condizioni per derogare al modello contrattuale tipico di rapporto di lavoro, rispondente, per scelta dell'ordinamento, al modello a tempo indeterminato.

La scelta degli effetti che si realizzano nel complesso assetto delle parti del contratto tipico risponde, infatti, a uno specifico interesse dell'ordinamento, nel quale la stabilità del rapporto lavorativo assume un valore primario bilateralmente non disponibile.

Gli effetti del modello derogatorio, quindi, relativo al tipo a tempo determinato, viceversa, potranno, invero, realizzarsi solo in presenza di specifiche condizioni formali e sostanziali non disponibili dalle parti.

La durata a tempo indeterminato costituisce quindi l'effetto tipico del modello contrattuale adottato dalle parti, che, quindi, necessariamente produrrà i propri effetti, integrando il contenuto negoziale del contratto adottato laddove non siano configurabili i requisiti di temporaneità del contratto che legittimano, viceversa, relativamente alla durata il prodursi di effetti diversi.

In assenza dei requisiti legali che autorizzano il modello derogatorio non sarà tanto configurabile una clausola nulla, sostituita da altra in forza del meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1419 cod. civ., quanto non potrà esplicitare i propri effetti il modello derogatorio, con la conseguenza che il singolo rapporto sarà integrato esclusivamente dal tipo ordinario non derogato (In questi termini anche A. Olivieri, *Illegittimità del termine e conseguenze sanzionatorie...*, cit., p. 702, il quale, peraltro, ipotizza una rilevanza ai fini della essenzialità della clausola deducibile esclusivamente dal contraente debole e gli ampi riferimenti dottrinali contenuti nel testo).

In definitiva deve ritenersi che una volta che le parti hanno consensualmente deciso di costituire un contratto di lavoro gli effetti tipici del contratto saranno quelli stabiliti dall'ordinamento per il modello legittimamente posto in essere.

3. — Nella sentenza annotata la Suprema Corte perviene, invero, attraverso una complessa e articolata motivazione, a una sistemazione organica del contratto a termine, sensibilmente attenuando le aspettative di coloro che ravvisavano nella nuova disciplina una minore rigidità del modello contrattuale tipico.

La Cassazione, una volta ritenuto comunque sussistere sin dall'originaria entrata in vigore del decreto legislativo n. 368/2001 «il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo pur sempre, la apposizione del termine, una ipotesi derogatoria, rispetto al detto principio», perviene alla conclusione che la clausola della durata a tempo indeterminato trovi sempre normale applicazione a prescindere da una espressa previsione sostitutiva.

Nella sentenza annotata i giudici di legittimità, dopo aver individuato come principio cardine dell'ordinamento giuslavoristico la durata a tempo indeterminato, mostrano di aderire all'insegnamento della Corte Costituzionale laddove ritengono che un ostacolo all'applicazione dell'art. 1419, comma 1, sia riscontrabile nelle norme «poste a tutela del lavoratore».

Richiamando quanto già dedotto dai giudici delle leggi con riferimento al contratto di *part-time*, la Suprema Corte stabilisce, quindi, che le nullità delle singole patuizioni per motivi di forma o procedurali ovvero per difetto delle condizioni sostanziali di ammissibilità non determinano la nullità dell'intero contratto, ma la «conversione in un normale contratto di lavoro».

La tesi degli effetti del modello tipico affiora, tuttavia, nel pensiero della Corte laddove i giudici concludono affermando che trattasi «di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina».

La stessa Corte, nello sviluppare la propria analisi, richiama, infatti, il principio della etero-regolamentazione degli effetti del contratto, che, invero, attiene proprio

alla ricostruzione in termini di modello contrattuale tipizzato dall'ordinamento sin qui svolta.

La nullità dell'intero contratto non può quindi trovare ingresso in presenza di patuizioni tese a produrre risultati contrari agli effetti tipici del contratto a prescindere dalla previsione di una sanzione esplicita, peraltro neanche necessaria sulla base della ricostruzione sistematica prospettata.

La previsione di una sanzione che determina la trasformazione appare invero necessaria nelle diverse ipotesi previste nel decreto legislativo n. 368/2001, caratterizzate, diversamente dalla fattispecie esaminata dalla Corte di Cassazione nella sentenza in parola, da un contratto validamente costituito nel tipo derogatorio, ma disapprovato nella sua attuazione concreta dall'ordinamento.

In assenza di una sanzione che impone la trasformazione espressamente stabilita dal sistema il contratto posto in essere dalle parti, rispondente in tutto e per tutto nel suo momento genetico al modello atipico, non potrebbe, infatti, integrare l'assetto contrattuale con gli effetti propri del diverso modello tipico deregolato, ma semmai produrre conseguenze meramente risarcitorie.

La struttura del decreto legislativo n. 368/2001 appare pertanto perfettamente coerente laddove ha introdotto la sanzione della trasformazione non già nel caso di clausola limitativa del termine invalida, per la quale non vi era alcuna necessità, ma nelle ipotesi in cui si sia verificato un discostamento tra il modello validamente costituito e la sua esecuzione pratica.

4. — Permane, da ultimo, da esaminare se la nullità del contratto a termine trovi un residuale ambito di operatività nel decreto legislativo n. 368/2001 nei casi in cui la volontà delle parti si sia perfezionata, disattendendo gli espressi divieti, nelle fattispecie precluse dall'ordinamento per tale tipo contrattuale.

Il divieto a stipulare il contratto a termine contenuto nell'art. 3 del decreto legislativo n. 368/2001 ovviamente non può che riguardare la fattispecie in cui è presente una situazione oggettiva astrattamente idonea a permettere la stipula di un contratto a termine, in quanto altrimenti il rapporto, da ritenersi con efficacia a tempo indeterminato, non sarebbe assoggettato al divieto, che attiene esclusivamente ai rapporti suscettibili di apposizione di un termine alla loro durata (In termini G. Mautone, in *Aa.Vv.*, *Il nuovo lavoro a termine*, in *Commentario al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*, Milano, 2002, p. 119, per il quale «i casi di divieto rappresentano ipotesi negative idonee a neutralizzare la sussistenza delle circostanze oggettive che ai sensi dell'art. 1 consentono la conclusione di un contratto di lavoro a tempo determinato»).

Va da sé, infatti, che laddove non fosse ipotizzabile una esigenza temporanea obbiettiva non sarebbe configurabile neppure una violazione del divieto.

Due dei quattro divieti previsti, peraltro, rispondono effettivamente a una esigenza sostitutiva quale può essere quella scaturita dalla necessità di sostituire lavoratori in sciopero (Tale ipotesi, peraltro, ha determinato un contrasto in giurisprudenza circa la configurabilità di una condotta antisindacale. Afferma la legittimità della decisione aziendale Tribunale Bari 26 novembre 2003, in *Lav. giur.*, 2004, p. 1185, nonché Pretura Ascoli Piceno 12 dicembre 1990, in *Dir. lav. Marche*, 1992, p. 219; di contro, ritengono antisindacale la decisione aziendale di assumere a termine lavoratori per sostituire dipendenti in sciopero Cassazione 9 maggio 2006, n.

10624, in *Lav. giur.*, 2006, 11, p. 1113, e Cassazione 16 novembre 1987, n. 8401, in *Mass. Giur. lav.*, 1987, p. 459) assoggettati a procedure di sospensione dei rapporti o riduzione dell'orario.

Tali divieti, in realtà, così come quello stabilito per le aziende che hanno proceduto a riduzioni di personale, rispondono chiaramente a esigenze di solidarietà sociale e determinano una inidoneità della eventuale esigenza obiettiva a derogare agli effetti tipici del rapporto di lavoro.

In presenza di una violazione al divieto il modello tipico non sarà stato legittimamente derogato, con la conseguenza che anche in presenza di una esigenza astrattamente idonea il rapporto di lavoro sarà integrato dagli effetti riconducibili al modello tipico.

Maggiori perplessità può destare l'assunzione a termine stabilita per le imprese che non hanno effettuato la valutazione dei rischi ai sensi della normativa antinfortunistica.

Il bene tutelato con tale norma è, infatti, il bene primario del diritto costituzionale alla tutela della salute.

Tale circostanza potrebbe fare propendere per una soluzione di nullità dell'intero contratto perché stipulato in violazione a una norma costituzionale, ma ciò determinerebbe l'assurda conseguenza che ogni contratto di lavoro, a prescindere se a tempo determinato o indeterminato, stipulato in presenza di una situazione di pericolo per la salute del lavoratore debba ritenersi nullo perché in contrasto con un bene primario.

La conseguenza appare paradossale dal momento che la norma, chiaramente dettata a tutela del lavoratore, priverebbe il prestatore del suo stesso contratto, ben potendosi, anche in presenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, tutelare la salute del prestatore attraverso istituti contrattuali di autotutela, quali l'art. 1460 cod. civ., che non priverebbero il lavoratore della sua fonte di sostentamento, che costituisce anch'essa – giova ricordare – un valore costituzionale.

Il divieto, quindi, risponde a una scelta del legislatore di impedire la costituzione di rapporti a termine in presenza di situazioni insalubri o pericolose per il dipendente, ma non determina neanche in questo caso la nullità dell'intero contratto.

La nullità dell'intero contratto non appare, quindi, in nessun caso prospettabile nella struttura del decreto legislativo n. 368/2001.

5. — In conclusione non può, quindi, che condividersi la soluzione alla quale è pervenuta la sentenza annotata, che, nell'escludere la nullità dell'intero contratto di lavoro per insussistenza di una valida causale obiettiva, si pone in piena coerenza con l'intero assetto del decreto legislativo n. 368/2001.

L'assenza delle condizioni legittimanti il modello derogatorio non può, infatti, che determinare il persistere degli effetti del modello tipico nel rapporto obiettivamente voluto dalle parti.

Nel commentare la sentenza in parola è opportuno ricordare, a conferma dell'inapplicabilità dell'art. 1419, comma 1, cod. civ., che nel corso dei lavori parlamentari di approvazione del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge n. 133/08, la Camera dei deputati aveva approvato in sede di commissione un emendamento, inserito nell'art. 3-bis del decreto legislativo n. 368/2001, che prevedeva espressamente l'applicazione dell'art. 1419, comma 1, cod. civ. (Atti Camera dei deputati,

seduta del 18 luglio 2008: emendamenti riferiti all'articolo unico del disegno di legge di conversione 1386-A).

Tale emendamento, che avrebbe certamente scardinato la struttura del modello contrattuale tipico, è stato tuttavia soppresso in sede di definitiva approvazione della legge di conversione che ha comunque introdotto, per i soli giudizi in corso, un sistema sanzionatorio-indennitario alternativo alla trasformazione del rapporto a tempo indeterminato.

La scelta del legislatore di adottare per i contratti a termine stipulati in violazione dei requisiti formali e sostanziali una sanzione non ripristinatoria del modello tipico, ma esclusivamente indennitaria, peraltro al momento limitata alle sole cause in corso, sebbene con una potenziale generalizzazione dopo un periodo di verifica, ha suscitato forti perplessità di legittimità costituzionale ed è stato immediatamente oggetto di numerose remissioni alla Corte Costituzionale a opera di numerosi giudici di merito (Pressoché tutti i principali Tribunali, a quanto consta, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale della nuova disciplina sulla base di una sostanziale diffusa convinzione che la stessa si ponga in contrasto con gli artt. 3, 24 e 117 Cost. Così Corte d'Appello Torino, 2 ottobre 2008, ord., Corte d'Appello Milano, ord., 28 ottobre 2008, ord., inedite, a quanto consta, Corte d'Appello Bari, 18 settembre 2008, in *www.bollettinoadap.unimore.it*, Corte d'Appello Genova, 29 settembre 2008, in *www.diritto.it*, Tribunale Roma, 26 settembre 2008, ord., Corte d'Appello Roma, 21 ottobre 2008, in corso di pubblicazione in *q. Riv.*, con nota di L. Valente, Tribunale Ascoli Piceno, 30 settembre 2008, ord., inedita, a quanto consta, Tribunale Trieste, 15 ottobre 2008, ord., in *www.cgil.it/giuridico*, e, in dottrina, per un primo commento a caldo cfr. V. Angiolini, *Nota sull'incostituzionalità dell'art. 21 comma 1-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, come conv. con la l. 6 agosto 2008, n. 133, ibidem*).

Sebbene la Corte di Cassazione abbia quindi chiarito gli effetti sul contratto di lavoro della clausola del termine illegittimamente apposta, la decisione non pone fine alla problematica in quanto il legislatore, con la recente profonda riforma dell'apparato sanzionatorio del decreto legislativo n. 368/2001, ha già bussato alla porta del palazzo della Consulta.

Carlo de Marchis
Avvocato in Roma

CASSAZIONE, 26 marzo 2008, n. 7871, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Maiorano, P.M. Fuzio (Concl. Conf.) – Denso Thermal Systems Spa (avv. Gentili) c. U. A. (avv.ti Bussa e Pini).
Conf. Corte d'Appello di Torino n. 511/04.

Mansioni e qualifiche – Art. 2103 cod. civ. – Adibizione del lavoratore a mansioni inferiori – Illegittimità – Risarcimento del danno da dequalificazione professionale (anche biologico ed esistenziale) – Onere incombente sul prestatore di lavoro subordinato – Ricorso alla prova per presunzioni – Ammissibilità.

Il risarcimento del danno da demansionamento e dequalificazione va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità all'interno e all'esterno del luogo di lavoro dell'operata dequalificazione, frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti l'avvenuta lesione dell'interesse relazionale, effetti negativi dispiegati nelle abitudini di vita del soggetto) – il cui artificioso isolamento si risolverebbe in una lacuna del procedimento logico – si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 cod. proc. civ., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove. (1)
(Massima non ufficiale)

(*Omissis*)

Con ricorso alla Corte d'Appello di Torino la Denso Thermal Systems Spa proponeva appello avverso la sentenza del Tribunale di Torino, con la quale era stata condannata al pagamento in favore di U. A. della somma di euro 8.400,00 a titolo di risarcimento del danno per la dequalificazione dallo stesso subita per essere stato declassato con decorrenza dal 12 novembre 2001 da manutentore elettrico, con autonomia e discrezionalità esecutiva, a collaudatore; eccepiva l'omessa pronuncia sulla eccezione di improcedibilità della domanda risarcitoria ex art. 410 cod. proc. civ., per mancato espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione, e l'infondatezza nel merito, perché l'assegnazione alle diverse mansioni era determinata da necessità aziendali, per calo di produzione, al fine di evitare «adempimenti di natura più grave».

L'appellato contrastava il gravame e la Corte d'Appello lo rigettava
(*Omissis*)

Col terzo motivo si lamenta violazione degli artt. 2103, 2697 e 1223 cod. civ., e vizio di motivazione per avere il giudice accolto la richiesta risarcitoria senza che sia stata data la prova del danno.

La richiesta è stata avanzata in modo generico e nessuna prova, o elemento indiziario, è stato offerto sia in relazione all'*an* che al *quantum debeatur*, in contrasto con le norme suddette e la giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 10361/94; n. 8904/03; n. 6992/02; n. 7905/98).

Col quarto motivo si lamenta violazione dell'art. 1226 cod. civ., e vizio di motivazione, per avere il giudice liquidato in via equitativa il danno senza indicare i criteri valutativi e di calcolo che avrebbe utilizzato (Cass. n. 6071/95; n. 14166/99).

(*Omissis*)

In ordine al secondo motivo basta rilevare che il giudice d'appello ha ampiamente spiegato le ragioni per le quali era illegittimo il demansionamento, precisando che le esigenze aziendali addotte per spiegarne il motivo non erano state provate, in quanto il posto già occupato dal lavoratore non era venuto meno ed era stato assegnato a un lavoratore meno esperto e non sussistevano le ragioni di tale sostituzione, individuate nei risultati meno «brillanti» che secondo l'assunto sarebbero ottenuti dall'U. negli ultimi tempi (*Omissis*)

Il terzo e quarto motivo vanno trattati congiuntamente perché aspetti della medesima censura. In proposito si osserva che la Corte ha già avuto modo di affermare il principio di diritto secondo cui il risarcimento del danno da demansionamento e dequalificazione va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità all'interno e all'esterno del luogo di lavoro dell'operata dequalificazione, frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti l'avvenuta lesione dell'interesse relazionale, effetti negativi dispiegati nelle abitudini di vita del soggetto) – il cui artificioso isolamento si risolverebbe in una lacuna del procedimento logico – si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 cod. proc. civ., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove (Cass., Ss.Uu., n. 6572/06).

Il giudice di merito, pur dichiarando erroneamente che «in caso di demansionamento può farsi luogo al risarcimento del danno anche in mancanza di uno specifico elemento di prova», ha poi di fatto riconosciuto il diritto del lavoratore sulla base di una prova presuntiva dettagliatamente indi-

cata con motivazione logica e coerente, sia in relazione all'*an debeat* che al *quantum*, determinato con una valutazione equitativa esente da censure e congruamente motivata.

Anche questi motivi vanno disattesi e il ricorso rigettato.

(*Omissis*)

(1) L'ONERE DELLA PROVA DEL DANNO DA DEQUALIFICAZIONE
PUÒ ESSERE ASSOLTO ANCHE PER PRESUNZIONI

La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, torna nuovamente sullo spinoso problema del danno, o, meglio, dei danni, derivanti al prestatore di lavoro che subisce una dequalificazione professionale, a seguito di un'illegittima adibizione a mansioni non equivalenti alle ultime effettivamente svolte, in violazione dell'art. 2103 cod. civ.

La pronuncia in esame non sembra discostarsi dall'orientamento affermato dalle Sezioni Unite, con la nota sentenza n. 6572 del 24 marzo 2006 (Tra i molti commenti vedi Scognamiglio, *Le Sezioni Unite sull'allegazione e la prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 3, p. 696; Vallebona, *L'edonismo d'assalto di fronte alle Sezioni Unite: il danno alla persona del lavoratore*, in *Mass. Giur. lav.*, 2006, p. 485; Pisani, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione dopo le Sezioni Unite 6572/06*, *ivi*, 2006, p. 489; Fabbri, *Le Sezioni Unite, lo ius variandi dell'imprenditore e il danno esistenziale da demansionamento*, in *q. Riv.*, 2006, 2, p. 247; Sorgi, *Una lettura costituzionalmente disorientata del danno non patrimoniale*, in *Lav. giur.*, 2006, p. 668; Rotondi, *Le violazioni dell'art. 2103 cod. civ. e l'onere della prova del danno*, in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, 2006, 17, p. 23), che viene richiamata in motivazione, con la quale si è composto il contrasto giurisprudenziale che si era creato in seno alla stessa Corte circa l'onere di provare i danni conseguenti a un'accertata violazione dell'art. 2103 cod. civ. a causa dell'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori e/o non equivalenti.

In sostanza, la questione da risolvere era se, in caso di demansionamento o di dequalificazione, il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, soprattutto di quello cd. esistenziale, suscettibile di liquidazione equitativa, conseguisse automaticamente al demansionamento, oppure se fosse subordinato all'assolvimento, da parte del lavoratore, all'onere di provare l'esistenza del pregiudizio.

Invero, l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (23 giugno 2004, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 3439 ss.) aveva individuato anche un terzo indirizzo, ascrivibile a una posizione cd. intermedia, in base al quale l'esistenza del danno poteva essere accertata dal giudice di merito, anche attraverso presunzioni, ricavabili dagli elementi relativi alla durata della dequalificazione e dalle altre circostanze del fatto concreto; indirizzo che, però, nella pronuncia richiamata, non è citato esplicitamente, venendo piuttosto accorpato, come si evince dai precedenti *ivi* espressamente richiamati, all'orientamento maggiormente garantista.

A questo, infatti, erano ascrivibili, secondo le Sezioni Unite, tutte quelle pronunce giurisprudenziali a mente delle quali, anche se con motivazioni diversamente articola-

te, «in materia di risarcimento del danno per attribuzione al lavoratore di mansioni inferiori rispetto a quelle in relazione alle quali era stato assunto, l'ammontare di tale risarcimento può essere determinato dal giudice, facendo ricorso a una valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., anche in mancanza di uno specifico elemento di prova da parte del danneggiato, in quanto la liquidazione può essere operata in base all'apprezzamento degli elementi presuntivi acquisiti al giudizio e relativi alla natura, all'entità e alla durata del demansionamento, nonché alle altre circostanze del caso concreto» (Così, letteralmente, Cass., Ss.Uu., 24 marzo 2006, n. 6572, cit.).

Ciò, aggiungasi, sul presupposto che il provvedimento datoriale, andando a ledere il diritto fondamentale del lavoratore «alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro, secondo le mansioni e con la qualifica spettategli per legge o per contratto», finiva per danneggiarne «l'immagine professionale, la dignità personale e la vita di relazione [...], sia in termini d'autostima e di eterostima nell'ambiente di lavoro e in quello socio-familiare, sia in termini di perdita di *chances* per futuri lavori di pari livello» (*Ex plurimis*: Cass. 08 marzo 2006, n. 4975, inedita a quel che consta; Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, in *Lav. giur.*, 2004, p. 1265; Cass. 22 febbraio 2003, n. 2763, in *Giur. lav.*, 2003, p. 15; Cass. 2 novembre 2001, n. 13580, in *Lav. giur.*, 2002, p. 1076; Cass. 6 novembre 2000, n. 14443, in *Lav. Prev.*, 2000, p. 2287; Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727, in *Lav. Prev.*, 1999, p. 2342; si vedano anche Tursi, *Danno non patrimoniale, alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 284, e Scalpelli, *Dimensione contrattuale del rapporto di lavoro, responsabilità datoriale per la modifica delle mansioni, ruolo del giudice*, in *Dir. lav.*, 1997, p. 721).

Al secondo indirizzo erano, invece, ascrivibili, secondo le Sezioni Unite, tutte quelle pronunce che sostanzialmente si uniformavano al principio secondo il quale «il prestatore di lavoro che chiedi la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno (anche nella sua eventuale componente di danno alla vita di relazione e di cd. danno biologico) subito a causa della lesione del proprio diritto di eseguire la prestazione lavorativa in base alla qualifica professionale rivestita, lesione idonea a determinare la dequalificazione del dipendente stesso, deve fornire la prova dell'esistenza del danno e del nesso di causalità con l'inadempimento [...] in base alla regola generale di cui all'art. 2697 cod. civ.» (Così, testualmente, Cass. 24 marzo 2006, n. 6572).

Tale secondo indirizzo, abbracciato dalle Sezioni Unite nella sentenza citata, muove dal presupposto che la violazione dell'art. 2103 cod. civ. integra un inadempimento contrattuale, cui devono applicarsi i principi generali sanciti dagli artt. 1218 e 1223 cod. civ., giacché il danno, conseguente all'inadempimento, è solo eventuale, non ponendosi quale conseguenza automatica di ogni comportamento illegittimo, tanto da non essere sufficiente dimostrarne la mera potenzialità lesiva (*Ex plurimis*: Cass. 28 maggio 2004, n. 10361, in *Lav. giur.*, 2004, p. 1268; Cass. 18 novembre 2003, n. 16792, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, 4, p. 258; Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, in *Lav. giur.*, 2002, p. 1079; si veda anche Pedrazzoli, *Lesione di beni della persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 296).

Come detto, la sentenza in commento si uniforma a tale secondo indirizzo, mettendo, però, ancora più in evidenza, rispetto a quanto non avessero già fatto le Sezioni Unite, la prova per presunzioni quale mezzo di «precipuo rilievo» per dimostrare i danni conseguenti all'accertato demansionamento.

Ciò lo si evince, in particolare, da quel passo della motivazione che, pur censurando le premesse logico-giuridiche fatte proprie dal giudice di merito nell'affermare che «in caso di demansionamento può farsi luogo al risarcimento del danno anche in mancanza di uno specifico elemento di prova», ne avalla le conclusioni, per avere, comunque, riconosciuto il diritto del lavoratore al risarcimento del danno «sulla base di una prova presuntiva dettagliatamente indicata con motivazione logica e coerente, sia in relazione all'*an debeatur* che al *quantum*».

Ebbene, la particolare attenzione dedicata dalla Suprema Corte all'applicazione dell'art. 2729 cod. civ., quale strumento probatorio di particolare rilievo, unitamente alla facoltà del giudice di ricercare la verità attraverso fatti rientranti nella «comune esperienza», ex art. 115, comma 2, cod. proc. civ., per consentire al lavoratore di assolvere, forse più agevolmente, l'onere probatorio sulla sussistenza del danno patito a seguito di dequalificazione o demansionamento, non sembra sufficiente a risolvere i molteplici problemi lasciati aperti dalla pronuncia della Sezioni Unite più volte richiamata.

In primo luogo, poiché, come accade in tema di ripartizione dei carichi probatori, per individuare il soggetto onerato si deve avere riguardo della struttura della norma sostanziale, si è osservato (Vedi Pisani, *I problemi rimasti aperti...*, cit., pp. 491 ss.) come, ancora, non sia stata fatta chiarezza sulla natura dell'obbligo gravante sul datore di lavoro ex art. 2103 cod. civ.; cioè se si tratti di un obbligo di non fare, ex art. 1222 cod. civ., consistente nel non adibire il lavoratore a mansioni non equivalenti, in ossequio anche a quell'impostazione dottrinarica che vede nell'art. 2103 cod. civ. un limite al potere privato del datore di lavoro (Vedi Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p. 368; Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 336), ovvero di fare, consistente nell'adibire il lavoratore alle mansioni di cui all'assunzione e/o equivalenti.

Le conseguenze sul riparto dell'onere probatorio in ordine alla possibile violazione dell'art. 2103 cod. civ. sarebbero diverse, stando alla sistemazione data sul punto dalla Suprema Corte (Vedi Cass., Ss.Uu., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, I, 769), secondo la quale chi propone un'azione di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno da inadempimento è tenuto soltanto a provare l'esistenza del titolo e a dedurre l'inadempimento del debitore, sul quale ultimo grava l'onere di provare il fatto estintivo dell'adempimento.

La sola eccezione sarebbe rappresentata dalle obbligazioni di non fare, in quanto nelle obbligazioni negative il diritto nascerebbe già soddisfatto, di talché la prova dell'inadempimento sarebbe sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento, con la conseguenza che il lavoratore sarebbe sempre onerato dell'allegazione e della prova della violazione della regola dell'equivalenza, sia nel caso in cui proponga un'azione volta a essere adibito a precedenti o equivalenti mansioni, sia nel caso in cui si limiti a chiedere il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento datoriale (Così Pisani, *I problemi rimasti aperti...*, cit., p. 491).

Diversamente, se si volesse qualificare l'obbligo gravante sul datore di lavoro, ex art. 2103 cod. civ., come obbligo di fare, come sembrerebbe emergere dall'indirizzo giurisprudenziale che pone l'accento sul diritto del prestatore all'effettivo svolgimento della prestazione, l'onere della prova graverebbe sul datore di lavoro, dovendo dimostrare l'adempimento come fatto estintivo dell'obbligazione (Vedi, sul punto, anche Fabbri, *Le Sezioni Unite, lo ius variandi...*, cit., p. 251).

Invero, stando a una diversa impostazione, proprio la difficoltà di collocare l'obbligo di cui all'art. 2103 cod. civ., insieme a quello di cui all'art. 2087 cod. civ., per quanto concerne la fonte risarcitoria dei danni non patrimoniali, nell'alveo della tripartizione classica delle obbligazioni contrattuali di dare, fare, e non fare, metterebbe in discussione la stessa qualificazione della natura della responsabilità datoriale, come di tipo contrattuale, visto che nel rapporto di lavoro si radicano situazioni attive e passive, divergenti dalla fisionomia tipica dell'obbligazione (Vedi Scognamiglio, *Le Sezioni Unite sull'allegazione e la prova...*, cit., p. 697).

Come pure altrettanto dubbia sarebbe la collocazione della dedotta responsabilità nell'alveo dell'illecito aquiliano, ex art. 2043 cod. civ., che colpisce un estraneo, nella supposta violazione dell'obbligo del *neminem laedere*, suggerendosi piuttosto un modello distinto di responsabilità, a misura del rapporto di lavoro e delle sue peculiarità, che preveda magari delle misure sanzionatorie tipizzate, che avrebbero il duplice scopo di scoraggiare condotte datoriali illegittime e di assicurare un indennizzo certo al lavoratore, nel caso in cui ne divenga vittima (Vedi Scognamiglio, *Le Sezioni Unite sull'allegazione e la prova...*, cit.).

A sostegno della formulazione di una disciplina specifica per le ipotesi di demansionamento e dequalificazione, in violazione dell'art. 2103 cod. civ., mediante la previsione di penali punitive, vi è anche chi ha affermato che la sistemazione adottata dalle Sezioni Unite, ancorché condivisibile sotto l'aspetto sistematico, andrebbe a creare degli indubbi problemi pratici, laddove nel dimostrare il danno esistenziale, inteso quale modificazione delle abitudini di vita del prestatore di lavoro, si aprirebbe la strada all'articolazione di circostanze di prova relative alla vita privata dello stesso lavoratore, che difficilmente potrebbero formare oggetto di un compiuto contraddittorio (Vedi Vallebona, *L'edonismo d'assalto di fronte alle Sezioni Unite...*, cit., p. 486).

Tali considerazioni inducono anche a ulteriori riflessioni critiche in ordine proprio alla categoria dei danni risarcibili, così come individuati dalle Sezioni Unite, in ordine ai quali il problema dell'onere della prova si presenta inscindibilmente connesso.

Gli aspetti più problematici sono stati ravvisati proprio in relazione al danno esistenziale, inteso quale danno diverso da quello biologico e morale soggettivo, definito, dalle Sezioni Unite del 2006, come un pregiudizio all'identità professionale sul luogo di lavoro, all'immagine e alla vita di relazione del lavoratore, sebbene, poi, nel descriverne gli oneri di allegazione, le stesse Sezioni Unite sembrano limitarlo alle sole modificazioni alle abitudini di vita del lavoratore, tralasciando l'aspetto del danno all'immagine e all'identità professionale.

Tale «dimenticanza» potrebbe far pensare che le Sezioni Unite abbiano voluto collocare il danno all'immagine e all'identità professionale nell'ambito del danno alla professionalità, quale manifestazione della sua componente non patrimoniale, potendo sussistere anche in assenza di un pregiudizio al «saper fare» o al bagaglio di conoscenze acquisite dal lavoratore, visto il Titolo I della legge n. 300/70, dedicato alla «libertà e dignità del lavoratore», in cui, non a caso, il legislatore ha voluto inserire l'art. 13 (Vedi Pisani, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione...*, cit., p. 492).

Altri hanno affermato che la sistemazione operata dalle Sezioni Unite del 2006 non terrebbe in debito conto il valore della persona in generale, dovendo il risarcimento del danno non restare circoscritto ai danni patrimoniali ma estendersi ai danni personali, purché effettivi e verificati, tra i quali rientrerebbe a pieno il danno cd. alla professio-

nalità, atteso che le frustrazioni alla carriera avrebbero un indubbio riverbero sul prestigio e l'ambizione personale del lavoratore (Vedi Scognamiglio, *Le Sezioni Unite sull'allegazione e la prova...*, cit., p. 698).

La conseguenza sarebbe quella di modificare integralmente le premesse sistematiche adottate dalla Suprema Corte, attraverso il superamento dell'idea, ancorata a un ordine tradizionale di principi e di valori, secondo cui il danno effettivo, risarcibile mediante la corresponsione di una somma di denaro, può essere solo quello inferto al patrimonio e non anche ai beni-interessi della persona, non valutabili in somme di denaro, mediante la valorizzazione dell'art. 2043 cod. civ., che connota il danno risarcibile solo per sua «ingiustizia», e dell'art. 1223 cod. civ., dove il termine «perdita» subita dal creditore può ben essere riferito a beni interessi di natura personale (Così Scognamiglio, *Le Sezioni Unite sull'allegazione e la prova dei danni...*, cit., p. 699).

Su questa linea critica c'è stato anche chi ha ritenuto che la soluzione squisitamente contrattualistica adottata dalla Suprema Corte, con riferimento in particolare al risarcimento del danno esistenziale, costituisca un arretramento rispetto alla lettura delle norme costituzionali che tutelano la persona, costituendo una chiusura per l'interprete, in tutte quelle fattispecie, quali il demansionamento o altre, dove appare molto complesso assolvere l'onere probatorio di effettività della lesione e del danno (Vedi Sorgi, *Una lettura costituzionalmente disorientata...*, cit., p. 671).

La ricostruzione delle Sezioni Unite finirebbe, in definitiva, nel confinare la conseguenza dell'inadempimento datoriale nel campo della mera ipotesi, sebbene il legislatore abbia collocato l'esercizio delle mansioni corrispondenti alla qualifica rivestita, ex art. 2103 cod. civ. in materia di controllo sull'esercizio del potere nell'attività d'impresa, che include necessariamente strumenti sanzionatori capaci di condizionare l'attività in modo che cessi l'abuso del potere privato, coerentemente con il dettato dell'art. 41 Cost. (Vedi Fabbri, *Le Sezioni Unite, lo ius variandi dell'imprenditore...*, cit., pp. 251 ss., il quale richiama D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, p. 77).

Le perplessità da più parti sollevate, nei confronti delle Sezioni Unite del 2006, hanno trovato precipuo riscontro anche nella giurisprudenza di merito (Vedi Trib. Roma 21 marzo 2007 – Est. Gallo –, inedita a quel che consta) che, in un caso di demansionamento, contrariamente a quanto affermato dalla Suprema Corte, ha distinto il danno alla vita di relazione dal danno esistenziale, aderendo a quell'impostazione secondo la quale tale ultima tipologia di danno, attinendo al diritto di ciascuno a vivere liberamente, senza disturbi e alterazioni dall'esterno, sarebbe sempre immanente in ogni alterazione delle condizioni di vita, anche solo psicologica e interiore, causata da un fatto ingiusto altrui.

Il danno alla vita di relazione, invece, presupponendo in concreto delle modifiche ai preesistenti rapporti sociali e familiari del danneggiato, deve sempre essere dedotto e provato, diversamente dal danno esistenziale, che, invece, sarebbe sempre esistente, spostandosi, per quest'ultimo, l'onere della prova sulla sola quantificazione dello stesso.

Come si vede, il dibattito sul problema del risarcimento dei danni conseguenti al demansionamento, sommariamente riportato e, aggiungasi, senza alcuna pretesa di completezza, è ben lungi dal trovare una soluzione univoca; e a questo non giova cer-

tamente il richiamo al «precipuo rilievo» della prova presuntiva, ribadito da ultimo dalla Suprema Corte nella sentenza in commento.

A proposito dell'art. 2729 cod. civ. è stato detto che esso esula, da un punto di vista tecnico, dal tema della ripartizione degli oneri probatori, rientrando nella tematica del libero convincimento del giudice, secondo il prudente apprezzamento delle prove, ex art. 116, comma 1, cod. proc. civ., tanto da riconoscerne l'incensurabilità da parte della Cassazione, salvo il controllo della logicità della motivazione (Vedi Vallebona, *L'onere della prova nel Diritto del lavoro*, Padova, 1988, p. 21).

Ciò significa che il lavoratore che agisca per ottenere il risarcimento del danno da dequalificazione avrà l'onere di allegare fatti indizianti che non coincidano con lo stesso illecito (Vedi Vallebona, *Il danno da dequalificazione tra presunzione e risarcimento equitativo*, in *Mass. Giur. lav.*, 2001, p. 1016), deducendo circostanze concernenti gli effetti di tale situazione, la cui gravità, precisione e concordanza, ex art. 2729 cod. civ., sarà comunque rimessa all'insindacabile valutazione del giudice di merito, se congruamente motivata.

Il che sembra lasciare un eccessivo margine di «manovra» al giudicante, che potrebbe ridondare a sfavore del lavoratore, piuttosto che rappresentare un «correttivo» all'estrema rigidità della sistemazione contrattualistica fornita, giacché spetterà alla difesa del lavoratore selezionare *a priori* quegli elementi indizianti, che verosimilmente il giudice potrà considerare gravi, precisi e concordanti, ai sensi dell'art. 2729 cod. civ., con il rischio concreto che non vengano ritenuti tali; non potendosi neppure confidare troppo sui fatti rientranti nella «comune esperienza», ex art. 115, comma 2, cod. proc. civ., così come suggerito dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento, essendo fin troppo evidente che i danni non patrimoniali, coinvolgendo direttamente la singola persona del lavoratore, ineriscano molto poco alla sfera del comune sentire e molto, invece, all'esperienza del privato cittadino.

In conclusione, sembrerebbe opportuno che il legislatore regoli la materia, come è stato fatto, ad esempio, nell'ambito dei licenziamenti individuali, soprattutto con riferimento al relativo regime sanzionatorio, mediante una disciplina speciale che tenga ancora una volta conto dell'immanenza della persona nella prestazione lavorativa; tema che ciclicamente si è riproposto nell'evoluzione storica del Diritto del lavoro (Vedi, ad esempio, Grandi, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 557), tutte le volte che le rigide norme che regolano la vita dei contratti si sono dimostrate inadeguate a tutelare diritti e/o interessi personali di natura eminentemente non patrimoniale, come sembrerebbe nel caso di specie.

Enrico Maria Terenzio
Avvocato in Roma
Dottore di ricerca di Diritto del lavoro

CASSAZIONE, 7 marzo 2008, n. 7945, Ss.Uu. civ. – Pres. Carbone, Est. Vidiri, P.M. Iannelli – Ministero dell'economia e delle finanze, Agenzia delle entrate c. D. L., B. A., A. A.

Lavoro pubblico – Diritto alla scelta e al mantenimento della sede di lavoro ex art. 33, comma 5, legge n. 104/92 – Requisiti espressamente previsti dalla legge – Continuità dell'assistenza prestata a congiunto disabile – Requisiti ulteriori – Interpretazione dell'inciso «ove possibile» – Verifica di compatibilità con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro – Rilevanza dell'interesse comune.

Alla stregua della legge 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5, il diritto del genitore o del familiare lavoratore che assiste con continuità un handicappato di scegliere la sede lavorativa più vicino al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso non si configura come un diritto assoluto o illimitato perché detto diritto può essere fatto valere allorquando – alla stregua della regola di un equo bilanciamento tra i diritti, tutti con rilevanza costituzionale – il suo esercizio finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi – soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporti di lavoro pubblico – con l'interesse della collettività. Considerazioni queste la cui prova fa carico sulla parte datoriale privata e su quella pubblica. (1) (Massima ufficiale)

(Omissis)

4. Detti motivi sono infondati.

4.1. La Corte territoriale ha opportunamente rimarcato come i giudici di legittimità abbiano affermato: che deve riconoscersi – stante il carattere generale della giurisdizione del giudice ordinario in relazione ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche (d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, comma 1), a fronte del quale la perpetuazione della giurisdizione del giudice amministrativo (prevista dallo stesso art. 63, comma 4) riveste una portata limitata ed eccezionale – la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie nelle quali, sul presupposto della definitività della graduatoria, e senza in alcun modo censurare lo svolgimento del concorso e il relativo atto finale, si faccia valere il diritto alla nomina alla qualifica superiore cui si aspiri, specificamente contestando l'utilizzazione della graduatoria alla stregua di circostanze successive all'esaurimento del concorso (e a esso estranee), denunciate come ostative alla nomina alla detta qualifica di altri aspiranti nei cui confronti si rivendichi una posizione preferenziale (cfr., in tali sensi, Cass., Ss.Uu., 3 febbraio 2004, n. 1989, cui *adde*, più di recente, Cass., Ss.Uu., 20 giugno 2007, n. 14290); e che ai fini della individua-

zione della giurisdizione deve farsi riferimento al momento dell'assunzione al lavoro, e più precisamente al momento del conferimento dell'incarico rispetto al quale la procedura concorsuale si pone come fase antecedente nonché strumentale della scelta di nuovi dipendenti tra gli aspiranti (cfr., al riguardo, Cass., Ss.Uu., 27 gennaio 2004, n. 1478).

4.2. Orbene, nel caso di specie, con un accertamento di fatto non contestabile in questa sede di legittimità né specificamente censurato, i giudici d'appello hanno evidenziato che al riferimento cronologico che il Ministero ha fatto al bando di concorso va contrapposta l'assunzione della D. L. con contratto, che, per essere intervenuto tra le parti il 5 dicembre 2001, determina – *ratione temporis* per essere successivo alla data del 30 giugno 1998 – la giurisdizione del giudice ordinario stante il disposto del d.lgs. n. 80 del 1998, art. 45, comma 17 (ora d.lgs. n. 165 del 2001, art. 69, comma 7).

4.3. La circostanza che il *thema decidendum* non investe la procedura concorsuale ma l'atto di assunzione al lavoro della D. L. rivela poi la infondatezza del quarto motivo del ricorso in quanto l'eccepita nullità della sentenza impugnata – per il mancato rispetto dei principi del litisconsorzio necessario e per la carenza di un completo contraddittorio tra le parti del giudizio – si incentra su interessi attinenti alla procedura concorsuale laddove nel caso di specie, come si è visto, la lite ha per oggetto il diritto sorto con l'assunzione al lavoro e, quindi, in un tempo successivo all'esaurimento della procedura concorsuale.

5. Anche il secondo e il terzo motivo del ricorso risultano privi di fondamento.

6. La legge 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, statuisce che il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.

6.1. Come ha osservato correttamente il giudice d'appello la posizione di vantaggio *ex art. 33* si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare-lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono a essa legate da uno stretto vincolo di parentela o di affinità. La *ratio* di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di *handicap* nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti. A tale riguardo va evidenziato che la Corte Costituzionale ha rimarcato la rilevanza anche a livello della Carta fondante delle indicate finalità perseguite dalla disposizione in esame. E invero il giudice delle leggi – nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 33, comma 5, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost.,

nella parte in cui tale norma riconosce il diritto del lavoratore dipendente a scegliere la sede più vicina al proprio domicilio – ha affermato che la suddetta disposizione richiede, come condizione, che il lavoratore sia convivente con l'handicappato; e invero la maggior tutela accordata all'ipotesi in cui il portatore di *handicap* riceve già assistenza, rispetto a quella, altrettanto meritevole di tutela, ma diversa, in cui il lavoratore non è convivente, e si rende quindi necessario il suo trasferimento per attendere alle cure del congiunto, lungi dal rappresentare una discriminazione ingiustificata, costituisce una scelta discrezionale del legislatore non irragionevolmente finalizzata alla valorizzazione dell'assistenza familiare del disabile, allorquando corrisponda a una modalità di assistenza in atto, la cui speciale salvaguardia valga a evitare rotture traumatiche e dannose alla convivenza (cfr. Corte Cost., ord. n. 325 del 1996).

6.2. In questa occasione la Corte Costituzionale ha avuto modo anche di ricordare come, esaminando alcuni profili della legge n. 104 del 1992, ne abbia già sottolineato l'ampia sfera di applicazione, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei portatori di *handicap*, e ha aggiunto anche che essa incide sul settore sanitario e assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica, e che in generale dette misure hanno il fine di superare – o di contribuire a fare superare – i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative e nell'esercizio dei diritti costituzionalmente protetti (cfr. sentenza n. 406 del 1992).

7. Nonostante l'innegabile sua portata sociale, la disposizione scrutinata non può però far ritenere che il diritto del genitore o del familiare lavoratore dell'handicappato di scegliere la sede più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito in altra sede senza il suo consenso sia un diritto assoluto o illimitato, in quanto presuppone, oltre agli altri requisiti esplicitamente previsti dalla legge, altresì la compatibilità con l'interesse comune, posto che secondo il legislatore – come è dimostrato anche dalla presenza dell'inciso «ove possibile» – il diritto alla tutela dell'handicappato non può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere in maniera consistente le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto ciò può tradursi – soprattutto per quel che riguarda i rapporti di lavoro pubblico – in un danno per la collettività (cfr. Cass. 29 settembre 2002, n. 12692). In questo caso quindi il diritto del familiare-lavoratore deve bilanciarsi con altri interessi, che trovano anche essi una copertura costituzionale, sicché il riconoscimento del diritto del lavoratore-familiare può – a seconda delle situazioni fattuali a fronte delle quali si intenda farlo valere – cedere a rilevanti esigenze economiche, organizzative o produttive dell'impresa, e, per quanto riguarda i rapporti di lavoro pubblico, a in-

teressi della collettività ostativi di fatto alla operatività della scelta d.lgs. n. 104 del 1992, *ex art.* 33, comma 5.

7.1. La prova della sussistenza delle ragioni impeditive del diritto alla scelta della sede fa carico poi, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministero, sul datore di lavoro. A tale conclusione conducono la lettera della legge, la considerazione che le ragioni da provare sono a diretta e più agevole conoscenza del datore di lavoro, e infine il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità in tema di trasferimento *ex art.* 2103 cod. civ., u.c., (per l'affermazione che le ragioni tecniche, organizzative e produttive, poste a base del trasferimento da una unità produttiva ad altra del lavoratore, debbano essere provate dal datore di lavoro *cf.*, *ex plurimis*: Cass. 22 marzo 2005, n. 6117, Cass. 15 maggio 2004, n. 9290).

7.2. Alla stregua di quanto sinora esposto la sentenza impugnata – dopo avere proceduto a una attenta valutazione delle risultanze istruttorie – ha riconosciuto il diritto della D. L. alla sede dalla stessa richiesta, per esservi un posto vuoto in organico a Bari, per essere stato tale posto riservato ai vincitori del concorso e per avere la lavoratrice portato a conoscenza dell'amministrazione la sua situazione familiare. Di contro non è stato provato dal Ministero un interesse organizzativo di segno contrario né un danno per la collettività dalla assegnazione della sede di (*Omissis*) alla D. L.

7.3. Per concludere sul punto, la sentenza impugnata va confermata avendo fatto corretta applicazione del principio di diritto che, ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., comma 1, va così enunciato: «Alla stregua della legge 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 5, il diritto del genitore o del familiare lavoratore che assiste con continuità un handicappato di scegliere la sede lavorativa più vicino al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso non si configura come un diritto assoluto o illimitato perché detto diritto può essere fatto valere allorquando – alla stregua della regola di un equo bilanciamento tra i diritti, tutti con rilevanza costituzionale – il suo esercizio finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi – soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporti di lavoro pubblico – con l'interesse della collettività». Considerazioni queste la cui prova fa carico sulla parte datoriale privata e su quella pubblica.

8. Neanche la censura riguardante la liquidazione dei danni a favore della lavoratrice può trovare accoglimento atteso che il giudice d'appello ha tenuto presente la documentazione acquisita e ha supportato la sua decisione con una motivazione congrua, priva di salti logici e corretta sul versante giuridico atteso che ben potevano il giudice di primo grado e quello di appello – nella ritenuta certezza della esistenza di un danno subito a livello di spese sopportate dalla D. L. per la mancata iniziale assegnazione della sede di

(*Omissis*) e per una estrema difficoltà di quantificarne l'entità – ricorrere al criterio equitativo (per i presupposti necessari per legittimare una liquidazione equitativa cfr., tra le tante, in epoca recente: Cass. 11 luglio 2007, n. 15585; Cass. 7 giugno 2007, n. 13288).

9. Va rigettato anche il ricorso incidentale con il quale la D. L. denuncia la violazione degli artt. 2727, 2729, 2059, 2043 e 2087 cod. civ., nonché vizio di motivazione per non avere la sentenza impugnata proceduto alla liquidazione del danno morale soggettivo, del danno non patrimoniale e del danno esistenziale. La Corte d'Appello di Bari nel rigettare la richiesta della D. L. ha osservato che il cd. danno esistenziale non deriva, contrariamente a quanto affermato dalla lavoratrice, in modo automatico da qualsiasi parziale e temporanea modificazione delle pregresse abitudini, e che il danno biologico, vuoi del lavoratore che del familiare assistito, postula la prova specifica – nel caso di specie mancante – di alterazioni psico-fisiche pregiudizievoli.

9.1. La sentenza dei giudici d'appello, per poggiare su una motivazione ancora una volta esauriente e improntata a coerenza logica e rispettosa dei principi giuridici regolanti il risarcimento dei danni, non è suscettibile di alcuna critica in questa sede di legittimità (cfr., al riguardo, Cass. 8 ottobre 2007, n. 20987, per la statuizione secondo cui il danno non patrimoniale, costituendo pur sempre un danno-conseguenza, deve essere specificamente allegato e provato ai fini risarcitori, non potendo mai considerarsi *in re ipsa*).

10. Le spese del presente giudizio di cassazione – tenuto conto della natura della controversia e delle numerose questioni oggetto di esame – vanno interamente compensate tra le parti ricorrendo giusti motivi.

Per questi motivi

La Corte riunisce i ricorsi e li rigetta. (*Omissis*)

(1) DISABILITÀ E LAVORO: IL DIRITTO DI SCELTA DELLA SEDE DEL LAVORATORE (NON SOLO) PUBBLICO

Le diverse questioni interpretative collegate all'art. 33, comma 5, della *Legge quadro per l'assistenza, integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate* (legge 5 febbraio 1992, n. 104) acquisiscono una fisionomia più chiara e precisa con la pubblicazione della sentenza in epigrafe. Il comma citato riconosce al «genitore o al familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato» il «diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede». Se dalla dizione letterale del comma 5 dell'art. 33 si evince chiaramente che i benefici in esso previsti si riconoscono anche al lavoro privato, dalla lettura delle sentenze pubblicate dopo l'entrata in vigore del disposto emerge che, di fatto, alle vicende del lavoro pubblico tale comma risulta saldamente legato. La modifica di giurisdizione conseguente alla riforma della contrattualizzazione del pubblico

impiego, le argomentazioni utilizzate dai giudici (si pensi al richiamo costante all'interesse comune o della collettività e non solo a generiche esigenze organizzative) e lo stesso linguaggio degli interpreti risultano fortemente condizionati dall'utilizzo nullo del diritto di scelta della sede di lavoro e del diritto a non essere trasferito nell'ambito del settore privato, salvo qualche sporadica eccezione (Si legga Trib. Verona 20 novembre 2003, in *D&L*, 2002, p. 152, con riguardo a un'ipotesi di modificazione unilaterale della sede di lavoro nell'ambito di una società multinazionale). Del resto è la stessa struttura organizzativa del datore di lavoro pubblico e l'articolazione capillare delle sedi a rendere percorribile la via della mobilità interna a quei dipendenti chiamati a fronteggiare problematiche esigenze di cura di familiari disabili: un'alternativa quasi ontologicamente preclusa alla stragrande maggioranza dei lavoratori privati. L'attenzione dell'attuale legislatore, catalizzata non tanto sulle caratteristiche oggettive della pubblica amministrazione e sui bisogni di innovazione della stessa (Si leggano le Circolari del Ministero della pubblica amministrazione n. 7/08 e n. 8/08 sul sito www.funzione-pubblica.it), ma sulle doti e caratteristiche soggettive dei lavoratori pubblici, ha fatto riemergere tali reali contraddizioni sotto le mentite spoglie di un *animus fraudis* generalizzato e diffuso (e non residuale ed eccezionale, come in realtà è) che penalizza chi nel bisogno vive quotidianamente, sia nel lavoro pubblico che nel lavoro privato.

Riordinando in modo compiuto quella considerevole quantità di pronunce susseguitesesi negli anni più recenti, si riesce anche a ottenere il risultato ulteriore di verificare l'impatto sul tema specifico del passaggio di competenze dal giudice amministrativo a quello ordinario *ex art. 63, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*. Un passaggio molto graduale, come dimostra il quantitativo ancora prevalente di pronunce dei giudici amministrativi, pur essendo definitivamente chiarito che la giurisdizione del giudice ordinario è generale in relazione alle vicende del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, mentre quella del giudice amministrativo «riveste una portata limitata ed eccezionale» e si arresta a fronte della definitività della graduatoria e alla presa di servizio del dipendente (cit., sentenza n. 7945/08).

Le questioni interpretative poc'anzi annunciate concernono le caratteristiche specifiche dell'assistenza prestata dal familiare chiamato alla cura del disabile, la preesistenza della disabilità del familiare rispetto alla richiesta di trasferimento del lavoratore o della lavoratrice e, infine, i limiti o condizioni gravanti sull'esercizio del diritto al trasferimento, a delineare i quali in via definitiva sono intervenute le Sezioni Unite a seguito di oscillazioni costanti della giurisprudenza precedente (sia amministrativa che ordinaria, e in questo secondo ambito sia di merito che di legittimità).

I requisiti espressi o solo implicitamente richiesti dal comma 5 paiono essere, in estrema sintesi e a seguito di una lunga e articolata elaborazione giurisprudenziale, la *continuità* e l'*attualità* dell'assistenza, e una sorta di *sostenibilità economico-organizzativa* del diritto di scelta della sede da parte del datore di lavoro di destinazione.

La cancellazione del requisito della convivenza – seguita all'entrata in vigore dell'art. 19 della legge 8 marzo 2000, n. 53 [Per un primo commento si legga F. Malzani, *Commento artt. 19 e 20 legge 53/2000*, in Napoli, Magnani, Balboni (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, Commentario sistematico della legge n. 53/2000, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, pp. 1362 ss.] – ha definitivamente chiarito che il presupposto della legittima richiesta di trasferimento è il carattere continuativo dell'assistenza al soggetto handicappato, mentre risulta irrilevante l'unicità della perso-

na che presta assistenza (Sul parametro dell'unicità si possono leggere sentenze di diverso tenore, tutte orientate a escluderne la rilevanza, anche se alcune paiono potenzialmente in grado di riproporre tale requisito attraverso formule articolate e non sempre trasparenti: si legga il riferimento che Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3566, fa a una formula di assistenza «in via esclusiva» che rinvia non all'inesistenza, ma all'indisponibilità «oggettiva e soggettiva di altre persone in grado di sopperire alle esigenze assistenziali». Stesso rinvio all'esclusività dell'assistenza può rinvenirsi in Trib. Milano, 31 ottobre 2002, in *D&L*, 2003, p. 362. Molto più semplice e condivisibile il riferimento alla mera continuatività dell'assistenza, indipendentemente dall'esistenza di altri familiari, effettuato da Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2007, n. 4182, in *Giurisd. amm.*, 2007, I, p. 1131; nello stesso senso Tar Sicilia, Sez. Catania, Sez. III, 08 luglio 2004, n. 1809, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2251; Tar Calabria, Sez. Reggio Calabria, 09 aprile 2004, n. 341, in *Dir. e giust.*, 2004, p. 93, con nota di Minniti. Di segno contrario, di recente, Cons. Stato, Sez. IV, 18 maggio 2005, n. 2422, e Cons. Stato, Sez. IV, 17 aprile 2003, n. 2043, entrambe pubblicate in *Foro amm. Cons. Stato* nell'anno relativo).

Le precisazioni cui si può riconoscere mero valore di corollario dell'affermazione principale appena riportata sono diverse: si può ricordare che l'assistenza continuativa non equivale a cura prestata a persona non autosufficiente [Trib. Ascoli Piceno 2 febbraio 2007, che precisa che i benefici regolati dal comma 5 dell'art. 33 possono riconoscersi a fronte di «attività di cura e di sostegno materiale o anche morale prestata con cadenza almeno quotidiana a persona che, trovandosi in condizioni di *handicap* permanente, necessita o tragga oggettiva e soggettiva utilità dalla cura familiare» (in *Dir. lav. Marche*, 2007, p. 105)], oppure che «il diritto riconosciuto [...] merita tutela anche quando di fatto la persona handicappata è assistita da personale medico», dato che la norma intende tutelare non solo l'assistenza materiale, ma anche quella morale, quella «forma di sostegno psicologico e affettivo che solo un familiare (e non anche un qualsiasi efficientissimo servizio pubblico) è in grado di dare» (Trib. Pordenone, 27 dicembre 2001, in *Giur. amm. Friuli-Venezia Giulia*, 2000, p. 38; in senso contrario Trib. Milano 28 maggio 2003, in *D&L*, 2003, p. 700). La sussistenza di una notevole distanza tra la sede di servizio (*rectius*, lavoro) e il luogo di residenza del familiare disabile, del resto, non può che essere incompatibile con la continuità dell'assistenza prestata (Cons. Stato, Sez. IV, 27 settembre 2005, n. 4501; Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2006, n. 793, in *Foro amm.*, 2006; Cass., Sez. lav., 2 novembre 2006, n. 23526, in *Dir. e giust.*, 2006, p. 33, con nota di Olessina; Cass., Sez. lav., 08 agosto 2005, n. 16643, in *Not. giur. lav.*, 2006, p. 41).

L'assistenza non solo deve essere continuativa, ma anche attuale. Come precisato in più occasioni, il comma 5 tutela situazioni di assistenza già esistenti «la cui interruzione crei pregiudizio allo stato di fatto favorevole al portatore di *handicap*, che già godeva dell'aiuto del familiare prima che quest'ultimo si dovesse allontanare per lavoro» (Cit., Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3566; nello stesso senso di salvaguardare l'assistenza in atto, si vedano le recenti sentenze: Cons. Stato, Sez. VI, 23 gennaio 2007, n. 234; Cons. Stato, Sez. I, 22 marzo 2006, n. 588, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, I, p. 1802; Cons. Stato, Sez. IV, 13 aprile 2005, n. 1708; Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 565; tutte le sentenze citate senza specificazioni ulteriori possono leggersi in *Foro amm. Cons. Stato* nell'anno di pubblicazione della sentenza; per la giuri-

sprudenza di merito Trib. Agrigento 06 aprile 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1945. Specifica che la convivenza non deve essere stata interrotta con l'assegnazione della sede di lavoro al lavoratore familiare di disabile, a meno che non si dimostri che nel periodo precedente all'assegnazione della sede il familiare non necessitava di assistenza continua, Cass., Sez. lav., 08 agosto 2005, n. 16643, in *Mass. Foro it.*, 2005, 1148).

Se non ricorrono le condizioni stabilite dall'art. 33, comma 5, «le esigenze di famiglia sono recessive rispetto a quelle di servizio» (Tar Campania, Sez. VI, 19 luglio 2004, n. 10575, in *Trib. amm. reg.*, 2004, I, p. 1733). La necessità di fissare un equilibrio meno instabile tra i principi, tutti con rilevanza costituzionale, posti alla base delle altalenanti posizioni giurisprudenziali sulla portata dell'inciso «ove possibile» utilizzato dal legislatore del 1992 e non modificato da quello del 2000, hanno reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite motivato, presumibilmente, anche dalla finalità implicita di porre un argine alla quantità alluvionale di pronunce sullo specifico tema. Le Sezioni Unite si limitano a riproporre una datata, ma non certo consolidata, interpretazione giurisprudenziale fondata sulla ricerca di un compromesso accettabile tra le esigenze di cura del disabile e l'organizzazione datoriale (pubblica o privata che sia). Il diritto di scelta della sede per consentire la cura del disabile non è incondizionato o assoluto o illimitato, ma deve essere «compatibile con l'interesse comune posto che il diritto alla tutela effettiva dell'handicappato non può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere in misura consistente le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto ciò può tradursi – soprattutto per quel che riguarda i rapporti di lavoro pubblico – in un danno per la collettività» (Cit., Cass., Sez. lav., 29 agosto 2002, n. 12692, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 764, con nota di Bruzzone, espressamente richiamata in motivazione; si veda anche Cass., Sez. lav., 27 maggio 2003, n. 8436, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 559; Cass., Sez. lav., 25 gennaio 2006, n. 1396, in q. *Riv.*, 2006, II, con nota di Assennato; Trib. Bari 29 luglio 2004, in *Famiglia e dir.*, 2005, con nota di Fontana; Trib. Pesaro 15 luglio 2005, in *Merito*, 2005, 8, con nota di Utzeri). In senso diametralmente opposto, Trib. Agrigento (con riguardo a una causa proveniente da un gruppo bancario) afferma che la finalità di evitare una eccessiva limitazione della tutela, l'inciso «ove possibile» deve essere inteso in senso restrittivo «come mera possibilità di carattere giuridico, non consentendo una diversa valutazione da parte del datore di lavoro in riferimento alla concreta scelta del lavoratore da trasferire» (In *Dir. lav.*, 2002, II, p. 297, con nota di Dentici).

La sentenza delle Sezioni Unite, giova ricordarlo, consente di ottenere un obiettivo minimale da non sottovalutare: l'abbandono definitivo di quel linguaggio dei giudici amministrativi ancorato all'uso, inadatto al Diritto del lavoro, di interesse legittimo (Da ultimo, si rinvia a Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 565, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2005). Il comma 5 dell'art. 33 si riferisce a un diritto soggettivo, per quanto condizionato e limitato, che non arriva ad acquisire la valenza di diritto potestativo utilizzabile laddove la posizione del datore di lavoro sia qualificabile di mera soggezione alle scelte altrui (Per un recente esempio, relativo al congedo parentale, si consenta il rinvio a Cass. 16 giugno 2008, n. 16207, in *Riv. it. dir. lav.*, con nota di Calafà).

Occorre anche ricordare – per concludere la rassegna dei problemi interpretativi occasionati dall'art. 33, comma 5 – che i giudici, nel corso degli anni, hanno precisato che il diritto di scelta della sede non può trasformarsi nell'obbligo della pubblica amministrazione di coprire un posto vacante (Cass., Sez. lav., 25 gennaio 2006, n. 1396,

in *Foro it.*, 2007, I, 915; Cons. Stato, Sez. III, 08 luglio 2003, n. 2346, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2003; Trib. Milano 31 ottobre 2002, in *D&L*, 2003, p. 362): tale condizione esprime una mera potenzialità che assurge ad attualità soltanto con la decisione organizzativa dell'amministrazione di coprire talune vacanze. I posti in organico non devono essere solo vacanti, ma anche disponibili (Cass. n. 1396/06, cit.).

Laura Calafà
*Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi di Verona*

I

CASSAZIONE, 3 marzo 2008, n. 5749, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Stile – V. S. (avv. Celata) c. Dental Biemme di Matarrelli Italia Sas (avv.ti Esposito e Giannelli).

Licenziamento individuale – Lavoratrice madre – Stato oggettivo della gravidanza – Nullità – Risarcimento danni.

Il divieto di licenziamento della lavoratrice di cui all'art. 2 della legge n. 1204/1971 opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza o puerperio. Pertanto, il licenziamento intimato nonostante il divieto – che è nullo (e non inefficace) – comporta il pagamento delle retribuzioni successive alla data di effettiva cessazione del rapporto, dovute a titolo di risarcimento del danno. (1)

II

CORTE D'APPELLO TORINO, 24 aprile 2008 – Pres. Girolami, Est. Grillo Pasquarelli – B. S. A. (avv.ti E. e F. Gliozzi) c. Belle Epoque Srl (avv. Pecoraro).
Diff. Tribunale Torino 23 ottobre 2007.

Licenziamento individuale – Lavoratrice madre – Divieto – Deroghe – Onere della prova.

La deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre opera non solo in caso di cessazione dell'attività dell'impresa ma anche nel caso di cessazione dell'attività del reparto cui la lavoratrice è addetta, purché il reparto stesso abbia autonomia funzionale. L'applicazione estensiva della deroga è subordinata alla condizione che il datore di lavoro assolva l'onere probatorio circa l'impossibilità di utilizzare la lavoratrice presso altre unità produttive dell'azienda. (2)

I

(Omissis)

Svolgimento del processo

V. S. adiva il Tribunale di Roma-giudice del lavoro deducendo di aver svolto attività di assistente alla poltrona presso la Dental Biemme di Matarrelli Italia Sas nel periodo e con l'orario indicato in ricorso. Richiedeva

differenze di retribuzione e deduceva di essere stata licenziata nel periodo di gravidanza. Pertanto chiedeva la condanna della predetta società alla somma specificata (e poi ridotta in corso di causa) nonché la dichiarazione di nullità del recesso con condanna al risarcimento dei danni pari alle retribuzioni *medio tempore* maturate. Si costituiva la società convenuta, chiedendo il rigetto della domanda.

Il Tribunale con sentenza del 1° luglio 2001 dichiarava la nullità del recesso e condannava la Dental al pagamento delle retribuzioni dal 25 marzo 1999 al 12 gennaio 2001, nonché al pagamento della somma di lire 1.951.314. Avverso tale decisione proponeva appello la soc. Dental, chiedendo il rigetto della domanda proposta dalla V. Quest'ultima si costituiva, chiedendo la conferma dell'impugnata pronuncia. Con sentenza del 3 luglio 2003-2 settembre 2004, l'adita Corte d'Appello di Roma, pur prendendo atto che il recesso era stato intimato in un momento in cui l'appellata, in virtù di presunzione legale, doveva ritenersi in stato di gravidanza, riteneva infondata la domanda risarcitoria proposta dalla V., non avendo la stessa mai fatto pervenire alla datrice di lavoro alcuna certificazione del suo stato, né prima, né dopo il parto, come previsto dal d.P.R. n. 1026 del 1976, art. 4. Pertanto, rigettava la domanda risarcitoria, confermando nel resto la sentenza impugnata. Per la cassazione di tale pronuncia ricorre la V. con un unico motivo, cui resiste la società con controricorso, ulteriormente illustrato da memoria *ex art.* 378 cod. proc. civ.

Motivi della decisione

Con l'unico mezzo d'impugnazione la ricorrente, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1223 e 1226 cod. civ., nonché violazione della legge n. 1026 del 1976, art. 2, e omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, in riferimento all'art. 360 cod. proc. civ., nn. 3 e 5, dopo avere rimarcato che la nullità del recesso comunicatole in data 25 marzo 1999, ossia in un periodo nel quale la stessa doveva ritenersi in stato di gravidanza, in virtù della presunzione legale stabilita dal d.P.R. n. 1026 del 1976, art. 4, era stata accertata da entrambi i giudici di merito, deduce che, in errata applicazione del comma 3 del suddetto articolo, la Corte d'Appello le aveva negato il diritto al risarcimento del danno, ritenendo che la stessa non avesse mai fatto pervenire il certificato di gravidanza al proprio datore di lavoro sia prima che dopo il parto. Al contrario, ella aveva fatto pervenire al proprio datore di lavoro il certificato di gravidanza nel momento in cui provvedeva a notificargli il ricorso introduttivo del giudizio, avendo depositato presso il Tribunale il proprio fascicolo di parte, all'interno del quale vi era l'originale del certificato predetto.

(*Omissis*)

Il motivo è fondato.

Invero, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, il divieto di licenziamento di cui alla legge n. 1204 del 1971, art. 2, opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza o puerperio e, pertanto, il licenziamento intimato nonostante il divieto – che è affetto da nullità a seguito della pronuncia della Corte Cost. n. 61 del 1991 – comporta, anche in mancanza di tempestiva richiesta di ripristino del rapporto e ancorché il datore di lavoro sia inconsapevole dello stato della lavoratrice, il pagamento delle retribuzioni successive alla data di effettiva cessazione del rapporto, le quali maturano a decorrere dalla presentazione della certificazione attestante lo stato di gravidanza, ai sensi del d.P.R. n. 1026 del 1976, art. 4 (Cass. 20 maggio 2000, n. 6595). Alla luce di tale indirizzo, cui va prestata adesione, erroneamente il Tribunale ha escluso del tutto il diritto della lavoratrice alle retribuzioni dovute a titolo di risarcimento del danno, richiamandosi alla disciplina codicistica che lo condizionerebbe all'elemento soggettivo del datore di lavoro, perché così facendo ha sostanzialmente disapplicato la norma speciale, ossia la legge n. 1204 del 1971, art. 2, il quale pone il divieto di licenziamento in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza e puerperio», di talché il licenziamento è *contra legem* anche nel caso di inconsapevolezza del datore di lavoro. Né si può sostenere, come affermato dal Tribunale, che la illegittimità del licenziamento operi solo ai fini del diritto al ripristino del rapporto (da richiedere nel termine di novanta giorni, che nella specie non era stato osservato), in quanto non è possibile, scindendo gli effetti che la norma ha previsto unitariamente, affermare che il licenziamento sia per un aspetto *contra legem* e per altro aspetto non lo sia. Vi è peraltro una ulteriore norma speciale, il d.P.R. 25 novembre 1976, n. 1026, art. 4, ossia il regolamento per l'applicazione della legge n. 1204 del 1971 (emanato secondo la previsione della stessa legge, art. 32), la quale, contemperando le contrapposte esigenze delle parti, dispone al comma 2 che «La mancata prestazione di lavoro durante il periodo di tempo intercorrente tra la data di cessazione effettiva del rapporto e la presentazione della certificazione non dà luogo a retribuzione». Pertanto, ancorché il rapporto di lavoro sia *de iure* sempre pendente, e quindi il periodo sia utile ai fini dell'anzianità di servizio (cfr. l'ultima parte del citato art. 4, comma 2), le retribuzioni successive alla data di effettiva cessazione del rapporto maturano solo dal momento della presentazione del certificato medico di gravidanza (Cass. 20 maggio 2000, n. 6595, cit.).

Proprio in applicazione di tali norme la Corte d'Appello di Roma avrebbe dovuto riconoscere alla V. il diritto al risarcimento del danno, se non nella misura indicata dal giudice di primo grado, in quella inferiore rapportata alle retribuzioni spettanti dal giorno della notifica del ricorso *ex art.* 414 cod.

proc. civ. avvenuta in data 20 marzo 2000 e sino al compimento di un anno di età del bambino.

(*Omissis*)

Nel caso in esame, avendo la V. dichiarato di limitare le sue pretese con riferimento a tale periodo, la domanda va accolta nei detti termini. Pertanto, in accoglimento del ricorso, la sentenza impugnata va cassata e, potendo la controversia decidersi nel merito ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., comma 1, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la resistente Dental Biemme di Matarrelli Italia Sas va condannata al pagamento, in favore della ricorrente V. S., di una somma pari all'ammontare delle retribuzioni maturate dal 24 marzo 2000 al 12 gennaio 2001 oltre accessori.

(*Omissis*)

II

(*Omissis*)

Motivi della decisione

(*Omissis*)

Con il primo motivo di appello la sig.ra A. censura la sentenza impugnata per violazione dell'art. 54, d.lgs. n. 151/2001 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità), essendo pacifico che alla data del licenziamento la lavoratrice era in stato di gravidanza.

Sul punto, il Tribunale ha così testualmente motivato: «*Nulla quaestio* infine per ciò che riguarda il licenziamento disposto durante la maternità della ricorrente, posto che l'art. 54, comma 3, lett. *b*, d.lgs. n. 151/01, fa espressamente salva l'ipotesi di cessazione dell'attività dell'azienda (e non dell'impresa) cui la lavoratrice è addetta (ossia dell'unità produttiva di Torino)».

Com'è noto, l'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001, dopo avere ribadito (comma 1) il principio per cui «Le lavoratrici non possono essere licenziate dall'inizio del periodo di gravidanza [...] fino al compimento di un anno di età del bambino», stabilisce (comma 3) che «Il divieto di licenziamento non si applica nel caso [...] *b*) di cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta»; il comma 4 dello stesso art. 54, infine, dispone che «... La lavoratrice non può altresì essere collocata in mobilità a seguito di licenziamento collettivo ai sensi della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, salva l'ipotesi di collocamento in mobilità a seguito della cessazione dell'attività dell'azienda di cui al comma 3, lettera *b*».

Secondo l'appellante, la deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre per «cessazione dell'attività dell'azienda» va adeguata alla *ratio* e

alla dizione della legge n. 223/1991, che si riferisce alla «cessazione dell'attività dell'impresa», sicché la deroga al divieto – in caso di licenziamento collettivo – opererebbe solo in presenza della cessazione totale dell'impresa e non in caso di mera cessazione di una unità produttiva; l'appellante richiama, comunque, la prevalente giurisprudenza della S.C., che – pur dando alla deroga di cui all'art. 54, comma 3, lett. *b*, una interpretazione estensiva, nel senso che riguardi anche la cessazione dell'attività del reparto cui la lavoratrice è addetta, sempreché il reparto stesso abbia autonomia funzionale – subordina tale applicazione estensiva alla condizione che il datore di lavoro assolva l'onere probatorio circa l'impossibilità di utilizzare la lavoratrice presso altre unità produttive dell'azienda: nel presente giudizio, il datore di lavoro non avrebbe provato, né offerto di provare, l'autonomia funzionale della unità locale di Torino, via Gioanetti n. 7/A, e l'impossibilità del *repêchage*.

Il motivo è fondato.

Secondo il costante insegnamento della S.C., «in tema di tutela della lavoratrice madre, la deroga al divieto di licenziamento di cui all'art. 2, comma 2, lett. *b*, della legge 30 dicembre 1971, n. 1204 [ora trasfuso nell'art. 54, comma 3, lett. *b*, del d.lgs. n. 151/2001, *n.d.e.*], nella ipotesi “di cessazione dell'attività dell'azienda, cui essa è addetta”, deve intendersi nel senso che il licenziamento è possibile – come previsto all'ultimo comma del medesimo art. [ora comma 4, primo proposizione, dell'art. 54, cit., *n.d.e.*], per la deroga all'analogo divieto di sospensione della lavoratrice nello stesso periodo della gravidanza e del puerperio – anche nel caso di cessazione dell'attività del reparto cui essa è addetta, sempre che il reparto abbia autonomia funzionale, e a condizione che il datore di lavoro assolva l'onere probatorio – a proprio carico – circa l'impossibilità di utilizzare la lavoratrice presso altri reparti dell'azienda» (Cass. 21 dicembre 2004, n. 2004, che, in motivazione, precisa come, appunto, «solo in tale ipotesi» si configuri «la prospettata assimilazione della chiusura di un singolo reparto alla “cessazione dell'attività dell'azienda” ai fini della deroga al divieto di licenziamento della lavoratrice madre»; nello stesso senso, v. anche Cass. 8 settembre 1999, n. 9551, e Cass. 2 aprile 1992, n. 4034).

(*Omissis*)

Per giurisprudenza costante, la prova dell'impossibilità di diversa utilizzazione del lavoratore licenziato, vertendo su fatti negativi, deve essere fornita dal datore di lavoro attraverso la dimostrazione di corrispondenti fatti positivi, come il fatto che i residui posti di lavoro relativi a mansioni equivalenti fossero, al tempo del recesso, stabilmente occupati, o il fatto che dopo il licenziamento e per un congruo lasso di tempo non sia stata effettuata alcuna assunzione nella stessa qualifica (v., per tutte, Cass. 13 novembre 2001, n. 14093).

(*Omissis*)

Tali prove non sono nemmeno state offerte dalla società datrice di lavoro; pertanto, in accoglimento dell'appello, il licenziamento della sig.ra A., intimato durante il suo stato di gravidanza, deve essere dichiarato nullo per violazione del divieto di cui all'art. 54, d.lgs. n. 151/2001.

Restano assorbiti tutti gli altri motivi di appello.

La conseguenza della nullità del licenziamento è che il rapporto di lavoro deve ritenersi mai interrotto e che la lavoratrice ha diritto al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1223 cod. civ., senza che invece possa trovare applicazione la disciplina prevista dall'art. 18 Stat. lav., in ragione della specialità della normativa a tutela delle lavoratrici madri (v. Cass. 7 febbraio 1998, n. 1312); quest'ultima considerazione supera l'estrema difesa subordinata della società appellata circa il *dies ad quem* per il calcolo delle retribuzioni perse, in relazione al fatto che l'appellante avrebbe esercitato l'opzione ex art. 18, comma 5, Stat. lav.

La società appellata deve quindi essere condannata a corrispondere alla lavoratrice tutte le retribuzioni maturate e maturande dalla data del licenziamento a quella dell'effettivo ripristino del rapporto di lavoro, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali.

(*Omissis*)

(1-2) IL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO DELLA LAVORATRICE MADRE E LE SUE CONSEGUENZE

1. — Le due sentenze qui annotate confermano il principio giurisprudenziale secondo il quale, in caso di declaratoria di licenziamento illegittimo perché intimato in violazione dell'art. 2 della legge n. 1204/1971, la lavoratrice ha diritto anche al risarcimento del danno subito; proprio la quantificazione dell'ammontare del risarcimento è stata oggetto di varie interpretazioni sia da parte della giurisprudenza, che da parte della dottrina.

Come noto, l'art. 2, commi 1 e 2, legge n. 1204, statuisce il divieto da parte del datore di lavoro di licenziare la lavoratrice dall'inizio della gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino; tale divieto ebbe una prima disciplina già nella legge n. 1825/1924 sull'impiego privato e, successivamente, una tutela più generalizzata, rispetto all'ambito di applicazione, nell'art. 2110 cod. civ.; principio ribadito dall'art. 54, d.lgs. n. 151/2001 (e successive modificazioni e integrazioni). Quest'ultima norma stabilisce, infatti, che non possano essere licenziate le lavoratrici dall'inizio del periodo di gravidanza (che si presume avvenuto trecento giorni prima della data del parto) sino al compimento di un anno di età del bambino.

Nel comma 2 dell'art. 54, cit., viene specificato che tale divieto di licenziamento opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza e/o puerperio; ossia indipendentemente dalla consapevolezza della gravidanza da parte del datore di lavoro.

In passato, sia la dottrina che la giurisprudenza consideravano temporaneamente inefficace il licenziamento intimato alla lavoratrice in violazione del divieto, con conseguente spostamento della efficacia del recesso al termine del periodo in cui operava il divieto (Cfr., fra le altre, Cass. 30 maggio 1989, n. 2617, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, p. 5; F. Mazziotti, *I licenziamenti dopo la legge n. 108/90*, Torino, 1991, Utet; M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1987, p. 423). A seguito della famosa sentenza della Corte Costituzionale 8 febbraio 1991, n. 61 (In q. *Riv.*, 1991, II, pp. 3 ss.), il licenziamento intimato durante il periodo di tutela è nullo, e non più inefficace. In particolare, questa sentenza ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 37 Cost., l'art. 2 della legge n. 1204/1971, nella parte in cui prevede la temporanea inefficacia e non la nullità del licenziamento della lavoratrice nel periodo di gestazione e puerperio fino al compimento del primo anno di vita del bambino.

La nullità del licenziamento intimato alla lavoratrice – principio peraltro ribadito nell'art. 54, comma 4, d.lgs. n. 151/2001 – comporta quale diretta conseguenza che il rapporto lavorativo debba essere considerato regolarmente in vita; di conseguenza il datore di lavoro che vuole recedere dal contratto dovrà intimare un nuovo licenziamento una volta decorso il periodo di divieto (Cass. 15. settembre 2004, n. 18537, in *Or. giur. lav.*, 2004, I, p. 963).

Il principio della nullità del licenziamento affermato dalla Corte Costituzionale ha avuto notevoli conseguenze, con diversi orientamenti della dottrina e della giurisprudenza. Sulla base di un orientamento fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 11 maggio 1990, n. 4072, in *Not. giur. lav.*, 1990, p. 684; e già Corte Cost. 22 gennaio 1987, n. 17, in *Giur. cost.*, 1987, I, p. 118), il licenziamento della lavoratrice madre nullo, nell'area della tutela reale, darebbe luogo all'applicazione della sanzione prevista per il licenziamento ingiustificato (cioè la reintegrazione nel posto di lavoro e il pagamento della penale risarcitoria, pari alle retribuzioni maturate dalla data del recesso fino all'effettiva reintegra e comunque in misura non inferiore a cinque mensilità).

Il regime della nullità del licenziamento in discorso, nell'area della tutela obbligatoria, è, da un altro orientamento giurisprudenziale, sostanzialmente equiparato al regime di nullità di diritto comune (Cfr. Corte Cost. 23 aprile 1998, n. 143, in *Mass. Giur. lav.*, 1998, p. 369; Cass. 4 febbraio 1997, n. 1045, in *Lav. giur.*, 1997, p. 958). Si ritiene, infatti, che il recesso del datore di lavoro non produca effetti e la lavoratrice mantenga il diritto all'intero trattamento economico, come se avesse regolarmente prestato l'attività lavorativa (Cfr. Cass. 17 febbraio 1992, n. 1916, in *Mass. Giur. lav.*, 1992, p. 12).

Secondo un'altra parte ancora della giurisprudenza, la nullità del licenziamento comporta che il rapporto di lavoro debba essere considerato come mai interrotto, e quindi la lavoratrice ha diritto al risarcimento dei danni, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1223 cod. civ., senza che possa mai trovare applicazione la disciplina speciale prevista dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (Cass. 12 gennaio 2005, n. 426, in *Or. giur. lav.*, 2005, I, p. 134; Cass. 7 febbraio 1998, n. 1312, in *Giust. civ.*, 1998, p. 279; Cass. 9 settembre 1995, n. 9549, in *Dir. lav.*, 1995, II, p. 372, con nota di De Marinis; Trib. Milano 8 febbraio 1997, in *Lav. giur.*, 1997, p. 685; Trib. Cassino 11 febbraio 2000, in *Dir. lav.*, 2000, II, p. 376; P. Sandulli, *Facoltà di scelta fra riassunzione del la-*

voratore e risarcimento del danno a seguito di licenziamento illegittimo, in *Dir. lav.*, 1996, II, p. 104; A. Niccolai, *La cosiddetta tutela obbligatoria fra revoca del licenziamento, riasunzione ed indennità*, in *Mass. Giur. lav.*, 1995, p. 736).

In conclusione, si ritiene che la declaratoria di nullità del licenziamento, perché intimato in violazione della norma imperativa di cui all'art. 2 della legge n. 1204/1971, comporta che il recesso venga considerato fin dall'inizio privo di effetti risolutivi del rapporto di lavoro. Questo, pertanto, dev'essere considerato giuridicamente sempre pendente, fino a quando non si verifichi una legittima risoluzione dello stesso al termine del periodo di decorrenza del divieto. Inoltre la lavoratrice, illegittimamente licenziata, avrà diritto al risarcimento del danno, così come previsto dall'art. 1223 cod. civ.

Per quanto concerne il diritto alle retribuzioni dovute a titolo di risarcimento del danno, esso non è subordinato all'elemento soggettivo della conoscenza da parte del datore di lavoro, ma allo stato oggettivo della gravidanza e del puerperio, con la naturale conseguenza che il licenziamento è *contra legem* anche in caso di inconsapevolezza da parte del datore di lavoro (Cfr. Trib. Roma 10 aprile 2003, in *Or. giur. lav.*, 2004, II, p. 85; Cass. 16 maggio 2005, n. 10139, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 150, con nota di Ferrara).

Ai fini, poi, della determinazione del danno, assume importanza il momento in cui è stata presentata la documentazione medica relativa allo stato di gravidanza. Infatti, sebbene il rapporto di lavoro sia giuridicamente pendente e quindi il periodo sia comunque utile ai fini dell'anzianità di servizio, le retribuzioni successive alla data di effettiva cessazione del rapporto di lavoro maturano – ai sensi dell'art. 4, d.P.R. 25 novembre 1976, n. 1026 – solo a decorrere dalla presentazione della certificazione medica attestante lo stato di gravidanza (Cfr. Cass. 20 maggio 2000, n. 6595, in *Dir. e giust.*, 2000, p. 2244; Cass. 16 novembre 2002, n. 16189, in *Dir. e giust.*, 2002, p. 4364; Cass. 1° febbraio 2006, n. 2244, in *Giust. civ.*, 2006, p. 2).

L'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001 (e successive modificazioni) non indica alcun termine per la presentazione del certificato di gravidanza al datore di lavoro e all'ente previdenziale. Precedentemente, l'art. 2 della legge n. 1204/1971 prevedeva che la lavoratrice avesse diritto al ripristino del rapporto cessato a seguito del licenziamento illegittimo, dietro presentazione, entro novanta giorni dal licenziamento, d'idonea certificazione attestante lo stato di gravidanza al momento del recesso. In seguito, l'art. 4 del d.P.R. n. 1026/1976 disponeva che il termine di novanta giorni decorresse dall'effettiva cessazione del rapporto, ovvero dalla concreta estromissione della lavoratrice dal posto di lavoro.

Di conseguenza la tempestiva presentazione della documentazione medica avrebbe comportato la presunzione assoluta che il recesso fosse avvenuto nel periodo vietato, mentre la tardiva o mancata presentazione avrebbe comportato l'inversione dell'onere probatorio a carico della lavoratrice, la quale avrebbe dovuto provare che il recesso era avvenuto durante lo stato di gravidanza.

La scomparsa nel testo del d.lgs. n. 151/2001 del suddetto limite temporale entro il quale deve essere presentato il certificato medico al datore di lavoro, e l'applicazione dell'art. 4, comma 2, d.P.R. n. 1026/1976, comportano che il certificato sia diventato uno strumento meramente probatorio (Cfr. Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620, in *Foro it.*, 2007, 5, 1453; Cass. 20 maggio 2000, n. 6595, cit.; Cass. 21 agosto 2004, n.

16505, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1553). Infatti, la mancata presentazione del certificato medico non influisce sulla declaratoria di nullità e può, comunque, esser sostituita, a tutti gli effetti, dalla conoscenza effettiva che il datore di lavoro abbia avuto dello stato di gravidanza della lavoratrice.

Ciò che rileva, quindi, è lo stato oggettivo della gravidanza e il fatto sostanziale della conoscenza da parte del datore di lavoro dello stato di gravidanza, non il fatto formale dell'invio della documentazione medica, la quale ha una mera funzione probatoria e può esser assolta anche con mezzi diversi (Cfr. Cass. 21 agosto 2004, n. 16505, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1553; Cass. 4 marzo 1988, n. 2248, in *Giust. it.*, 1989, I, p. 520); ne consegue che la lavoratrice avrà diritto ugualmente al pagamento della retribuzione, indipendentemente dal fatto formale della trasmissione del certificato, quando il datore di lavoro abbia avuto comunque conoscenza dello stato della sua dipendente.

Nella quantificazione del risarcimento del danno, da liquidare in favore della lavoratrice illegittimamente licenziata, devono esser dedotte le somme costituenti l'*aliunde perceptum* da parte della lavoratrice (Cass. 10 agosto 2007, n. 17606, in *Giust. civ.*, 2007, p. 9). L'onere di provare l'eventuale godimento di altri proventi da parte della lavoratrice è in capo al datore di lavoro (Cass. 2 dicembre 2002, n. 17079, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, p. 244; Cass. 15 settembre 2004, n. 18537, in *Or. giur. lav.*, 2005, p. 963; Cass. 1° giugno 2004, n. 10531, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, 10, p. 720; Cass. 19 luglio 2006, n. 16540, in *Giust. civ.*, 2006, p. 7; Trib. Milano 15 aprile 2000, in *Lav. giur.*, 2000, p. 874; Trib. Milano 16 aprile 2002, in *Dir. lav.*, 2002, p. 617).

La quantificazione del danno subito dalla lavoratrice dev'esser effettuata tenendo conto della retribuzione che avrebbe percepito, essendo inalterata la continuità del *vincolum iuris*, salvo che il datore di lavoro non provi la sussistenza di fatti o di circostanze idonee a determinare una riduzione dell'ammontare del danno, il cd. *aliunde perceptum*, o comunque la possibilità per il lavoratore di evitare il danno con l'ordinaria diligenza, il cd. *aliunde percepiendum* (Cfr. Cass. 28 agosto 2007, n. 18146, in *Giust. civ.*, 2007, p. 7; Cass. 16 novembre 2002, n. 16189, in *Fam. dir.*, 2003, p. 188; Cass. 16 agosto 2000, n. 10859, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 4, con nota di Albi; Cass. 19 luglio 1990, n. 7380, in q. *Riv.*, 1991, II, p. 43; Cass. 3 maggio 1990, n. 3686, in *Or. giur. lav.*, 1990, p. 197; Cass. 15 dicembre 1989, n. 5645, in *Dir. prat. lav.*, 1990, p. 1060; A. Piccinini, *Sulla misura dell'indennità ex art. 1 legge n. 108/90: aliunde perceptum e percepiendi, danni ulteriori, ingiustificato arricchimento*, in *Dir. lav.*, 1991, I, p. 280; Mosca, *Risarcimento del danno e obbligo retributivo per licenziamento illegittimo: detraibilità dell'aliunde perceptum*, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2135).

Per la fase successiva alla sentenza di reintegrazione, il datore di lavoro ha l'obbligo del pagamento integrale della retribuzione, mentre l'*aliunde perceptum* è costituito non da qualunque somma la lavoratrice abbia percepito dopo l'illegittima cessazione del rapporto di lavoro, bensì esclusivamente dagli importi la cui corresponsione sia collegata al mancato svolgimento della prestazione lavorativa, i quali pertanto incidono sul danno provocato dalla mancata percezione della retribuzione (Cfr. Cass. 14 giugno 2007, n. 13871, in *Giust. civ.*, 2007, p. 6; Cass. 13 novembre 2007, n. 23565, in *Giust. civ.*, 2007, p. 11; Cass. 29 agosto 2000, n. 11341, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 1857).

2. — Il principio del divieto di licenziamento della lavoratrice, durante la gravidanza e fino a un anno di età del bambino, ha delle eccezioni tassativamente previste, così come disposto dall'art. 54, comma 3, d.lgs. n. 151/2001.

Una di tali eccezioni è costituita dalla cessazione dell'attività aziendale, anche se il caso della soppressione di un reparto avente autonomia funzionale od organizzativa è, da una parte della giurisprudenza, equiparato a quello della cessazione dell'attività aziendale, a condizione che la lavoratrice da licenziare non possa essere utilizzabile in un reparto diverso (Cass. 2 aprile 1992, n. 4034, in *Mass. Giur. lav.*, 1992, p. 364; Cass. 8 settembre 1999, n. 9551, in *Or. giur. lav.*, 1999, II, p. 722). Deve comunque trattarsi di un reparto con propria autonomia funzionale (Cfr. Cass. 2 aprile 1992, n. 4034, in *Mass. Giur. lav.*, 1992, p. 364) e che deve essere soppresso, e non semplicemente ristrutturato o convertito, anche se ciò dia luogo a licenziamenti collettivi (Cfr. Cass. 11 novembre 1974, n. 3551; Cass. 26 marzo 1982, n. 1897; Cass. 11 dicembre 1982, n. 6806; Cass. 16 novembre 1985, n. 5647; Cass. 24 ottobre 1986, n. 6236).

La deroga al divieto di licenziamento delle lavoratrici madri opera, quindi, non solo in caso di cessazione totale dell'impresa, ma anche nell'ipotesi di soppressione di un singolo ramo o reparto della stessa, dotato di autonomia funzionale e organizzativa, ove sia impossibile l'utilizzazione delle lavoratrici in altri settori aziendali, incombendo al datore di lavoro l'onere di provare sia l'autonomia funzionale del reparto sia l'impossibilità di una diversa utilizzazione della lavoratrice stessa (Cfr. Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 2, p. 497; Cass. 8 settembre 1999, n. 9551, in *Foro it.*, 2000, I, 147).

La chiusura di un reparto, quindi, può essere causa giustificativa del licenziamento di una lavoratrice soltanto se il reparto stesso sia formalmente e strutturalmente autonomo e se non esista nessuna possibilità di riutilizzare la lavoratrice presso un diverso reparto o una diversa struttura aziendale (Cfr. Cass. 21 dicembre 2004, n. 23684, in *Or. giur. lav.*, 2005, I, p. 156).

La cessazione, peraltro, deve essere effettiva, non parziale: la semplice ristrutturazione o riconversione o messa in liquidazione della società non costituiscono ipotesi di deroga previste dall'art. 2, comma 3, legge n. 1024/1971 (Cfr. Cass. 30 maggio 1997, n. 4809, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, p. 2, con nota di Pizzoferrato; Cass. 5 giugno 1996, n. 5221; A. Topo, *Unitarietà o complessità del regime sanzionatorio del licenziamento nullo: il licenziamento della lavoratrice madre*, in *Riv. it. dir. lav.* 1993, II, p. 866; R. Del Punta: *La sospensione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 619; M. G. Mattarolo, *Sulla nullità del licenziamento della lavoratrice madre*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 724; M. Papaleoni, *Profili applicativi della tutela delle lavoratrici madri*, in *Giust. civ.*, 1983, p. 2030; M. G. Mattarolo: *Il divieto di licenziamento delle lavoratrici madri e i limiti generali al potere di recesso del datore di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1980, p. 486).

Occorre precisare che il licenziamento collettivo per riduzione di personale, che coinvolga la lavoratrice madre, non rientra fra le ipotesi derogatorie al divieto di licenziamento, ma può essere considerato legittimo solo se a esso segua la cessazione dell'attività dell'azienda (Cfr. Cass. 24 ottobre 1986, n. 6236). Si ha licenziamento collettivo qualora vi sia una riduzione non temporanea e transitoria dell'attività produttiva o una trasformazione strutturale dell'impresa che comporti una riduzione di uffici, reparti, non essendo sufficiente una mera ristrutturazione aziendale, ed è necessario che

il datore di lavoro dia prova del ridimensionamento della struttura aziendale (Cfr. Cass. 4 febbraio 1998, n. 1150, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, p. 2, con nota di Conte; U. Carabelli, *I licenziamenti per riduzione del personale*, in *Dir. lav.*, 1994, p. 213; G. Pera, *I licenziamenti collettivi*, in *Giust. civ.* 1992, p. 207).

L'illegittimità del licenziamento intimato in violazione del divieto comporta l'obbligo del risarcimento del danno da parte del datore di lavoro per tutto il periodo di inattività (Cfr. Cass. 17 dicembre 2007, n. 26561, in *Dir. e giust.*, 2007, p. 15; Cass. 15 luglio 2002, n. 10260, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, p. 2, con nota di Lazzeroni; Trib. Pistoia 27 ottobre 2005, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 594).

Venendo alle sentenze in commento, la Suprema Corte nella decisione n. 5749/2008, confermando un orientamento ormai consolidato, statuisce che il divieto di licenziamento della lavoratrice opera in rapporto con lo stato oggettivo della gravidanza, indipendentemente dalla sua conoscenza da parte del datore di lavoro; di conseguenza il licenziamento intimato è affetto da nullità.

La nullità del licenziamento intimato comporta il diritto della lavoratrice stessa al risarcimento del danno; inoltre, anche in mancanza di tempestiva richiesta di ripristino del rapporto lavorativo, il datore di lavoro sarà condannato al pagamento delle retribuzioni successive alla data di effettiva cessazione del rapporto, le quali, però, matureranno a decorrere dalla presentazione della certificazione medica attestante lo stato di gravidanza.

Di conseguenza, la Suprema Corte rigetta quanto statuito nel precedente grado di giudizio, là ove era stato escluso del tutto il diritto al risarcimento del danno vantato dalla lavoratrice richiamandosi alla disciplina codicistica che lo condizionerebbe all'elemento soggettivo della conoscenza dello stato di gravidanza da parte del datore di lavoro.

Il rapporto di lavoro, a seguito della declaratoria di nullità del licenziamento intimato, deve pertanto esser considerato sempre pendente giuridicamente.

La Suprema Corte riconosce il diritto della lavoratrice al risarcimento del danno, sebbene le retribuzioni successive alla data dell'effettiva cessazione del rapporto lavorativo maturino solo dal momento della presentazione del certificato medico di gravidanza; la sentenza impugnata viene quindi cassata e viene accolto il ricorso presentato dalla lavoratrice.

Nella seconda sentenza che si annota, la Corte d'Appello di Torino, uniformandosi al suddetto orientamento giurisprudenziale, dichiara che il divieto di licenziamento può esser derogato nel caso in cui cessi l'attività del reparto cui sia addetta la lavoratrice, così come statuito dall'art. 2, comma 2, legge n. 1204/1971, trasfuso nell'art. 54, comma 3, d.lgs. n. 151/2001, sempre che il reparto ove era impiegata la dipendente abbia autonomia funzionale e organizzativa, e sempre che il datore di lavoro dia prova dell'impossibilità di poter utilizzare la lavoratrice presso altri reparti dell'azienda.

Nel caso di specie la società resistente aveva diverse unità lavorative sparse sul territorio nazionale, e pertanto la dipendente avrebbe potuto essere occupata presso altra sede. Ma il datore di lavoro non ha fornito la prova liberatoria, né ha dimostrato che tutti i posti di lavoro fossero stabilmente occupati. Il licenziamento intimato è stato, quindi, dichiarato nullo per violazione dei suddetti principi posti a tutela della lavoratrice madre.

Infatti, l'onere della prova relativa all'impossibilità di poter utilizzare in un altro e diverso impiego il dipendente licenziato è a carico del datore di lavoro (Cfr. Cass. 29 marzo 1999, n. 3030, in *Or. giur. lav.*, 1999, I, p. 449; Cass. 17 agosto 1998, n. 8057, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 1712; Cass. 23 giugno 1998, n. 6222, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 1378; Cass. 14 settembre 1995, n. 9715, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, p. 88; Cass. 30 marzo 1994, n. 3128, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 173, con nota di Bolego). Il suddetto onere dev'esser assolto dal datore di lavoro attraverso la dimostrazione di correlativi fatti positivi, ossia mediante la prova che i residui posti di lavoro, relativi a mansioni equivalenti, siano occupati stabilmente da altri dipendenti, o che dopo il licenziamento intimato non sia stata effettuata, per un congruo periodo, alcuna assunzione della stessa qualifica (Cass. 17 giugno 5419, in *Dir. prat. lav.*, 1997, p. 2702; Cass. 13 novembre 1999, n. 12603, in *Or. giur. lav.*, 2000, I, p. 186; Cass. 22 giugno 2000, n. 8515, in *Not. giur. lav.*, 2000, p. 747; Aa.Vv., *I licenziamenti individuali*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 131; G. De Simone, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l'instabile equilibrio tra le ragioni dell'impresa ed i diritti dei lavoratori*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 19).

La prova dell'impossibilità di una diversa utilizzazione del lavoratore all'interno dell'organizzazione aziendale deve essere data con riferimento a tutte le sue sedi (Cfr. Cass. 13 novembre 2001, n. 1493, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, p. 3, con nota di Ogriseg; Cass. 17 agosto 1998, n. 8057, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 1712; Cass. 4 settembre 1997, n. 8505, in *Dir. lav.*, 1998, II, p. 178; Cass. 13 ottobre 1997, n. 9967, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 327, con nota di Pizzoferrato; Cass. 27 novembre 1996, n. 10527, in *Dir. lav.*, 1998, II, p. 173; Cass. 26 ottobre 1996, n. 9369, in *Lav. giur.*, 1997, p. 426; Cass. 14 settembre 1995, n. 9715, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, p. 88).

In mancanza di tali prove, il licenziamento intimato è nullo, con le conseguenze sopra evidenziate. Il rapporto di lavoro deve essere considerato come mai interrotto e la società ricorrente dovrà risarcire i danni subiti dalla lavoratrice e provvedere al pagamento di tutte le retribuzioni maturate dalla data del licenziamento a quella dell'effettivo ripristino del rapporto di lavoro.

Luciana Forte
Avvocato in Roma

CASSAZIONE, 19 dicembre 2007, n. 47096, Sez. V pen. – Pres. Pizzuti, Est. Nappi, P.M. Consolo – P. M. c. T. G.
Conf. Trib. Torino, Sez. distaccata di Chivasso, 15 settembre 2006.

Personalità (diritti della) – Segretezza della corrispondenza – Assenza del lavoratore – Casella di posta elettronica del dipendente – Accesso da parte del datore di lavoro – Reato *ex art. 616, comma 1, cod. pen.* – Configurabilità – Esclusione.

L'art. 616, comma 1, cod. pen. punisce la condotta di chi si limita a prendere cognizione della corrispondenza altrui, anche elettronica, solo se si tratta di corrispondenza «chiusa». Chi prende cognizione di corrispondenza aperta è punito solo se l'abbia a tale scopo sottratta al destinatario ovvero distratta dalla sua destinazione.

La corrispondenza elettronica può essere qualificata come «chiusa» nei confronti dei soggetti che non siano legittimati all'accesso ai sistemi informatici di invio o di ricezione dei singoli messaggi, in quanto è la legittimazione all'accesso al sistema informatico che abilita alla conoscenza delle informazioni in esso custodite.

*Quando la legittimazione all'accesso della casella di posta altrui sia condizionata, l'eventuale violazione di tali condizioni può rilevare sotto altri profili, ma non può valere a qualificare la corrispondenza come «chiusa» e quindi il comportamento di chi semplicemente ne prenda cognizione non è punibile *ex art. 616 cod. pen.* (1)*

(*Omissis*) Con la sentenza impugnata il Tribunale di Torino, Sezione di Chivasso, ha prosciolto T. G. perché il fatto non sussiste dall'imputazione di avere abusivamente preso cognizione della corrispondenza informatica aziendale della dipendente M. R., licenziata poi sulla base delle informazioni così acquisite.

Ricorre per cassazione il Pubblico Ministero e deduce violazione dell'art. 616 cod. pen., lamentando che il giudice del merito si sia fondato sull'erroneo presupposto della rilevanza della proprietà aziendale del mezzo di comunicazione violato, senza considerare il profilo funzionale della destinazione del mezzo telematico non solo al lavoro ma anche alla comunicazione, tutelata dall'art. 15 Cost.

Il ricorso è infondato.

L'art. 616 cod. pen., comma 1, punisce, infatti, la condotta di «chiunque prende cognizione del contenuto di una corrispondenza chiusa, a lui non diretta, ovvero sottrae o distrae, al fine di prenderne o di farne da altri prendere cognizione, una corrispondenza chiusa o aperta, a lui non di-

retta, ovvero, in tutto o in parte, la distrugge o sopprime». Sicché, quando non vi sia sottrazione o distrazione, la condotta di chi si limita a «prendere cognizione» è punibile solo se riguarda «corrispondenza chiusa». Chi «prende cognizione» di «corrispondenza aperta» è punito solo se l'abbia a tale scopo sottratta al destinatario ovvero distratta dalla sua destinazione.

Ciò posto, e indiscussa l'estensione della tutela anche alla corrispondenza informatica o telematica (art. 616 cod. pen., comma 4), deve tuttavia ritenersi che tale corrispondenza possa essere qualificata come «chiusa» solo nei confronti dei soggetti che non siano legittimati all'accesso ai sistemi informatici di invio o di ricezione dei singoli messaggi. Infatti, diversamente da quanto avviene per la corrispondenza cartacea, di regola accessibile solo al destinatario, è appunto la legittimazione all'uso del sistema informatico o telematico che abilita alla conoscenza delle informazioni in esso custodite. Sicché tale legittimazione può dipendere non solo dalla proprietà, ma soprattutto dalle norme che regolano l'uso degli impianti. E quando in particolare il sistema telematico sia protetto da una *password*, deve ritenersi che la corrispondenza in esso custodita sia lecitamente conoscibile da parte di tutti coloro che legittimamente dispongano della chiave informatica di accesso. Anche quando la legittimazione all'accesso sia condizionata, l'eventuale violazione di tali condizioni può rilevare sotto altri profili, ma non può valere a qualificare la corrispondenza come «chiusa» anche nei confronti di chi sin dall'origine abbia un ordinario titolo di accesso.

Nel caso in esame è indiscusso, e ne dà atto lo stesso ricorrente, che le *password* poste a protezione dei *computer* e della corrispondenza di ciascun dipendente dovevano essere a conoscenza anche dell'organizzazione aziendale, essendone prescritta la comunicazione, sia pure in busta chiusa, al superiore gerarchico, legittimato a utilizzarla per accedere al *computer* anche per la mera assenza dell'utilizzatore abituale.

Ne consegue che del tutto lecitamente T. G. prese cognizione della corrispondenza informatica aziendale della sua dipendente, utilizzando la chiave di accesso di cui legittimamente disponeva, come noto alla stessa M. R. Infatti, secondo le prescrizioni del provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali n. 13 del 1° marzo 2007, i dirigenti dell'azienda accedono legittimamente ai *computer* in dotazione ai propri dipendenti, quando delle condizioni di tale accesso sia stata loro data piena informazione.

Per questi motivi

La Corte rigetta il ricorso. (*Omissis*)

(1-3) CONTROLLO DELLA POSTA ELETTRONICA, TUTELA DELLA *PRIVACY*
E POTERE DI CONTROLLO

1. — *Il caso* — Un dipendente, in virtù della sua qualifica di *key account manager* (in buona sostanza gestore delle *password* aziendali), prendeva cognizione delle *e-mail* in partenza dalla casella aziendale di una collega sottoposta. La scoperta di tale corrispondenza avrebbe poi comportato il licenziamento della lavoratrice in quanto la stessa aveva trasmesso a un dirigente informazioni riservate di carattere strategico relative alla politica commerciale.

Le regole aziendali sull'uso degli strumenti informatici prevedevano che ciascun dipendente comunicasse la *password* obbligatoria a protezione dell'accesso al suo *computer* al proprio superiore, al quale, in caso di assenza e/o emergenza, era attribuito il diritto di accedere al suo *computer* e ai suoi contenuti per esigenze di carattere lavorativo, utilizzando la *password* comunicata.

Al superiore gerarchico veniva imputata la violazione dell'art. 616 cod. pen., il quale punisce «chiunque prende cognizione del contenuto di una corrispondenza chiusa, a lui non diretta, ovvero sottrae o distrae, al fine di prenderne o di farne da altri prendere cognizione, una corrispondenza chiusa o aperta, a lui non diretta, ovvero, in tutto o in parte, la distrugge o sopprime». L'imputato veniva tuttavia assolto in entrambi i gradi del giudizio di merito.

La S.C. è stata adita con ricorso del Pubblico Ministero, il quale lamentava che il giudice del merito avesse fondato la pronuncia assolutoria sull'erroneo presupposto che la proprietà del mezzo di comunicazione violato (il *computer* e la sua rete) consentisse l'accesso alla posta elettronica, senza considerare il profilo funzionale della destinazione dello stesso non solo al lavoro, ma anche alla comunicazione, tutelata dall'art. 15 Cost.

2. — *Il controllo sulla posta elettronica del lavoratore e l'art. 616 cod. pen.* — La sentenza in epigrafe, data per acquisita la piena equiparabilità della corrispondenza elettronica a quella cartacea ai fini dell'applicazione dell'art. 616 cod. pen., ha confermato l'assoluzione dell'imputato evidenziando che la suddetta norma punisce la condotta di chi si limita a prendere conoscenza della corrispondenza (senza distarla o sottrarla al destinatario) solo se la stessa è «chiusa».

Correttamente la Corte sostiene che la corrispondenza elettronica debba ritenersi «chiusa» nei confronti di chi non è legittimato all'accesso al sistema informatico di invio o ricezione dei messaggi di posta. A differenza, infatti, della corrispondenza cartacea, per la quale è la materiale chiusura della busta ad attribuire la natura di posta «chiusa» o «aperta», nel caso della corrispondenza informatica protetta da *password*, non può che essere il legittimo possesso e uso della chiave di accesso a fungere da discriminare. Sicché può darsi il caso che la medesima corrispondenza sia da considerarsi «chiusa» per determinati soggetti (non legittimati all'accesso alla casella di posta) e «aperta» per altri.

Appare perciò ragionevole l'affermazione della sentenza in commento secondo cui: «quando il sistema telematico sia protetto da una *password*, deve ritenersi che la corrispondenza in esso custodita sia lecitamente conoscibile da parte di tutti coloro che legittimamente dispongano della chiave informatica di accesso». Deve precisarsi, poi, che

non basta che il soggetto terzo sia legittimamente entrato in possesso della *password*, ma è necessario che l'abbia anche usata nel rispetto delle regole.

Sicché non è corretta, e contraddice precedenti passi della medesima sentenza, quella parte della motivazione in cui si afferma che, anche quando l'uso della *password* per l'accesso alla casella *e-mail* altrui è condizionato da specifiche regole (cd. *policy* aziendale), la violazione di tali condizioni «può rilevare sotto altri profili», ma non può valere a qualificare la corrispondenza come «chiusa» e a consentire l'applicazione dell'art. 616 cod. pen. nei confronti di chi «sin dall'origine abbia un ordinario titolo di accesso».

La posta, infatti, è «aperta» nei confronti di chi ne entra a conoscenza utilizzando legittimamente la *password*. Ma chi entra a conoscenza di corrispondenza elettronica violando le regole che disciplinano l'uso della *password* dei colleghi in realtà accede a posta elettronica che per lui è «chiusa» ed è punibile *ex art.* 616 cod. pen.

Non è condivisibile neppure l'affermazione della Corte, sebbene effettuata solo *incidenter tantum*, secondo cui il proprietario del *computer* e del sistema informatico sarebbe *ipso facto* legittimato ad accedere alla posta elettronica di chi usa tale strumento (Nel senso criticato, di recente, in ambito lavoristico, anche E. Barraco, in E. Barraco, A. Sitzia, *La tutela della privacy nei rapporti di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2008, p. 251).

Si confonde, infatti, il profilo funzionale della trasmissione delle informazioni, tutelata dall'art. 616 cod. pen., con quello della proprietà del mezzo di trasporto delle stesse. Una cosa, infatti, è la proprietà del sistema che trasporta il messaggio, altra è la titolarità e la conoscibilità del messaggio trasmesso. La prima non implica la seconda.

Pertanto il semplice fatto che la casella *e-mail* appartenga all'azienda, o che sia stata assegnata al lavoratore per ricevere e inviare informazioni nell'interesse della stessa, non vale a escludere la possibile rilevanza *ex art.* 616 cod. pen. del comportamento di chi illegittimamente ne prenda conoscenza.

Naturalmente, l'accesso alle *e-mail* compiuto in violazione dall'art. 616 cod. pen. è illecito anche dal punto di vista del rapporto di lavoro, e pertanto tutte le informazioni così carpite non possono essere utilizzate contro il lavoratore controllato.

Non vale però l'affermazione opposta, in quanto non può escludersi che il controllo della casella di posta elettronica, pur non integrando gli estremi del reato punito dall'art. 616 cod. pen., possa comunque violare le norme sulla tutela della riservatezza (d.lgs. n. 196 del 2003) e quelle che limitano il potere di controllo del datore di lavoro (artt. 2, 3, 4 e 8 dello Stat. lav.), poste a tutela di interessi diversi dalla segretezza della corrispondenza.

La stessa sentenza in commento, del resto, conferma che la violazione delle regole che disciplinano l'uso della *password* da parte del controllante, nonostante non valga a rendere la condotta penalmente rilevante ai sensi dell'art. 616 cod. pen., tuttavia «può rilevare ad altri fini».

Quindi, la recente giurisprudenza penale (Trib. Torino 15 settembre 2006, in *Foro it.*, 2007, II, p. 132; Trib. Milano 10 maggio 2002, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 555, con nota di Lanotte) che, sulla base del principio per cui la posta elettronica aziendale sarebbe sempre e liberamente accessibile, ha negato la punibilità *ex art.* 616 cod. pen. dell'accesso alle *e-mail* da parte di superiori e colleghi ha poca rilevanza nel Diritto civile (In tal senso, con riferimento alla sentenza qui annotata, anche A. Sitzia,

Il problema dell'accesso alla posta elettronica aziendale da parte del datore di lavoro tra segretezza della corrispondenza e limiti del potere di controllo, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, n. 7-8, pp. 958-964).

3. — *Il controllo sulla posta elettronica e le norme del «codice sulla privacy»* — Il controllo della posta elettronica del dipendente comporta sempre il «trattamento» di «dati personali» ed è quindi sottoposto alla disciplina normativa a tutela della «riservatezza» contenuta nel cd. codice sulla *privacy* (d.lgs. n. 196 del 2003), che, almeno nelle intenzioni del legislatore, è presidio generale a tutela dei dati personali, come chiarisce l'art. 1, secondo cui «chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali» (Cfr. P. Chieco, *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Cacucci, Bari, 2004, p. 14; R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, pp. 194 ss.).

Le definizioni di «dato personale» e di «trattamento» dettate dall'art. 4, comma 1, lettere *a* e *b*, del codice sulla *privacy*, cui sono ascrivibili, rispettivamente, «qualunque informazione» relativa a una persona identificata o identificabile e «qualunque operazione o complesso di operazioni» su tali informazioni, lasciano pochi dubbi sull'applicabilità della disciplina anche alle informazioni sul lavoratore conoscibili in relazione all'esecuzione del contratto di lavoro, comprese quelle ricavabili dal controllo della corrispondenza elettronica del lavoratore. Ciò anche se essa è tenuta su supporto di proprietà dell'azienda, messo a disposizione per lo svolgimento della prestazione lavorativa.

L'applicabilità della tutela della *privacy* ai dati acquisiti in relazione allo svolgimento del rapporto di lavoro è confermata dall'art. 111 del codice sulla *privacy*, il quale, nel prevedere la redazione di un «codice di deontologia e di buona condotta» (a oggi inesistente) per il trattamento dei dati nel settore del lavoro e della previdenza sociale, fa espresso riferimento all'obbligo di informativa del lavoratore e di raccolta del suo consenso in relazione a tutti i dati personali trattati «per la gestione del rapporto di lavoro» senza distinzione alcuna.

Il carattere generale e al tempo stesso residuale della normativa del codice sulla *privacy* è sancito, infine, dall'art. 184, comma 3, il quale dispone che «restano ferme le disposizioni di legge e di regolamento che stabiliscono divieti o limiti più restrittivi in materia di trattamento di taluni dati personali».

Sono sottoposti al codice sulla *privacy*, quindi, tutti i dati riferibili al lavoratore acquisiti dal datore di lavoro, nella fase delle trattative precontrattuali e della stipulazione del contratto di lavoro così come nella fase di gestione del rapporto mediante l'esercizio dei poteri direttivo, di controllo e disciplinare, a prescindere dall'inerenza degli stessi allo svolgimento della prestazione ovvero alle cd. «licenze comportamentali» (Per la definizione delle cd. «licenze comportamentali» cfr. C. Pisani, *Il computer e l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in R. De Luca Tamajo, R. Imperiali D'Afflitto, C. Pisani, R. Romei, *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, F. Angeli, Milano, 1988, p. 46; W. Saresella, *L'art. 4 Stat. lav. e l'impiego di elaboratori elettronici*, in *Lav. 80*, 1986, pp. 340 ss.).

La formulazione delle norme è tanto ampia che non pare esserci spazio neppure per escludere dalla disciplina i dati da cui si può desumere l'abuso degli strumenti informatici affidati al lavoratore.

È tuttavia del tutto infondato il timore che l'applicazione del codice sulla *privacy* possa di fatto elidere il potere di controllo del datore sull'uso del *computer* da parte del lavoratore, in quanto la tutela ivi contenuta si limita a una semplice proceduralizzazione del trattamento dei dati (Cfr. A. Sitzia, in E. Barraco, A. Sitzia, *op. ult. cit.*, p. 82; P. Chieco, *Privacy e lavoro...*, cit., p. 25) e non crea nessuna area «segreta». Il novero delle informazioni inaccessibili al datore, come si avrà modo di specificare meglio più avanti, resta quello stabilito dall'art. 8 Stat. lav. Da questo punto di vista, infatti, l'entrata in vigore del codice sulla *privacy* ha cambiato poco o nulla.

Forse è vittima della confusione fra «tutela dei dati personali» e «diritto alla segretezza» quella dottrina che ha tentato, con varie argomentazioni, di sostenere la libera accessibilità della posta elettronica e, più in generale, del *computer* e dei sistemi informatici. Al riguardo si è sostenuto, in vero, da una parte, che le *e-mail* ricevute nella casella di posta aziendale sono messaggi indirizzati all'impresa e posti all'attenzione del singolo lavoratore, e non già comunicazioni personali inviate allo stesso, e pertanto il lavoratore, usando la casella aziendale, accetta automaticamente il rischio che il datore o altri colleghi accedano alla casella e leggano i messaggi (Cfr. E. Barraco, *op. ult. cit.*, p. 221); dall'altra, che l'imprenditore potrebbe sempre accedere liberamente ai messaggi inviati o ricevuti da un *computer* dell'azienda in quanto proprietario dello stesso (Cfr. P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, XXVII, II, Milano, 2003, p. 245; A. Stanchi, *Privacy, rapporto di lavoro, monitoraggio degli accessi ad internet, monitoraggio delle e-mail e normative di tutela contro il controllo a distanza. Alcuni spunti per una riflessione interpretativa*, in Aa. Vv., *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Padova, 2002, p. 121; nonché, da ultimo, E. Barraco, *op. ult. cit.*, p. 251).

In entrambi i casi, a voler tacere sulle conseguenze destabilizzanti che potrebbero crearsi in azienda se veramente tutta la posta elettronica fosse accessibile a tutti, si confonde il mezzo di trasporto dell'informazione con l'informazione stessa: l'appartenenza della casella postale al dominio aziendale (*lavoratore@azienda.it*) o del sistema informatico *hardware* e *software* al datore non implica che tutti i messaggi che transitano, in uscita o in entrata, da o per tale casella, siano *ipso facto* di pertinenza dell'azienda, non fosse altro perché l'indirizzo incomincia col nome del lavoratore (e non con quello dell'azienda o con un generico *info*), ma soprattutto perché il destinatario e il contenuto del messaggio sono decisi dal mittente, sicché può ben darsi anche il caso che il lavoratore riceva o invii posta personale sulla casella aziendale. E comunque anche i messaggi di posta a carattere lavorativo contengono informazioni riferibili al lavoratore, e sono pertanto «dati personali» ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 196 del 2003, mentre è una mera *factio iuris*, oltre che *facti*, la loro pretesa riferibilità all'azienda in quanto tale.

In definitiva la situazione non è molto dissimile da quella della posta cartacea, in relazione alla quale difficilmente potrebbe sostenersi che la corrispondenza personale ricevuta presso la casella aziendale, o inviata utilizzando la penna, la carta e la busta fornite dal datore, per ciò solo può essere indiscriminatamente aperta da quest'ultimo, dal superiore gerarchico o, addirittura, da qualsiasi collega, senza necessità di applicare la normativa del codice sulla *privacy*.

Il suddetto codice, tuttavia, come già accennato, non preclude al datore la possibilità di accedere alla casella di posta del lavoratore, né di verificare l'eventuale utilizzo della stessa a fini personali, ma semplicemente lo sottopone all'obbligo di informativa e di raccolta del consenso al trattamento dei dati: obbligo derivante dalla sua assunzione del ruolo di «titolare» del trattamento, così come definito dall'art. 4, comma 1, lett. *f*, del codice sulla *privacy*. Il datore di lavoro detiene, infatti, il potere decisionale sul trattamento dei dati e il lavoratore assume la qualifica di «interessato», in quanto a lui si riferiscono i dati che verranno raccolti.

Vi è poi una serie di figure intermedie, che nel rapporto di lavoro assumono il ruolo di superiori gerarchici, addetti alla vigilanza e al controllo del sistema informatico, semplici colleghi, che, in quanto possono prendere parte al trattamento dei dati personali, assumono il ruolo di «responsabili» o «incaricati» a seconda che abbiano o meno poteri decisionali sul trattamento (art. 4, comma 1, lettere *g* e *h*).

L'informativa è l'atto con cui il datore di lavoro, prima di qualsiasi trattamento (compresa la mera lettura) dei dati personali, deve indicare al lavoratore le finalità e modalità del trattamento di tutti i dati personali che il datore intende acquisire e trattare, compresi quelli inerenti la corrispondenza elettronica, la natura obbligatoria o facoltativa del loro conferimento, le conseguenze dell'eventuale rifiuto di consentire il loro trattamento, i soggetti (indicandone anche solo la categoria, senza necessità di loro identificazione) che potranno venirne a conoscenza in qualità di responsabili o incaricati (ad esempio, superiori gerarchici, addetti alla vigilanza, colleghi eccetera).

Fatto salvo il caso del trattamento di «dati sensibili» [I dati «sensibili» sono, fra i dati personali, quelli idonei a rivelare 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 tutti i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale (art. 4, lett. *d*, d.lgs. n. 196 del 2003)], non è previsto un obbligo di forma, anche se il datore di lavoro prudente, per ragioni di prova, fornirà un'informativa scritta.

Dopo essere stato adeguatamente informato il lavoratore è libero di dare o meno il proprio consenso, «documentato» per iscritto (art. 23, comma 3, codice sulla *privacy*), al trattamento dei dati personali inerenti l'utilizzo della corrispondenza aziendale. Il lavoratore, naturalmente, patirà le conseguenze della mancata prestazione del consenso, tutte previamente comunicate nell'informativa ricevuta dal datore, compresa la mancata assunzione o la risoluzione del rapporto in essere per sopravvenuta impossibilità di svolgimento della prestazione.

L'ottenimento del consenso del lavoratore sulle modalità e finalità del trattamento dei dati inerenti la corrispondenza elettronica indicate nell'informativa basta a legittimare il controllo (nei limiti dello Statuto dei lavoratori) sulla corrispondenza elettronica.

È quindi sufficiente che il datore di lavoro provveda a una corretta e completa formulazione dell'informativa affinché lo stesso possa esercitare il potere di controllo sulla corrispondenza elettronica senza violare il codice della *privacy*.

Il rispetto del consenso informato permette, infatti, al datore di accedere alla casella di posta del lavoratore e di utilizzare, fatti salvi i divieti stabiliti dallo Statuto, le informazioni in tal modo acquisite per la gestione del rapporto di lavoro, anche dal punto di vista disciplinare.

4. — *Il controllo della posta elettronica e i limiti al potere di controllo* — Come già accennato, adempiuto l'onere di redigere un'informativa sufficientemente completa e comprensiva delle regole aziendali sull'uso della posta aziendale e sul suo controllo da parte del datore e dei soggetti dallo stesso preposti (cd. *policy* aziendale), il datore non subisce altri limiti al potere di controllo sulle *e-mail* se non quelli più restrittivi già stabiliti dal Diritto del lavoro [In tal senso anche A. Bellavista, *La disciplina della protezione dei dati personali e i rapporti di lavoro*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, II (*Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*), a cura di Cester, Utet, Torino, 2007, p. 467], applicabili in ragione del criterio di specialità e comunque richiamati dall'art. 184, comma 3, del codice sulla *privacy*, che fa salve le disposizioni che stabiliscono divieti o limiti più restrittivi in materia di trattamento di taluni dati personali, e dagli articoli 113 e 114, che espressamente richiamano gli articoli 4 e 8 dello Statuto dei lavoratori.

A ben vedere l'unica vera «area segreta» di informazioni sempre preclusa al controllo del datore rimane quella stabilita dall'art. 8 dello Statuto, con riferimento alle informazioni sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore e su tutti gli altri fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale.

Per quel che qui interessa, l'unica possibile ricaduta applicativa dell'art. 8 Stat. lav. consiste nel divieto di aprire e leggere il contenuto delle *e-mail* dalla cui intestazione è desumibile il carattere personale. Trattasi, infatti, di informazioni del tutto irrilevanti ai fini dell'attitudine professionale del lavoratore.

È invece consentito, oltre che inevitabile, leggere l'intestazione dei messaggi personali, il loro mittente e destinatario e la data e l'ora di invio o ricezione, in quanto sono elementi necessari al fine di valutare e provare in che modo il lavoratore impieghi l'orario di lavoro e lo strumento informatico messi a disposizione dal datore di lavoro, il quale dovrà rispettare anche l'art. 3 dello Statuto, che, come noto, impone di comunicare i nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza sull'attività lavorativa. Pertanto, nel caso in cui il datore intenda affidare il controllo sull'uso dei sistemi informatici a soggetti appositamente preposti e non coincidenti con i superiori gerarchici dovrà comunicarne i nominativi al lavoratore.

Anche per tale aspetto la disciplina lavoristica è più restrittiva rispetto a quella generale sulla *privacy*, per la quale sarebbe sufficiente indicare gli addetti alla vigilanza semplicemente per categoria senza indicazione dei nominativi (art. 13, comma 1, lettera d).

Tuttavia, il datore di lavoro che appronti un'informativa contenente una *policy* aziendale nella quale siano indicati i nominativi del personale addetto alla vigilanza sull'uso della corrispondenza elettronica adempie a un tempo agli obblighi imposti dall'art. 3 dello Statuto e dall'art. 13 del codice sulla *privacy*.

Non v'è invece obbligo di comunicare i nominativi dei superiori gerarchici [L'inesistenza di un obbligo di comunicazione dei nominativi dei superiori gerarchici è ormai pacifica, in quanto l'art. 3 dello Statuto non ha abrogato l'art. 2104 cod. civ. e pertanto la pubblicità dei nominativi è insita nella struttura dei rapporti gerarchici aziendali (in tal senso cfr., fra gli altri, M. G. Mattarolo, in C. Cester, M. G. Mattarolo, *Art. 2104. Diligenza ed obbedienza del prestatore di lavoro*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da F. D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2007, p. 571; A. Freni, G. Giugni, *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 8; U. Romagnoli,

Commento agli artt. 2 e 3, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, p. 21], il cui potere di controllo, anche sulla posta elettronica, è insito nel potere gerarchico delegato dal datore e dovrà soltanto muoversi nell'ambito delle regole stabilite dal datore stesso nell'informativa sulla *privacy*.

V'è da chiedersi, poi, se sia vietata *ex art.* 4 dello Statuto dei lavoratori l'installazione di *hardware* e/o *software* che consentano il controllo a distanza della corrispondenza elettronica del lavoratore.

Non è questa la sede per entrare nel dibattito dottrinale che vede contrapposta la tesi [In tal senso, da ultimo, M. G. Mattarolo, *op. ult. cit.*, p. 576, ma anche G. Perone, *Lo Statuto dei lavoratori*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, vol. 15, II, Utet, Torino, G. Gentile, *Innovazioni tecnologiche e art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1996, I, p. 473; P. Chieco, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Utet, Torino, 1996, p. 94] secondo cui l'art. 4 vieta il controllo a distanza su qualsiasi attività del lavoratore, a quella (C. Pisani, *Il computer e l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, *cit.*, p. 46; G. Ghezzi, F. Liso, *Computer e controllo dei lavoratori*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 1986, p. 369) secondo cui, invece, il divieto dell'art. 4 riguarda soltanto il controllo sui comportamenti «extra-solutori» e non il controllo a distanza sull'esecuzione della prestazione. Anche accettando la tesi più restrittiva, infatti, appare difficilmente negabile che il controllo a distanza della corrispondenza *e-mail* è idoneo a controllare inscindibilmente l'esecuzione della prestazione e i comportamenti extra-solutori (cd. «licenze comportamentali») consistenti nell'invio e nella lettura di corrispondenza elettronica a carattere non lavorativo durante l'orario di lavoro (Sulla riconducibilità al divieto di cui all'art. 4 dei controlli a distanza anche solo potenzialmente idonei a controllare le «licenze comportamentali» vedasi C. Pisani., *op. ult. cit.*, pp. 56-57).

Non possono essere condivise, invece, quelle posizioni dottrinali (P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, *cit.*; A. Stanchi, *Privacy, rapporto di lavoro, monitoraggio degli accessi ad internet...*, in *DL on line*, 2002) che ritengono inapplicabile *tout court* l'art. 4 agli apparecchi informatici e alla loro connessione in rete in quanto non potrebbero considerarsi «apparecchiature di controllo» perché essenziali all'esecuzione della prestazione. Al riguardo si deve osservare, infatti, che i *computers* e le loro connessioni in rete, se impostati in modo da non consentire il controllo sull'attività lavorativa dei singoli dipendenti, diventano apparecchiature di controllo a distanza e incorrono nell'applicazione dell'art. 4, se, con un apposito «settaggio» delle impostazioni o mediante l'installazione di apposito *software*, consentono di controllare a distanza il traffico *internet* e la corrispondenza elettronica dei dipendenti: in tal caso andranno applicati i commi 1 e 2 dell'art. 4 citato. Risulta, quindi, confermato il divieto di installazione di sistemi di controllo a distanza della posta elettronica [In tal senso Corte d'App. Milano 30 settembre 2005, in *Not. giur. lav.*, 2006, p. 100; Trib. Milano 31 marzo 2004, in *Or. giur. lav.*, 2004, p. 108; Trib. Roma 4 giugno 2005 e Trib. Milano 11 aprile 2005, in q. *Riv.*, 2005, II, p. 763. In generale, sull'applicabilità del divieto di cui al comma 1 dell'art. 4 ai sistemi che consentono il controllo a distanza dell'attività informatica del lavoratore, v. A. Bellavista, *La disciplina della protezione dei dati personali...*, p. 475; G. Perone, *Lo Statuto dei lavoratori*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, vol. 15, II, Utet, Torino, 1991, p. 84].

Resta, forse, lo spazio per l'installazione, previa effettuazione della procedura di cui al comma 2 dell'art. 4 Stat. lav., di *software* o *hardware* che, sebbene finalizzato a soddisfare esigenze produttive od organizzative diverse dal mero controllo dei lavoratori, possa comportare la possibilità di controllo a distanza della corrispondenza elettronica.

A dire il vero tali diverse esigenze appaiono difficilmente ipotizzabili, salvo che si accolga la tesi (A. Bellavista, *Controlli elettronici e art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *q. Riv.*, 2005, II, p. 776) che propone una rilettura aggiornata dell'art. 4, sostenendo che il controllo a distanza sull'esecuzione della prestazione lavorativa è ammesso, come *extrema ratio* e previo espletamento della procedura sindacale, quando, come nel caso dell'uso del *computer*, non vi sono altri strumenti utilizzabili, costituendo tale circostanza una delle esigenze organizzative e produttive contemplate dall'art. 4, comma 2 (Per una lettura aggiornata e meno rigida della norma v. M. G. Mattarolo, *op. ult. cit.*, p. 580; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 233; M. D'Antona, *Intervento alla tavola rotonda su Art. 4 dello Statuto dei lavoratori ed elaboratori elettronici*, in R. De Luca Tamajo, R. Imperiali D'Afflitto, C. Pisani, R. Romei, *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, cit., p. 203).

È consentito, invece, il controllo diretto del datore di lavoro, dei superiori gerarchici e del personale di vigilanza sulla postazione del lavoratore finalizzato alla lettura della posta elettronica, anche in assenza dello stesso. Non è vietato, infatti, il controllo occulto effettuato dal datore di lavoro o dai soggetti dallo stesso preposti senza l'ausilio di apparecchiature a distanza (C. Carnielli, *Statuto dei lavoratori e controllo sui lavoratori: alcuni casi pratici e qualche riflessione*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, p. 29; Cass. 12 giugno 2002, n. 8388, e Cass. 2 marzo 2002, n. 3039, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 873; Cass. 9 giugno 1990, n. 5599, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1, p. 952), purché non divenga vessatorio in violazione dell'art. 2087 cod. civ. (In tal senso M. G. Mattarolo, *op. ult. cit.*, p. 577; G. Santoro Passarelli, *Osservazioni in tema di art. 3 e 4 Stat. lav.*, in *Dir. lav.*, 1986, I, p. 491).

5. — *I controlli difensivi* — L'acquisizione di informazioni sulla corrispondenza *e-mail* in violazione delle norme del consenso informato (o della cd. *policy* aziendale sull'utilizzo della posta elettronica) o dello Statuto dei lavoratori comporta la loro inutilizzabilità nella gestione del rapporto e, soprattutto, l'illegittimità di eventuali provvedimenti disciplinari adottati sulla base delle stesse. V'è da chiedersi, però, se e in quale misura la necessità di indagare sull'utilizzo illecito delle *e-mail* da parte del lavoratore possa consentire la deroga alle norme sulla tutela dei dati personali e sui limiti al potere di controllo del datore di lavoro.

La questione investe il dibattuto tema dei controlli difensivi: categoria elaborata prevalentemente in ambito giurisprudenziale (Cfr., fra le altre, Cass. 7 giugno 2003, n. 9167; Cass. 14 luglio 2001, n. 9576, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 34; Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, in *q. Riv.*, 2003, II, p. 71; Cass. 24 marzo 1983, n. 2042, in *Mass. giur. lav.*, 1983, p. 135; Cass. 5 luglio 1991, n. 7455, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 71), per tentare di superare alcune rigidità degli articoli 2, 3 e 4 dello Statuto (Cass. 12 giugno 2002, n. 8388; Cass. 7 giugno 2003, n. 9167; Cass. 5 maggio 2000, n. 5629; Cass. 3 novembre 2000, n. 14383, in *Dir. rel. ind.*, 2002, I, p. 27; Cass. 25 gennaio 1992, n. 829, in *q. Riv.*, 1992, II, p. 461; Cass. 3 novembre 1997, n. 10761, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 681; Cass. 23 agosto 1996, n. 7776, in *Mass. giur. lav.*, 1996, p. 80), che sem-

brano limitare eccessivamente il potere di controllo del datore sui comportamenti extra-solutori civilmente o penalmente illeciti.

Non è questa la sede in cui entrare nel suddetto dibattito, ma occorre evidenziare che le esigenze «difensive» non possono divenire il pretesto per agire in totale deroga al codice sulla *privacy* e allo Statuto dei lavoratori, mediante indiscriminati controlli sulla corrispondenza elettronica, preventivi e generalizzati, occulti o a distanza, finalizzati a evitare la commissione di illeciti semplicemente paventati dal datore senza alcun indizio o principio di prova acquisito attraverso strumenti rispettosi dei limiti al potere di controllo.

A tale proposito un interessante spunto può ritrovarsi negli articoli 13, comma 5, lett. *b*, e 24, comma 1, lett. *f*; i quali consentono il trattamento di dati personali senza informativa e consenso dell'interessato quando è finalizzato «ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria».

Si potrebbe raggiungere un punto di equilibrio fra i contrapposti interessi al controllo e alla dignità e libertà personale, ammettendo la possibilità dei «controlli difensivi» sulla posta elettronica, quando il datore sia entrato in possesso di indizi o principi di prova da cui possa ragionevolmente desumersi, se non la probabilità, almeno la possibilità che il lavoratore usi la posta elettronica aziendale al di fuori dell'esecuzione della prestazione per compiere illeciti civili o penali e pertanto possa far sorgere in capo al datore l'interesse a far valere o difendere i propri diritti in sede giudiziale.

A dire il vero in questi casi, salvo che si ipotizzi in capo al datore di lavoro un generalizzato obbligo di sorveglianza paternalistica sull'operato dei suoi dipendenti nei rapporti con i terzi, appare improbabile che il datore di lavoro possa essere chiamato a rispondere degli illeciti penali e civili commessi dal lavoratore al di fuori dell'esecuzione della prestazione. La responsabilità penale, infatti, è personale, e la corresponsabilità dei padroni e dei committenti *ex art. 2049 cod. civ.* opera solo per gli illeciti commessi dai sottoposti «nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti».

È evidente, tuttavia, la possibilità dell'irreparabile lesione del vincolo fiduciario con il lavoratore, così come il rischio di un grave danno all'immagine, esterna e interna, dell'azienda, unito al pregiudizio all'organizzazione del lavoro derivante dall'effetto «diseducativo» nei confronti dei colleghi di un comportamento tollerante.

Non può escludersi, quindi, che il datore di lavoro possa avere interesse all'azione o alla difesa giudiziale dei propri diritti e quindi possa legittimamente attivare i «controlli difensivi» sulla posta elettronica del lavoratore.

Tale interesse non è riscontrabile, invece, nel caso di controlli preventivi e/o occulti effettuati a scopo meramente preventivo, in assenza di alcun indizio della commissione di illeciti.

Non sembra potersi ammettere, invece, la deroga ai limiti al potere di controllo stabiliti dallo Statuto dei lavoratori quando il controllo sia finalizzato esclusivamente ad appurare il corretto adempimento del lavoratore. Altrimenti, dato che tale potere è sempre finalizzato a verificare eventuali inadempimenti del dipendente, si addiverrebbe a una sostanziale abrogazione degli articoli 2, 3 e 4 dello Statuto.

In questi casi potrebbe rimanere spazio solo alla deroga alle norme del codice della *privacy* in quanto, se il datore possiede indizi o elementi di prova da cui desumere, almeno verosimilmente, l'inadempimento del lavoratore all'obbligo di eseguire dili-

gentemente la prestazione pattuita, potrebbe avere bisogno dei dati concernenti il traffico *e-mail* per confermare la scarsa diligenza del lavoratore e far così valere in giudizio il diritto al corretto svolgimento della prestazione lavorativa.

L'effetto pratico di tale impostazione sarebbe che solo i lavoratori poco produttivi corrono il rischio di vedere controllata la loro casella di posta oltre i limiti comunicati nell'informativa sulla *privacy*, mentre quelli che utilizzano la posta elettronica a fini personali senza sacrificare l'esecuzione del lavoro mantengono la tutela del codice sulla *privacy*.

Del resto l'abuso della *e-mail* aziendale, al giorno d'oggi, sembra poter assumere perlopiù il ruolo di strumento accessorio di prova dell'inadempimento o, comunque, dello scarso rendimento del lavoratore, comprovando l'impiego ad altri fini dell'orario di lavoro.

Il mero utilizzo della posta elettronica in violazione delle regole aziendali non seguito da un calo del rendimento, invece, sebbene illecito, ha scarsa rilevanza disciplinare in quanto difficilmente è in grado di arrecare pregiudizio economico al datore di lavoro, dato che la tariffazione del traffico *internet* è effettuata a tariffa fissa (cd. tariffe *flat*), e pertanto non può giustificare la deroga ai limiti statuari al potere di controllo.

Domenico Pizzonia
*Dottore di ricerca in Diritto
del lavoro e Avvocato in Trieste*

CORTE D'APPELLO BOLOGNA, 17 dicembre 2007, Sez. lav. – Pres. Castiglione, Est. Migliorati – Inps (avv.ti Barusi e Fonzo) c. Max Mara Fashion Group Srl (avv.ti Persiani e Spaggiari).
Riforma Pret. Reggio Emilia 30 dicembre 1994, n. 572 (non definitiva), e Trib. Reggio Emilia 11 gennaio 2002, n. 56.

Retribuzione – Fiscalizzazione degli oneri sociali e sgravi – Presupposto – Applicazione di condizioni non inferiori a quelle previste dal contratto collettivo – Regole aziendali – Trattamenti non inferiori a quelli collettivi solo in caso di superamento di determinati livelli di cottimo – Presupposto per la fiscalizzazione – Inesistenza.

La fiscalizzazione degli oneri sociali non spetta qualora le retribuzioni di fatto corrisposte da un'azienda ai propri dipendenti siano non inferiori a quelle previste dai contratti collettivi solo in caso di superamento di determinati livelli di cottimo. (1)

(Omissis)

Motivi della decisione

È necessario delineare, ai fini della soluzione della presente controversia, in primo luogo la *ratio* della disciplina in tema di fiscalizzazione (e di sgravio fiscale) e, in secondo luogo, ma in stretta correlazione, quale sia la valenza da attribuire al concetto di *costo del lavoro*, cui ricondurre i trattamenti economici di categoria, dando atto che è la stessa società ricorrente, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, a dichiarare che il costo del lavoro costituisce *parametro risolutore*.

È, infatti, evidente che, se lo scopo della legge è quello di ridurre il costo del lavoro mediante la riduzione dei contributi, e se essa richiama la contrattazione collettiva per stabilire quale sia la condizione per ottenere il beneficio, ciò sta a significare che il costo del lavoro dev'essere uguale tanto per chi sia tenuto all'applicazione dei contratti collettivi nazionali (per iscrizione a una delle associazioni stipulanti, o per adesione esplicita o implicita ai contratti stessi) quanto per chi non vi sia tenuto (non ricorrendo l'iscrizione o l'adesione anzidette): costo che, anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Suprema Corte in materia, è da intendersi comprensivo non soltanto delle voci della paga base e della contingenza, ma anche di tutti quegli emolumenti che, in virtù della contrattazione collettiva, direttamente o indirettamente vanno a incrementare la paga base; in caso contrario, si verificherebbe una palese e ingiustificata disparità di trattamento fra due soggetti che ottengono lo stesso beneficio, ma, inspiegabil-

mente, a condizioni diverse per chi applica il contenuto economico globale del Ccnl e per chi si limita invece ad applicarne le sole tabelle salariali. Sarebbe antitetico allo scopo sopra delineato se le riduzioni andassero a beneficio di chi questo costo del lavoro, non applicando il Ccnl, già se lo riduca da sé (cfr. Cass. n. 7769/1996).

Non si comprende invero – ha precisato *aliunde* la Suprema Corte (cfr. Cass. n. 12530/2002) – «perché lo Stato dovrebbe accollarsi, sia pure parzialmente, il peso economico della contribuzione dei lavoratori non retribuiti secondo la contrattazione collettiva del settore di appartenenza [...]. Se il beneficio in questione è un premio per l'imprenditore che sia in regola con la normativa previdenziale, presupposto e riconoscimento è che egli osservi tale normativa».

Si evidenzia, al riguardo, che la linea di interventi normativi a sostegno delle imprese industriali e artigiane operanti nel Mezzogiorno e nelle zone depresse del centro-nord, risalenti alla legge n. 1089 del 1968 – tutti finalizzati allo sviluppo delle attività produttive e all'incremento dell'occupazione come strumenti di politica economica –, riconosce il beneficio degli sgravi contributivi alle indicate imprese che *assicurano* ai propri dipendenti *trattamenti non inferiori* a quelli minimi previsti dai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale.

In quanto riducono il costo del lavoro per addetto, gli sgravi, come pure gli altri interventi (a diffusione nazionale) di fiscalizzazione degli oneri sociali – il cui finanziamento parimenti proviene da risorse provenienti dal bilancio dello Stato, e, quindi, dalla fiscalità generale –, contribuiscono a favorire l'occupazione.

La concessione degli sgravi, in quanto subordinata alla erogazione ai dipendenti delle aziende interessate di un trattamento retributivo non inferiore a quello minimo previsto dalla disciplina collettiva, fa sì che il vantaggio venga ripartito con i lavoratori: si tratta – come è stato sottolineato da autorevole dottrina – di un espediente (la cd. «clausola sociale») attraverso cui il legislatore, pur senza estendere d'imperio l'efficacia soggettiva del contratto collettivo, introduce, tuttavia, un efficace incentivo per una sua più generalizzata applicazione in un'ottica di progressiva valutazione dell'autonomia collettiva ai livelli alti di rappresentatività che, del resto, il legislatore più moderno ha ulteriormente perseguito.

La normativa in materia, sorta sotto l'impulso propulsivo di favorire l'occupazione in zone depresse, via via ha perseguito l'ulteriore intento d'incrementare la produttività delle imprese di determinati settori con una rinuncia da parte dell'apparato previdenziale alla pretesa contributiva e, correlativamente, imponendo ai fruitori di tale beneficio la conformazione della pro-

pria obbligazione retributiva a quella prevista dalla contrattazione collettiva, evidentemente per assicurare l'uguaglianza retributiva per i dipendenti di imprenditori avvantaggiati dalla riduzione di un onere di cui viene a farsi carico la intera comunità.

La funzione perequativa sarebbe vanificata se i minimi retributivi da assicurarsi non fossero adeguati alla retribuzione globale prevista dalla contrattazione collettiva (cfr. Cass. n. 9100/1994).

A ciò si aggiunga che la fruizione di un beneficio incrementativo della produzione, oltre che perequativo, avvantaggerebbe irragionevolmente datori di lavoro assoggettati a un minore onere retributivo – per effetto della esclusione delle dinamiche salariali – rispetto a quanti ne sopportano uno maggiore per la operatività dell'intera piattaforma contrattuale, e che una interpretazione che sancisse tale disparità violerebbe il principio sancito nell'art. 3 Cost. (cfr. Cass., cit., n. 9100/1994).

Altre pronunzie del giudice di legittimità hanno affermato che il diritto allo sgravio presuppone la corresponsione (da parte del datore di lavoro ai lavoratori) di tutte le voci retributive previste dalla contrattazione collettiva di categoria, comprese le somme per scatti di anzianità (cfr. Cass. n. 12467/1991) e compresa la maggiorazione del 27% prevista per l'attività lavorativa prestata dalla 41^a alla 44^a ora dal Ccnl 11 luglio 1979 per gli addetti alla industria della calzatura (cfr. Cass. n. 2394/98). È il caso di rilevare che nella seconda di tali pronunzie – la n. 2394, anch'essa relativa agli sgravi fiscali previsti dall'art. 1 della citata legge n. 782 del 1980 – viene puntualizzato che la legge in materia di fiscalizzazione degli oneri contributivi non opera una estensione obbligatoria della normativa collettiva a tutte le imprese di un determinato settore, ma si limita ad applicare tale normativa come diritto parametro per la determinazione del costo del lavoro; e all'osservanza di tale costo collega il beneficio dello sgravio contributivo (cfr. già Cass. n. 7508/1983).

È stato altresì ribadito (da Cass. n. 7060/1991) che, in tale modo, l'imprenditore, pur rimanendo libero di aderire o meno al contratto collettivo di lavoro, ha tuttavia la possibilità di ottenere la riduzione contributiva per gli oneri sociali osservando il maggiore costo economico del lavoro nella misura determinata dal contratto collettivo e che l'osservanza della disciplina collettiva, prevista dalla legge quale condizione del diritto alla fiscalizzazione degli oneri sociali, non comporta l'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi di diritto privato, in violazione dell'art. 39 Cost., ma, al solo scopo di poter fruire di quel beneficio, impone ai datori di lavoro, che ne sono potenziali destinatari, l'onere di applicare ai propri dipendenti i contratti del settore di appartenenza, anche se non vincolanti nei loro confronti in difetto dell'iscrizione alle associazioni stipulanti o della adesione anche implicita,

ferma restando, tuttavia, l'alternativa dell'inosservanza dei contratti stessi e della conseguente esclusione dal beneficio.

In linea con tale orientamento, ancora con sentenza n. 4894/2000 la Suprema Corte ha osservato che la dichiarazione con la quale il datore di lavoro garantisce, ai fini della fiscalizzazione degli oneri sociali, di cui alla legge n. 782 del 1980, l'osservanza del *trattamento minimo* previsto dalla contrattazione collettiva non applicabile a diverso titolo, non comporta per il dichiarante alcun obbligo, né nei confronti dell'Inps, né nei confronti dei dipendenti, ma solo un *onere* cui è correlata la perdita del beneficio in caso di mancata osservanza dei minimi retributivi contrattuali.

Con riferimento alla normativa più risalente in materia – peraltro corrispondente a quella inizialmente applicabile alla fattispecie, *ratione temporis* – la Suprema Corte ha precisato: perché sussista la condizione cui è subordinato il diritto agli sgravi contributivi *ex art. 4 della legge 5 agosto 1978, n. 502*, è necessario che il datore di lavoro assicuri ai propri dipendenti *trattamenti retributivi non inferiori* a quelli minimi dei contratti collettivi nazionali di categoria; l'onere di provare la sussistenza di tale condizione incombe sul datore di lavoro, in base al principio generale (art. 2697 cod. civ.) secondo cui chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (cfr. Cass. n. 2442/2000).

(*Omissis*)

Invero, dell'*excursus* normativo e delle sottese, presunte differenziazioni, si è occupata la Suprema Corte con la decisione n. 11750/1999: a seguito del d.l. 3 luglio 1986, n. 328, convertito nella legge 31 luglio 1986, n. 440, la fiscalizzazione degli oneri sociali spetta alla sola condizione che i lavoratori delle imprese interessate ricevano *retribuzioni* non inferiori a quelle previste dai contratti collettivi nazionali e provinciali, purché vigenti, mentre la *disciplina precedentemente vigente* (legge 28 novembre 1980, n. 782, d.l. 24 marzo 1982, n. 91, convertito in legge 21 maggio 1982, n. 267) subordinava la concessione del beneficio alla condizione che le imprese assicurassero ai propri dipendenti *trattamenti economici non inferiori* a quelli minimi previsti dai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative o presenti in seno al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro.

E, con espresso riferimento alla normativa del 1980, la Suprema Corte ha osservato, nella sentenza n. 5412 del 1997, che, ai sensi dell'art. 1, legge n. 782 del 1980, il datore di lavoro aspirante ai benefici contributivi ha l'onere di assicurare ai propri dipendenti non soltanto il trattamento derivante dagli adeguamenti automatici della retribuzione previsti nel contratto collettivo o comunque da clausole immediatamente attinenti al calcolo della retribuzione, ma, in difetto di limitazioni poste dal legislatore, anche quello derivante

dall'applicazione di clausole di carattere normativo che, assicurando i vantaggi pecuniari connessi a una carriera più rapida, comunque incidono sul trattamento economico del singolo.

A ulteriore specificazione dell'accezione *trattamenti economici* è intervenuta Cass. con sentenza n. 10052/1996: in relazione alla condizione per il godimento della fiscalizzazione degli oneri sociali, posta dall'art. 1 della legge 28 novembre 1980, n. 782, del riconoscimento ai dipendenti di «trattamenti economici non inferiori a quelli minimi previsti dai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative» (che si ispira al principio della solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost.), rileva solo il contratto di categoria, stipulato da taluna delle associazioni maggiormente rappresentative, che sia effettivamente vigente nel periodo a cui si riferiscono gli sgravi contributivi e quindi preveda minimi tabellari che siano espressione attuale della dinamica salariale.

Sul percorso del criterio assorbente di costo del lavoro *onnicomprensivo* si osserva che tale onnicomprensività, secondo l'intento legislativo, ha avuto valenza indiscriminata nel tempo e, come tale, è stata affermata anche con riferimento alla vigenza della normativa anteriore al 1980 – e applicabile, *ratione temporis*, al primo periodo della fattispecie –; cfr., sul punto, Cass. n. 9864/1995: «il diritto al beneficio dello sgravio degli oneri sociali – previsto dal d.l. 7 febbraio 1977, n. 15 (convertito in legge 7 aprile 1977, n. 102), a favore delle imprese industriali e artigiane [...] sussiste (ai sensi dell'art. 2 della legge da ultimo citata) solo nel caso in cui il datore di lavoro abbia corrisposto ai propri dipendenti *tutte le voci retributive previste dalla contrattazione collettiva del settore*».

Sul piano letterale non può altresì dubitarsi che la normativa (*Omissis*) richieda che i contratti collettivi siano rispettati nei confronti di tutti i dipendenti, anche di quelli in relazione ai quali il beneficio non spetta.

(*Omissis*)

Il pretore di Reggio Emilia, nella prima delle due sentenze impugnate – la n. 572 del 14 settembre 1994 –, esclude che alla fattispecie possa applicarsi il principio del rinvio, ai fini della determinazione della retribuzione aziendale utile per lo sgravio, al sistema sancito dalla contrattazione collettiva (operazione ermeneutica pure disposta in precedenti giurisprudenziali di quell'Ufficio giudiziario e, a tal uopo, invocati dall'Inps nella fattispecie in esame), poiché la Max Mara non ne ha mutuato i contenuti, così diversificandosi i rispettivi sistemi retributivi, valutati dal pretore profondamente disomogenei.

Su questa premessa (*Omissis*) sono stati individuati quali elementi da porre in comparazione, da un canto, la retribuzione complessiva o globale applicabile nel minimo secondo Ccnl di categoria e, dall'altro, la retribuzione

complessiva di fatto erogata; la non inferiore entità della seconda rispetto alla prima comporta, proseguendo tale percorso logico, il diritto alla fiscalizzazione degli oneri sociali.

(*Omissis*) Procedendo, invece, secondo il percorso logico del pretore di Reggio Emilia, si potrebbe giungere all'aberrante conclusione che un lavoratore a retribuzione extracontrattuale, lavorando per un quantitativo di ore ben superiore a quello ordinario, secondo contrattazione collettiva, *o con ritmi lavorativi più intensi a parità di ore lavorate*, viene retribuito, di fatto, con paga non inferiore al minimo contrattuale del lavoratore che, invece, si limita a svolgere solo il numero ordinario di ore lavorative contrattuali. Comunque il costo del lavoro è analogo.

Nella specie, convertendo il quantitativo di ore di straordinario con il quantitativo di pezzi lavorati e partendo dal presupposto, più volte ribadito dal pretore nella prefata sentenza, che i due sistemi non sono omogenei e che, pertanto, devesi guardare al risultato economico finale, si recepisce integralmente l'assunto difensivo di parte appellata, secondo cui ai dipendenti veniva erogata retribuzione non inferiore a quella contrattuale, indifferente tuttavia – e comunque non dimostrato e neppure sollecitato dal giudice *a quo* nella disposta consulenza tecnica – quanto gli stessi dovessero lavorare per ottenere il risultato equiparabile a quello dei lavoratori a paga contrattuale.

(*Omissis*)

Poiché tale ragionamento non poteva che condurre a un'unica conclusione, la non legittimità dello sgravio, parti ricorrenti hanno introdotto nel giudizio di primo grado un elemento di raccordo tra le disomogeneità, costituente una sorta di gancio, cui collegare, dall'uno e dall'altro capo, gli alternativi sistemi retributivi: il fattore K100.

Tale elemento è assunto a criterio informatore e metodologico dell'indagine affidata all'ausiliare dal primo giudice; se i sistemi non sono equiparabili perché non omogenei – ha ritenuto il decidente nella sentenza parziale e, correlativamente, nel successivo affidamento dell'incarico – occorre trovare un elemento comune, appunto il fattore K100, l'unità di misura della prestazione capace e operosa, come qualificata dalla ricorrente e pedissequamente recepita dal giudice di Reggio Emilia, il quale, tuttavia – e in ciò contraddicendosi –, pure ha affermato che il cottimo è un modo di retribuzione che incentiva, ma non obbliga a una produzione superiore.

Se è asseverabile tale postulato, non è enucleabile un'unità di misura della prestazione lavorativa operosa agganciata al sistema di cottimo, cui commisurare la paga base e, *a fortiori*, fissare lo *standard* qualitativo e quantitativo (capace e operosa) in via astratta, collegandovi perfino la progressione per anzianità.

Né può intervenire (*Omissis*) la circostanza (*Omissis*) che il fattore K100 è riferito a un ritmo di lavoro medio comunemente e normalmente accettato dai lavoratori.

La circostanza del consenso dei dipendenti, anche ove esteso sul piano associativo (*Omissis*), è del tutto irrilevante ai fini della equipollenza con le paghe contrattuali; non può, infatti, sottacersi che la paga base viene identificata dalle parti contrattuali con un valore convenzionale, già e apoditticamente individuato dal datore di lavoro su meri criteri qualitativi/quantitativi, da porre quale piattaforma per l'incentivo attraverso la lavorazione a cottimo. Parametro, peraltro, neppure a contenuto minimalista, ma già agganciato a un ritmo di lavoro efficacemente produttivo (non essendo il valore più basso nelle tabelle di cottimo allegate agli atti).

Ciò presuppone che non di paga base si debba parlare con riferimento al fattore K100, ma di retribuzione ottimale di un lavoratore a cottimo, appunto perché commisurata a una prestazione valutata al di sopra dei minimi dei cottimisti. Al contrario, la Max Mara (*Omissis*) ha imposto tale fattore K100 quale elemento di partenza, minimale quanto a prestazione retributiva (e, quindi, quale costo) ma già ottimale quanto a prestazione lavorativa (e, quindi, quale rendimento).

Che non possa, poi, tale fattore K100 assurgere a parametro aziendale universalmente applicato onde riscontrarvi la assiomatica pretesa di *standard* qualitativo/quantitativo di media operosità, da porre come piattaforma retributiva non incentivata, si desume dalle stesse risultanze della consulenza tecnica e ricordate, *per incidens*, dalle appellate, allorché si individuano molteplici posizioni lavorative per le quali la paga base, come rilevata, non è stata raggiunta. (*Omissis*)

Elemento, questo, di valutazione rafforzativa ai fini della esclusione del diritto alla fiscalizzazione, nel solco interpretativo delle suesposte decisioni giurisprudenziali dei giudici di legittimità, che hanno escluso il diritto allorché il costo del lavoro non sia parificabile ai minimi contrattuali per tutti i dipendenti, anche quando non si attivi lo sgravio universalmente. (*Omissis*)

L'Inps, a conferma dei propri rilievi, ha documentato, quale indagine della ispezione effettuata in azienda, che:

- gli scatti di anzianità sono stati congelati al 30 giugno 1979;
- le tabelle salariali risultavano inferiori a quelle del Ccnl;
- l'indennità per malattia era inferiore a quella prevista contrattualmente, quando la durata di essa non oltrepassava i 42 giorni;
- l'indennità di mancato cottimo non veniva corrisposta quando le ore lavorate a cottimo nel mese erano inferiori al 20%, in difformità dalla previsione contrattuale collettiva.

Rilievi non contestabili né, in fatto, contestati dall'azienda.

In particolare (*Omissis*) non era assicurata la garanzia della indennità per mancato cottimo ove la prestazione a cottimo fosse scesa entro uno scarto inferiore al 20%, pur vertendosi in contesto lavorativo di cottimo misto e non puro (ovvero paga base garantita più maggiorazione di cottimo).

(*Omissis*)

L'equiparazione con i trattamenti minimi (*Omissis*) non deve reputare integrata la condizione allorché la *summa* della retribuzione (connessa al trattamento tipico del cottimo a sistema misto) sia equiparata alla paga minima prevista contrattualmente, bensì soltanto allorché sia eguale al minimo garantito al cottimista.

Ciò comporta che due lavoratori a cottimo possano ritenersi retribuiti in misura non difforme solo quando il minimo garantito a ciascuno di essi sia eguale, prescindendo dalla percentuale di cottimo che l'uno o l'altro sia in grado di ottenere, come *surplus* rispetto alla paga base e in relazione ai pezzi lavorati. E ciò vale sia nella ipotesi – che è quella in esame – in cui la paga base sia inferiore alla paga contrattuale e, ciononostante, si possano erogare retribuzioni suscettibili di essere anche superiori – ma solo in corrispondenza di un maggiore dispendio di forza lavoro –, sia nella ipotesi in cui, a parità di risultati ottenuti, il trattamento per il cottimo sia particolarmente soddisfacente per il lavoratore, che in tal modo consegua una retribuzione globale superiore alla paga contrattuale onnicomprensiva (*Omissis*).

Quanto rilevato (*Omissis*) consente di superare anche un'ulteriore eccezione difensiva (*Omissis*): il sinallagma nel rapporto di lavoro non consente, in contesti equiparativi tra fattispecie contrattuali similari, che la valutazione di raffronto venga effettuata per frazioni temporali difformi.

Il costo del lavoro, inteso quale esborso materiale del datore di lavoro in correlazione con la prestazione lavorativa, va ragguagliato alla stessa sotto l'aspetto temporale, altrimenti le discrepanze e, quindi, l'insuscettibilità di equipollenza si ampliano a dismisura.

Si pensi all'ipotesi, già *supra* esposta, in cui il cottimista, nell'azienda Max Mara, non recupera a fine mese la percentuale retributiva per cottimo, perché non ha oltrepassato la soglia, ivi prevista contrattualmente, dello scarto del 20%, mentre un operaio cottimista di azienda che applica il Ccnl consegue, mensilmente, la garanzia di mancato cottimo, prescindendo da siffatta percentuale.

Successivamente, il dipendente Max Mara, in vista della propugnata elevata produttività e relativa competitività, recupera quelle somme attraverso un'attività marcatamente laboriosa: ciò non comporta tuttavia che, se pure a fine anno le somme percepite da entrambi siano equipollenti, esse siano comunque paritariamente distribuite nelle frazioni temporali coincidenti con le cadenze retributive.

Ha errato, pertanto, il giudice *a quo* nel recepire, nella sentenza parziale, un argomento fondamentale sostenuto dalla società, onde confermare la legittimità del suo operato – «i costi vanno computati a periodi annuali e non mensili [meglio a] periodi temporali entro i quali sono ripartire voci retributive a cadenza non mensile».

Di fatto, in entrambe le prospettazioni viene disatteso il criterio della omogeneità della prestazione lavorativa ordinaria e di quanto corrispondentemente erogato, che non può prescindere dal frazionamento mensile operato contrattualmente; la circostanza che la società possa operare frazionamenti diversi non deve pregiudicare l'operazione di ragguglio necessaria *ex lege*.

L'appellante ha spiegato espressa doglianza anche sul criterio temporale – ritenuto dal giudice non necessariamente a cadenza mensile – ove trattamenti retributivi aggiuntivi a cadenza ultramensile siano erogati con regolarità, sì da individuare una globalità riferibile a diverso, più ampio periodo (*Omissis*). Nel difetto di prova, venuto meno il presupposto della riferibilità costante e generalizzata di esborsi ultramensili, non sussiste la possibilità di assegnare a lassi temporali più ampi i termini parametrici di cadenza mensile, ai fini del raffronto utile per la fiscalizzazione. (*Omissis*)

(1) FISCALIZZAZIONE DEGLI ONERI SOCIALI E SISTEMA RETRIBUTIVO A COTTIMO

1. — *Introduzione* — La sentenza annotata porta a compimento (probabilmente solo relativo, perché è pensabile un ricorso in cassazione) una lunghissima, complessa e particolare vicenda processuale nata dalla volontà della Max Mara di staccarsi dalla propria associazione sindacale di categoria e di applicare ai propri dipendenti condizioni di lavoro non previste dal contratto collettivo nazionale, ma risultanti da una particolare organizzazione del lavoro, da essa elaborata e accettata (quanto meno di fatto) dalle rappresentanze sindacali d'azienda, basata sul cottimo.

Il problema del confronto tra il trattamento generale previsto dal contratto collettivo e quello di fatto applicato dall'azienda è sorto non in sede di rivendicazione di una retribuzione proporzionata e sufficiente ai sensi dell'art. 36, comma 1, Cost., ma al momento della verifica dell'assolvimento, da parte dell'azienda, del generale onere imposto ai datori di lavoro per la concessione del beneficio della fiscalizzazione degli oneri sociali: onere costituito, com'è noto, dall'applicazione di minimi di trattamento non inferiori a quelli previsti dai contratti di categoria. Nel caso in esame i giudici hanno dovuto accertare se Max Mara corrispondeva ai propri dipendenti una retribuzione complessiva non inferiore a quella fissata dai contratti collettivi. Il Tribunale di Reggio Emilia, nella sentenza definitiva di primo grado, ha dato una risposta positiva, mentre il giudice d'appello ha fornito una risposta negativa, riformando la prima pronuncia.

2. — *La ratio dell'onere in esame* — Per risolvere la questione era necessario individuare i minimi di trattamento previsti dalla contrattazione collettiva e poi verificare se il trattamento di fatto attribuito dalla datrice di lavoro non fosse inferiore ai minimi contrattuali.

Prima di effettuare queste operazioni, la Corte d'Appello di Bologna, correttamente, è andata alla ricerca della *ratio* dell'onere imposto alle imprese quale condizione dell'attribuzione del beneficio in esame, rifacendosi alle indicazioni da tempo offerte dalla giurisprudenza della Cassazione. Per la Suprema Corte la fiscalizzazione degli oneri sociali ha come obiettivo il sostegno delle attività produttive e l'incremento dell'occupazione di aziende appartenenti a certe aree del paese e/o a certi settori produttivi; questo fine viene perseguito attraverso lo strumento della riduzione di quella parte del costo del lavoro che attiene alla contribuzione previdenziale. Le aziende in questione ottengono un trattamento privilegiato comportante un minor costo del lavoro, senza diminuzione, tuttavia, delle tutele per i lavoratori, per i quali nulla cambia se tutti (o parte) dei contributi a carico del datore di lavoro sono pagati dallo Stato attingendo alle entrate fiscali generali. La sentenza annotata sottolinea, peraltro, come per la Suprema Corte il legislatore abbia inteso introdurre i benefici in esame in modo da impedire disparità di situazioni tra le imprese che ne usufruiscono: poiché la fiscalizzazione degli oneri sociali mira a incrementare la produzione e l'occupazione, la legge, attraverso l'onere concernente l'applicazione di trattamenti non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi, vuole escludere da tale beneficio le imprese che già si siano abbassate il costo del lavoro attraverso la corresponsione ai propri dipendenti di trattamenti inferiori rispetto a quelli contrattuali, dato che altrimenti si creerebbe un'ingiustificata situazione di privilegio.

La Cassazione accenna anche a una funzione di garanzia dell'uguaglianza retributiva. È innegabile che l'onere di cui si discute abbia in sostanza anche tale funzione, ma il dato normativo è tale da ammettere anche diversità retributive, qualora migliorative per i dipendenti. Si può quindi sostenere che la legge vuole che i benefici in parola (come ben noto oggi sempre più difficili e discussi in relazione alla normativa comunitaria che impedisce, salvo specifiche deroghe, gli aiuti di Stato a determinate imprese nazionali, in quanto costituenti fattori di alterazione della concorrenza a livello europeo) siano attribuiti alle imprese rientranti nell'area del privilegio in modo tale da evitare che la riduzione del costo del lavoro derivante dalla fiscalizzazione si cumuli con quella derivante dal pagamento di retribuzioni inferiori ai minimi previsti dai contratti collettivi.

3. — *I minimi di trattamento contrattuali* — L'elegante e complessa motivazione della Corte d'Appello riassume anche le indicazioni della giurisprudenza della Cassazione in merito alla nozione, ai fini che qui interessano, di «minimi contrattuali»: in essi vanno ricompresi non solo la paga base e la contingenza, ma anche tutti gli emolumenti che in base alla contrattazione collettiva vanno a incrementare, direttamente o indirettamente, la paga base, quali, ad esempio, gli incrementi derivanti dalle clausole relative alla rapidità della carriera (Cass. n. 5412/1997), gli adeguamenti automatici direttamente connessi al mero decorso del tempo, quali gli scatti di anzianità (Cass. n. 12467/1991; Cass. n. 9100/1994; Cass. n. 2029/1995), e la maggiorazione per il lavoro prestato dalla 41^a alla 44^a ora (Cass. n. 2394/1998).

La sentenza annotata riporta pure una ulteriore precisazione della Cassazione: l'onere in parola può considerarsi assolto solo quando il trattamento non inferiore ai minimi contrattuali risulta attribuito *a tutti* i dipendenti, compresi quelli in relazione ai quali lo sgravio non spetta (Cass. n. 7769/96).

4. — *Lo speciale trattamento applicato da Max Mara era non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo?* — A questo punto la Corte d'Appello ha dovuto individuare il trattamento applicato da Max Mara e confrontarlo con quello previsto dal contratto collettivo, tenendo ferma l'indicazione della Suprema Corte per la quale è il datore di lavoro che chiede l'attribuzione del beneficio a dover provare l'esistenza dei presupposti previsti dalla legge per ottenerlo (Cass. n. 2442/2000).

Presso Max Mara dal 1979 non venivano più corrisposti gli aumenti per scatti di anzianità, i quali venivano compensati dalla considerazione del crescere dell'anzianità nel calcolo degli incentivi di cottimo; non venivano corrisposte né l'indennità di mancato cottimo, quando esso era inferiore all'80%, né il premio presenza; non era garantito il trattamento contrattuale previsto per il caso di malattie inferiori a 42 giorni e non era computato nella retribuzione il servizio mensa secondo la misura convenzionale. In compenso, presso l'azienda appellata decisivo era il lavoro a cottimo, e i lavoratori che raggiungevano certe *performances* finivano con il percepire salari superiori a quelli minimi contrattuali.

Il pretore di Reggio Emilia, nella prima delle due sentenze impugnate davanti alla Corte d'Appello di Bologna, quella non definitiva, aveva affidato a una Ctu la comparazione degli specifici trattamenti di Max Mara con i minimi contrattuali, indicando al consulente che questi ultimi dovessero essere confrontati con la retribuzione erogata dall'appellata nel caso di un rendimento di cottimo definito K 100, ritenuto quale rendimento proprio di una prestazione non incentivata e normale. Sulla scorta di questa indicazione il Ctu aveva effettuato una analisi a campione riscontrando che quando tale rendimento veniva raggiunto la retribuzione complessiva di fatto percepita superava quella contrattuale, e in base a queste conclusioni la seconda delle due sentenze appellate, quella definitiva, ha riconosciuto il diritto allo sgravio.

4.1. — *Scarsa utilizzabilità di un'analisi a campione e mancata considerazione dei risultati cui era pervenuta quella di fatto svolta* — Nel giudizio d'appello si è molto discusso sull'utilizzabilità del criterio dell'analisi a campione ai fini della prova dell'attribuzione di trattamenti non inferiori ai minimi contrattuali. Se si tiene presente l'orientamento della Cassazione, su ricordato, per il quale tale requisito deve essere provato con riguardo a tutti i dipendenti, l'impiego di un metodo che considera soltanto alcune posizioni lavorative, e non tutte, è per definizione non utilizzabile, a meno che l'analisi a campione non concerna tutti i tipi omogenei di posizioni lavorative presenti in azienda, potendo in tal modo giungere a una verifica sostanziale di tutte le posizioni. Nel caso di specie, tuttavia, il problema non era questo. Le posizioni aziendali esaminate erano tutte omogenee e caratterizzate dalla forte incidenza del cottimo. Il consulente aveva trovato che un certo gruppo di dipendenti aveva raggiunto un determinato livello di cottimo, con conseguente retribuzione superiore ai minimi contrattuali, e che un altro gruppo di lavoratori era rimasto, invece, sotto detto livello, con conseguente trattamento inferiore ai minimi contrattuali. La sentenza annotata, nel-

l'accogliere l'appello dell'Inps, censura il fatto che di fronte a questi risultati il Tribunale non abbia immediatamente negato la sussistenza del requisito di cui si discute. Questa critica mi sembra pienamente fondata: se la Cassazione richiede che vadano considerate tutte le posizioni lavorative, l'esistenza di «molteplici» casi in cui non era stato raggiunto il livello di cottimo sopra indicato dimostrava chiaramente l'insussistenza del requisito stesso. Forse si potrebbero tollerare, su centinaia di posizioni presenti, due o tre casi di salario di fatto inferiore ai minimi contrattuali, ma quando i casi sono «molteplici» la conclusione è scontata.

4.2. — *Rilevanza dello straordinario e della particolare qualità della prestazione lavorativa* — La sentenza in epigrafe ha riformato le decisioni di primo grado con riguardo a un aspetto ancora più importante. L'azienda aveva introdotto un sistema di cottimo basato su una tabella che indicava il primo livello di rendimento, quello minimo, con la dizione «K 80» e un secondo livello, quello «medio», chiamato K 100, corrispondente a un livello di rendimento più alto e a una prestazione «capace e operosa». Max Mara ha sempre sostenuto che la retribuzione corrispondente al livello di rendimento K 100 (di fatto più alta di quella contrattuale) fosse quella da considerarsi minima e normale, mentre per l'Inps la retribuzione da ritenersi minima era quella corrispondente al rendimento K 80, dovendosi considerare quella corrispondente al rendimento K 100 come una retribuzione incentivata ed eventuale.

In primo grado era stata accolta la tesi datoriale, ma la Corte bolognese ha avuto gioco abbastanza facile ad accogliere l'appello dell'Inps anche su questo punto. La pronuncia in esame fissa un principio generale che mi pare davvero incontestabile: quando si comparano la retribuzione contrattuale e quella di fatto erogata, ai fini di cui qui si discute, si deve tener conto della *quantità e qualità* della prestazione effettuata, dovendosi respingere l'opinione per la quale il requisito del rispetto dei minimi contrattuali sarebbe comunque osservato nel caso in cui «un lavoratore a retribuzione extracontrattuale, lavorando per un quantitativo di ore ben superiore a quello ordinario, secondo contrattazione collettiva – o con ritmi lavorativi più intensi a parità di ore lavorate – viene retribuito, di fatto, con paga non inferiore al minimo contrattuale del lavoratore che, invece, si limiti a svolgere solo il numero ordinario di ore lavorative contrattuali» o segua ritmi lavorativi «normali».

Nel caso di specie il problema era dato non dalla maggior quantità, ma dalla maggior qualità della prestazione, e se il consulente aveva individuato vari livelli di rendimento, e di conseguente retribuzione nell'applicazione del cottimo, il livello da compararsi con i «minimi» contrattuali non poteva che essere quello «minimo», corrispondente al livello minimo di diligenza nella prestazione lavorativa accettato dal datore di lavoro, il quale ammetteva anche il rendimento K 80.

La Corte bolognese difende questa conclusione con vari argomenti. Il primo di essi sembra quello fondato e decisivo: sarebbe inaccettabile considerare il fattore K 100, da un lato, quale elemento di partenza e minimale sul piano retributivo e, quindi, dei costi, e dall'altro, quale elemento già ottimale sul piano della prestazione lavorativa e, quindi, del rendimento. L'argomento coglie nel segno perché lo squilibrio che esso evidenzia conduce a contraddire uno degli obiettivi in vista del quale il legislatore ha introdotto il requisito della salvaguardia dei trattamenti minimi, vale a dire la parità di trattamento tra le imprese beneficiarie degli sgravi: parità che sarebbe palesemente vio-

lata se alcune di esse ai benefici previdenziali potessero aggiungere sistemi salariali in cui le medie di cottimo (e non i minimi di cottimo) costituissero la retribuzione da comparare con quella contrattuale.

4.3. — *Irrelevanza della costanza nel tempo dei minimi garantiti e dell'unità temporale di comparazione* — A questo motivo decisivo la sentenza annotata ne aggiunge altri due: il rispetto dei minimi contrattuali richiederebbe che i minimi aziendali siano costanti nel tempo e che la comparazione venga effettuata per frazioni temporali uguali. Una volta appurato che il confronto tra i trattamenti retributivi va effettuato tenendo conto della quantità e qualità del lavoro svolto e basandosi su voci retributive certe e garantite e non eventuali, l'elemento della costanza nel tempo dei trattamenti minimi e quello dell'identità delle unità temporali della comparazione mi sembrano superflui e poco chiari. Ciò che conta, in vero, è che un livello salariale minimo venga *garantito* e non sia, viceversa, raggiungibile solo eventualmente e grazie a particolari *performances*; rimane irrilevante, invece, il fatto che la paga base, per particolari scelte sul piano normativo (e cioè su un piano diverso da quello relativo alla quantità e qualità del lavoro), non sia costante, mese per mese, ma raggiunga il livello contrattuale solo tenendo conto di una pluralità di mesi. Si vuol dire, in altre parole, che è possibile conseguire gli sgravi anche se, ad esempio, la paga base mensile è inferiore a quella contrattuale, ma poi il tutto viene compensato o da maggiori importi previsti per le mensilità aggiuntive o dalla previsione di un numero maggiore di mensilità aggiuntive. Naturalmente queste maggiorazioni devono essere, appunto, «previste» dalle norme aziendali e costituire una garanzia salariale, non potendosi, invece, considerare tali le maggiorazioni di fatto erogate, anche con cadenze costanti, in relazione a particolari ed eventuali caratteristiche delle prestazioni lavorative.

5. — *Sintetiche conclusioni* — La via intrapresa da Max Mara per vincere la concorrenza rappresentava, sul piano giuridico, una sin troppo facile scorciatoia, contraria alla disciplina degli sgravi come costantemente intesa dalla Cassazione. La Corte d'Appello di Bologna ha fatto bene a mettere fine a questo agevole cammino, dato che pregiudicava la libera concorrenza tra le imprese italiane del settore. Con ciò non si vogliono criticare le aziende che si danno da fare per innovare i sistemi produttivi e salariali per accrescere la produttività e le capacità competitive. Se si vogliono ottenere incentivi che richiedano il rispetto dei minimi contrattuali è a ogni modo necessario che gli specifici sistemi salariali aziendali prevedano minimi garantiti non inferiori a quelli contrattuali: solo a partire da questi livelli minimi possono muovere i più svariati sistemi retributivi di carattere incentivante e partecipativo.

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

I

TRIBUNALE TORINO, 27 marzo 2008, Sez. lav. – Est. Lanza – C. Z. (avv.ti Martino, Distasio) c. Autogrill Spa (avv. Lavizzari).

II

TRIBUNALE TORINO, 27 marzo 2008, Sez. lav. – Est. Denaro – P. S. (avv.ti Martino, Distasio) c. Autogrill Spa (avv. Lavizzari).

III

TRIBUNALE TORINO, 5 maggio 2008, Sez. lav. – Pres. Ciocchetti, Est. Bianco – P. S. e C. Z. (avv.ti Martino, Distasio) c. Autogrill Spa (avv. Lavizzari).
Conferma Trib. Torino.

Sicurezza sul lavoro – Obbligo di prevenzione dai rischi da rapine – Insufficienza di adeguate misure di tutela – Richiesta di astensione dalla prestazione lavorativa nei turni di lavoro oggetto di episodi criminosi – Ripartizione dell'onere della prova – Responsabilità del datore di lavoro per inadempimento dell'obbligo di sicurezza per l'attività criminosa di terzi – Sussistenza.

L'art. 2087 cod. civ. impone al datore di lavoro l'adozione e il mantenimento delle misure atte a preservare i lavoratori dalla lesione dell'integrità psico-fisica in ambiente di lavoro e in costanza dello stesso tanto più in relazione alla frequenza assunta dalla attività criminosa di terzi rispetto a una certa attività; ciò a prescindere da criteri di fattibilità economica. (1)

I

(*Omissis*)

A scioglimento della riserva il giudice osserva quanto segue.

La ricorrente prospetta il disagio di dover lavorare, per tre notti al mese, nel turno 22-6, presso l'Autobar di Settimo Torinese nord, come unica addetta; fa presente che il locale, posto sull'autostrada Torino-Milano, «possiede una particolarità logistica che lo distingue dagli altri punti di ristoro siti

sulla rete autostradale di Torino [...] poiché è accessibile da una strada secondaria (strada Cebrosa) non sbarrata da caselli [e ciò] rende particolarmente vulnerabile il punto di ristoro, il quale pertanto è teatro di frequenti rapine quasi sempre nelle ore serali notturne» (così i capitoli 5, 6 e 7 del ricorso); lamenta che le misure di sicurezza approntate dalla società convenuta per proteggere i dipendenti da azioni criminose (oltre alle rapine anche episodi di intimidazione e bullismo) non sono sufficienti – in particolare il servizio di vigilanza esterna è stato disposto solo episodicamente, nei giorni immediatamente successivi alle rapine –; evidenzia uno stato patologico di ansia e depressione, vistosamente peggiorato negli ultimi tempi (da gennaio 2008, vedi interrogatorio libero), diagnosticato sia dal medico di base che dal neurologo (vedi certificati in atti).

Chiede pertanto in via di urgenza di ordinarsi al datore di lavoro di approntare misure idonee a tutelare la sua integrità fisica e morale e autorizzarsi l'astensione dalla prestazione lavorativa nel turno notturno;

– la convenuta dà atto che dal giugno 2007 nel locale di Settimo Torinese nord si sono verificate rapine a mano armata, e precisamente in data 11 giugno 2007 alle ore 23, in data 25 novembre 2007 alle ore 21,50, in data 1° dicembre 2007 alle ore 19,20, in data 16 gennaio 2008 alle ore 20,30, in data 6 marzo 2008 alle ore 21 (quest'ultimo episodio dopo il deposito del ricorso), senza danni alle persone; sostiene di aver posto in essere tutte le misure di sicurezza possibili, tenuto conto che l'Autobar sorge su aree di proprietà della Spa Total Fina – dunque di soggetto terzo e anche i locali sono della Spa Total Fina (*Omissis*)

Sostiene ancora l'azienda che il rischio-rapine non può essere eliminato, e rileva infine la inammissibilità delle domande poiché il diritto vantato dalla lavoratrice, che pretende di essere affiancata da altri dipendenti ovvero pretende l'attuazione di un permanente servizio di guardie armate, non sussiste poiché spetta all'imprenditore il compito di organizzare l'impresa.

Così precisate le rispettive posizioni, questo giudice rileva:

– è pacifico il numero di rapine a mano armata verificatosi nell'ultimo periodo (sette mesi);

– è risultato dalle dichiarazioni del teste G., responsabile della sicurezza del gruppo Autogrill Spa, che il punto di ristoro di Settimo è soggetto a un rischio-rapine più elevato rispetto la media nazionale «per un motivo geografico di viabilità nel senso che i criminali in relazione a quell'Autobar hanno una via di fuga agevolata» e anche perché vi è una recinzione, installata a cura della Spa Total Fina, alta solo un metro che può essere scavalcata;

– è anche risultato che, a seguito del picco di rapine negli ultimi tre mesi, dal ricorso identico di altra lavoratrice, l'azienda ha provveduto a incrementare le misure di sicurezza, a questo sollecitata proprio dallo stesso re-

sponsabile della sicurezza (vedi deposizione teste G.); dunque le misure di sicurezza all'atto del deposito del ricorso sono state ritenute non adeguate proprio dal soggetto a ciò preposto;

– è risultato altresì che la ricorrente è affetta da stato ansioso-depressivo certificato da due medici; stato ansioso che la stessa ricorrente (che negli anni passati ha subito 3 rapine) ricollega al continuo timore, peraltro non infondato, di poter essere oggetto di ulteriori atti delittuosi nel turno serale-notturno;

– ora, è dovere dell'imprenditore tutelare la sicurezza e l'integrità fisica e psichica dei propri dipendenti (articolo 2087 cod. civ.); la libertà di iniziativa imprenditoriale e il diritto dell'imprenditore di organizzare la propria impresa a fini di lucro (*ex* articolo 41 Costituzione) trova ovviamente un limite anche nella norma di tutela della salute e della sicurezza sopra citata; né può affermarsi che l'imprenditore è tenuto all'impossibile, e cioè, per tornare al caso di specie, a eliminare il rischio di rapine o di atti di violenza nelle ore serali notturne, rischio che evidentemente non può essere mai annullato del tutto; tuttavia si è visto che lo stato dei luoghi (area e locali dell'Autobar di Settimo Torinese nord) non è ottimale, sotto il profilo della sicurezza; ne sono prova il numero decisamente alto di rapine negli ultimi mesi e le parole del teste G., che ha definito anomala la situazione dell'Autobar rispetto alla media nazionale (e ha con chiarezza spiegato i motivi delle sue affermazioni);

– pertanto, ritiene il giudice che nell'ambito della sommaria cognizione che caratterizza il procedimento *ex* art. 700 cod. proc. civ. la ricorrente abbia dimostrato la verosimiglianza del proprio diritto, diritto alla miglior tutela della salute e dell'integrità psico-fisica *ex* articolo 2087 cod. civ., e abbia cioè dimostrato la particolare modalità di resa della prestazione, in quanto di notte presso l'Autobar vi è un solo addetto, la patologia ansioso-depressiva, il ragionevole nesso di causalità tra una situazione lavorativa decisamente preoccupante (ancorché limitata a poche notti al mese) e la patologia ansiosa certificata;

– il pericolo nel ritardo appare in *re ipsa*, data la particolarità della questione, ed è da porre in relazione all'impossibilità, per la ricorrente, di attendere il giudizio a cognizione piena, stante il rapporto di causalità sopra evidenziato;

– tuttavia ritiene il giudice che non sia consentito, in questa sede, esaminare approfonditamente il merito della questione, al fine di valutare se e quali provvedimenti siano necessari per la tutela della salute della ricorrente, valutazione che è rimessa all'eventuale giudizio di merito; qui appare sufficiente, quale provvedimento temporaneo per la tutela del diritto fatto valere, disporre la non adibizione della ricorrente al turno temuto (dalle 20,00, tenu-

to conto che le rapine sono state commesse anche tra le 19,20 e le 21, alle 06,00) sin visto l'esito dell'eventuale giudizio di merito.

II

(Omissis)

Il giudice, sciogliendo la riserva che precede, accertato

– che la ricorrente è tenuta, nel rispetto delle turnazioni previste dalla società convenuta, a operare da sola come commessa nell'Autobar dell'Autogrill Spa sito sulla autostrada Torino-Milano nei pressi di Settimo Torinese dopo le 16 e anche durante la notte;

– che l'Autobar in questione è raggiungibile anche a mezzo di una strada posta sul retro del locale e non soltanto attraverso il nastro autostradale, sì da trovarsi in una condizione anomala rispetto a quella degli altri analoghi esercizi gestiti dalla convenuta;

– che nel corso degli anni il personale è stato oggetto di rapine a mano armata (in tre occasioni fu vittima la stessa ricorrente) con un intensificarsi delle stesse negli ultimi tempi (due rapine nel dicembre 2007, una nel gennaio 2008 e una il 6 marzo 2008);

– che la ricorrente si trova dall'8 febbraio 2008 afflitta da uno stato ansioso-depressivo debitamente certificato dal suo medico curante, stato da lei ricollegato in modo verosimile alla tensione e alla preoccupazione cumulate durante le ore serali e notturne trascorse da sola sul luogo di lavoro;

preso atto

– che con il ricorso depositato il 6 marzo 2008 viene dalla interessata richiesta la pronuncia in via di urgenza di un provvedimento che imponga alla società convenuta di adottare opportune misure idonee alla salvaguardia della sua integrità fisica e psichica ovvero un provvedimento di tenore tale che legittimi la propria astensione dal lavoro qualora fosse chiamata nuovamente a svolgere prestazioni in orari notturni;

preso atto

– che la società Autogrill, costituendosi in giudizio, pur non negando la effettività dei fatti prospettati contesta la fondatezza e la ammissibilità della richiesta adozione, soprattutto in via d'urgenza, dei provvedimenti invocati in ricorso;

rilevato

– come sia dovere specifico del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 2087 cod. civ., quello di adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che sono necessarie a tutelare l'integrità fisica dei lavoratori;

ritenuto

– che l'esigenza di tutela della integrità fisica, e con essa della salute mentale del lavoratore, sembra corretto estenderla anche alla predisposizione di una organizzazione di lavoro tale da porre il dipendente, in particolare se donna, in condizioni da renderlo il più possibile immune da azioni criminose quando esse, come nella fattispecie, si possono ritenere prevedibili e frequenti; nonché diviene indubbia la sussistenza del cd. *fumus boni iuris* come presupposto per l'accoglimento della domanda;

– che gli accadimenti delittuosi degli ultimi mesi fanno ritenere che il diritto alla salvaguardia della salute del lavoratore si trovi soggetto a pericolo grave, imminente e forse anche irreparabile;

– che non sembra possibile imporre con specifica statuizione, ex art. 700 cod. proc. civ., l'adozione di mezzi di protezione idonei, apparendo comunque *prima facie* presidi inadeguati l'installazione di telecamere, di sistemi di collegamento a distanza e di impianti di illuminazione, attesa la inidoneità di siffatti mezzi a scongiurare azioni delittuose caratterizzate da rapidità di esecuzione;

– che l'unico intervento cautelare riservato al giudice sembra quello interdittivo di una prestazione che la ricorrente debba rendere da sola nell'arco di un certo nastro orario e precisamente durante la sera e la notte (*Omissis*)

Ordina alla Autogrill Spa di non utilizzare la ricorrente in turni di lavoro quale unica persona presente nell'Autobar di Settimo torinese, dalle ore 20,00 alle ore 06,00 fin visto l'esito dell'eventuale giudizio di merito.

III

(*Omissis*)

È evidente che la tutela dell'integrità fisio-psichica dei lavoratori dipendenti dalle aggressioni dell'attività criminosa di terzi in virtù dell'art. 2087 cod. civ. non consente di comprendere ogni ipotesi di pericolo o di danno sulla base dell'affermazione per cui il rischio non si sarebbe verificato in presenza di ulteriori accorgimenti di valido contrasto per cui il verificarsi dell'evento costituisce circostanza che prova il mancato uso di mezzi tecnici idonei visto l'eventuale aggiramento di quelli apprestati dal datore di lavoro. Però, nel caso di specie, si sono delineati in modo inequivoco due elementi fattuali che consentono di escludere, quanto meno in fase cautelare, una responsabilità oggettiva del datore di lavoro che costituisce la logica conseguenza di quanto appena affermato e affermare invece una responsabilità della società per violazione delle disposizioni dell'art. 2087 cod. civ.

In primo luogo è risultato pacifico in causa che il locale di Settimo negli ultimi tempi è stato quello che ha subito più rapine a livello nazionale tra gli Autogrill d'Italia verosimilmente perché vi si accede anche mediante una strada statale dunque è oggettivamente più esposto.

In secondo luogo è emerso non solo che in relazione a tale maggiore esposizione non erano state adottate misure più incisive rispetto a quelle adottate ordinariamente negli altri locali, ma anche che solo in occasione di questo contenzioso sono stati installati sul retro del locale un faro in corrispondenza dei punti dov'è possibile scavalcare la rete di recinzione nonché una telecamera sul davanti e due sul retro dell'esercizio.

Ora, in punto di responsabilità del datore di lavoro art. 2087 cod. civ. non è la parte che subisce l'inadempimento che deve dimostrare la colpa dell'altra, ma è tenuta ad allegare, come è avvenuto, l'esistenza del fatto materiale e le regole di condotta che assume violate, ma è il datore di lavoro che deve provare che l'impossibilità della prestazione o la non esatta esecuzione della stessa o il pregiudizio che comunque colpisce la controparte derivano da causa a lui non imputabile (Cass., Sez. lav., sentenza n. 14469 del 7 novembre 2000).

Sul punto la società reclamante si è limitata ad affermare che una recinzione più alta di quella esistente (mezzo metro) e comunque più idonea a impedire che terzi la scavalchino è stata chiesta all'impianto di distribuzione carburante Total Fina, in tempi e modi non meglio precisati, e che far lavorare durante la notte due lavoratori contemporaneamente o predisporre una vigilanza armata solo per la notte sarebbe antieconomico per la società.

A quest'ultimo riguardo va precisato altresì che, pur avendo le parti rappresentato che nei giorni immediatamente successivi alle rapine non si sono verificati ulteriori fatti criminosi, probabilmente anche per la presenza dell'automobile del servizio di vigilanza, in un'ottica conciliativa la parte reclamante non ha accettato di predisporre tale servizio neppure fino al giudizio definitivo.

In conclusione, fermo restando che la natura e la tipologia delle misure adottate rientra nella discrezionalità datoriale, l'art. 2087 cod. civ. impone al datore di lavoro l'adozione e il mantenimento delle misure atte a preservare i lavoratori dalla lesione dell'integrità fisio-psichica in ambiente di lavoro e in costanza dello stesso tanto più in relazione alla frequenza assunta dall'attività criminosa di terzi rispetto a una certa attività (*ex multis*, Cass., Sez. lav., sentenza n. 4012 dell'aprile 1998).

In siffatta situazione le ordinanze impugnate devono essere confermate atteso che non è possibile affermare che il datore di lavoro abbia adottato tutte le misure attinenti all'efficienza e al buon andamento del servizio idonee a evitare o limitare eventuali danni a carico dei lavoratori che ovviamente non

possono essere esclusi dal dolo di terzi. Peraltro parte reclamante, in buona sostanza, non ha affermato di aver predisposto tutte le misure all'uopo necessarie (che potrebbero anche essere diverse da quelle richieste), ma ha sostenuto che le misure diverse da quelle fino a ora adottate risulterebbero antieconomiche.

(*Omissis*)

In ordine al *periculum in mora* residua a questo punto uno spazio valutativo che si sovrappone in prima battuta alle osservazioni suesposte poiché il Collegio ritiene già verosimilmente leso il bene stesso a tutela del quale l'art. 2087 cod. civ. è stato concepito e interpretato.

Occorre considerare a questo punto che solo il provvedimento inibitorio, nel caso concreto, è in grado di assicurare la tutela fisio-psichica delle lavoratrici nel tempo occorrente a dimostrare di aver approntato tutte le misure in tal senso necessarie.

(*Omissis*)

rigetta i reclami proposti da Autogrill Spa avverso le ordinanze 27 marzo 2008 del Tribunale di Torino – Sezione lavoro – in composizione monocratica confermando le stesse.

(1) IL DATORE DI LAVORO HA SEMPRE L'OBLIGO DI TUTELARE
L'INTEGRITÀ FISIO-PSICHICA DEI DIPENDENTI
CONTRO IL RISCHIO DI AGGRESSIONI CRIMINOSE DI TERZI

1. — *La lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2087 cod. civ. quale norma a fattispecie aperta del sistema prevenzionistico* — La questione oggetto del presente commento si incentra essenzialmente su una concezione ampia delle tutele disciplinate dall'art. 2087 cod. civ. a protezione della integrità psico-fisica del lavoratore. E, infatti, a tale norma viene riconosciuta, nella unanime interpretazione della dottrina e della giurisprudenza, una funzione di chiusura del sistema prevenzionistico in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro, in quanto obbliga il datore di lavoro a predisporre tutte le cautele antinfortunistiche necessarie per tutelare l'integrità fisio-psichica del lavoratore, anche con riferimento a situazioni non regolate specificatamente dal legislatore.

Secondo la dottrina l'art. 2087 cod. civ. supplisce alle «lacune» di una disciplina specifica che ovviamente non può prevedere ogni fattore di rischio (Lorusso, *L'art. 2087 cod. civ. e la responsabilità per danni all'integrità psico-fisica del lavoratore*, in nota a Cass. 29 marzo 1995, Sez. lav., in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 362). I provvedimenti in esame risultano essere di notevole interesse in quanto aderiscono a quell'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che considera, appunto, l'art. 2087 cod. civ. quale norma a fattispecie aperta, obbligando il datore di lavoro all'adozione della tutela più adeguata al caso concreto. E, infatti, le decisioni adottate dal Tribunale di Torino in sede monocratica e confermate dal Collegio colpiscono per la loro singolarità in quanto,

ordinando alla società convenuta di non adibire le lavoratrici al servizio in una determinata fascia oraria (in particolare dalle venti alle sei del mattino), potrebbero apparire come un provvedimento di ingerenza dell'autorità giudiziaria nei confronti della organizzazione del datore di lavoro.

Tuttavia, un tale giudizio potrebbe essere espresso solamente nel caso in cui si volesse addivenire a una semplicistica comparazione tra i contrapposti interessi oggetto della situazione concreta, ovvero la salvaguardia dell'integrità psico-fisica del lavoratore, prevista dagli artt. 2087 cod. civ. e 32 della Costituzione, e la tutela della iniziativa economica imprenditoriale, disciplinata invece dall'art. 41 della Costituzione, che, in ogni caso, sempre a norma dello stesso articolo, deve espletarsi in modo tale da «non recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana».

L'art. 41 della Costituzione stabilisce quindi la presenza di un altro fondamentale diritto, posto a presidio del patrimonio psico-fisico di cui la persona-lavoratore è portatrice, ovvero il diritto alla «sicurezza» (Per un approfondimento di tale tematica si segnala l'interpretazione di Smuraglia, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1974, che analizza il diritto alla sicurezza nella sua duplice accezione: la prima, più ristretta e limitata, si riferisce all'integrità psico-fisica del prestatore e concerne tutti i problemi connessi alla probabilità o possibilità che la stessa sia lesa o esposta a pericolo nell'esercizio dell'attività lavorativa; la seconda, invece, più estesa, si avvicina al campo della sicurezza sociale, riguardando la generale situazione in cui viene a trovarsi il lavoratore subordinato).

Sempre secondo la dottrina la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro, in virtù della lettura combinata degli artt. 32 e 41 della Costituzione, costituiscono beni cardine di rango costituzionale, unitariamente rappresentativi della centralità della persona umana, volti alla sua concreta realizzazione e affermazione giuridica, rispetto ai quali ogni altro valore e interesse deve cedere il passo (In tal senso Smuraglia, *La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, I, p. 415, e ancora Culotta, Di Lecce, *Attività e strumenti di prevenzione, Prevenzione e repressione nella sicurezza e igiene del lavoro*, in *Quaderni del Csm*, Roma, 1988, 22).

Al riguardo, si rileva che un altro autorevole Autore ritiene che tali fondamentali principi di natura costituzionale determinano il primato del diritto alla salute sulla libertà di impresa che «non lascia (o non dovrebbe lasciare) varchi scoperti né aree immuni, comportando che sia l'organizzazione dei mezzi produttivi a dover essere calibrata e costruita a misura d'uomo, e non viceversa» (L. Montuschi, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro tra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *q. Riv.*, n. 4, 2001, p. 503).

2. — *Il caso di specie* — Fatta tale premessa sulle norme fondamentali che interessano la odierna fattispecie, è opportuno esaminare le circostanze in fatto che hanno determinato il convincimento dei giudici in sede cautelare (sia i due giudizi di urgenza che quello in sede di reclamo), al fine di consentire una piena comprensione della vicenda *de qua*.

Questi i fatti di causa. Le ricorrenti hanno convenuto in giudizio la società deducendo di svolgere mansioni di addetta al banco e addetta alla cassa e di prestare attività presso un Autogrill, aperto 24 ore su 24, che adotta un orario di lavoro articolato su

turni. Le lavoratrici, quindi, mediante due distinti ricorsi di urgenza (entrambi accolti e confermati in sede di reclamo), hanno richiesto al Tribunale di Torino l'adozione di un provvedimento di astensione dal lavoro nelle fasce notturne, comprese dalle venti di sera alle sei del mattino, in quanto durante tale fascia oraria, presso la propria sede di lavoro, si sono verificate diverse rapine a mano armata.

In particolar modo, le ricorrenti hanno evidenziato la singolarità della posizione del punto di ristoro ove sono adibite, in quanto a esso è possibile accedere da una strada statale secondaria rispetto all'autostrada, non sbarrata da caselli o da altre entrate presidiate da casellanti ovvero da barriere automatiche. A parere delle ricorrenti, l'anomala ubicazione dell'Autobar lo rende particolarmente vulnerabile poiché, grazie alla possibilità di una facile via di fuga (rappresentata, appunto, da tale strada secondaria che permette di evitare caselli o barriere), favorisce il verificarsi di frequenti rapine.

Le ricorrenti, a sostegno della loro richiesta, hanno quindi evidenziato una carenza strutturale di efficaci misure di prevenzione e vigilanza esterne atte a prevenire detti episodi criminosi, lamentando che le medesime, di fatto, sono state approntate episodicamente e, in particolare, mediante il presidio di guardie giurate davanti al locale solo per pochi giorni. Le dipendenti hanno quindi rappresentato che tali aggressioni hanno causato alle medesime uno stato psicologico di ansia e depressione, peggiorato a seguito delle ultime rapine.

Durante l'istruttoria, particolare importanza ha assunto la testimonianza del responsabile della sicurezza della società, il quale, in sede di sommarie informazioni, ha confermato «l'anomalia geografica» del locale oggetto di causa per essere quello che aveva subito più rapine a livello nazionale negli ultimi tempi, anche in considerazione della sua posizione che consente una via di fuga agevolata.

L'azienda e lo stesso responsabile della sicurezza hanno confermato quindi lo stato dei luoghi descritto dalle attrici e l'alto numero di rapine avvenute negli ultimi tempi. La società, quindi, deducendo di essersi resa conto della particolarità della situazione concreta e della pericolosità del luogo di lavoro, ha sostenuto di aver iniziato ad adottare una serie di misure di sicurezza tese a prevenire tali episodi criminosi. In concreto, l'azienda ha affermato di aver provveduto a installare alcune telecamere e dei fari sul retro del locale, al fine di illuminare meglio la zona, sostenendo, inoltre, di aver fatto presidiare per alcune settimane il punto di ristoro (durante il turno compreso dalle ventidue alle sei del mattino) da una guarda giurata dopo una delle ultime rapine.

Ricostruiti in breve i fatti di causa, il nodo centrale della questione sottoposta al vaglio del Tribunale appare essere il seguente: quale sia il grado di diligenza che l'imprenditore deve osservare al fine di assicurare la tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore, in virtù dell'obbligo contrattuale di prevenzione *ex art.* 2087 cod. civ., che, comunque, esclude una responsabilità oggettiva dell'imprenditore in materia di salute e sicurezza del datore di lavoro.

Al riguardo occorre evidenziare, come difatti è avvenuto nel caso di specie, che, per determinare se il datore di lavoro sia stato o meno diligente e abbia o meno ottemperato ai propri obblighi di sicurezza, è necessario analizzare quali siano le misure di sicurezza adottate dal medesimo con riferimento alla situazione concreta; misure, queste, che dovranno essere tecnologicamente avanzate e prive di vizi, ma, soprattutto, tali da consentire di prevenire quei rischi che l'imprenditore è tenuto a conoscere in ba-

se al principio della «massima sicurezza tecnologicamente possibile», nonché alla stregua della comune esperienza e della normale diligenza *ex art.* 1176 cod. civ.

3. — *I provvedimenti cautelari* — Entrambi i giudici del lavoro di Torino, assunte le sommarie informazioni, e soprattutto a seguito dell'escussione del responsabile della sicurezza della società, hanno ordinato alla società Autogrill Spa «di non utilizzare la ricorrente in turni di lavoro dalle 20 alle 6, fin visto l'esito dell'eventuale giudizio di merito», in quanto, al momento del deposito dei ricorsi di urgenza, le misure approntate non sono risultate adeguate per prevenire gli episodi criminosi.

Secondo i giudici di Torino, il comportamento della società convenuta è risultato illegittimo in quanto posto in violazione dell'art. 2087 cod. civ., che impone al datore la tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore. I giudici, al riguardo, hanno evidenziato che, pur non potendosi pretendere dal datore «l'impossibile», ovvero eliminare il rischio di rapine o di atti di violenza nelle ore notturne, è risultato comunque che «lo stato dei luoghi [...] non è ottimale, sotto il profilo della sicurezza»; circostanza, questa, confermata dal numero alto di rapine e dalla «anomalia» della posizione geografica del punto di ristoro, come riconosciuta dalla stessa azienda e dal suo responsabile della sicurezza.

La società ha proposto reclamo avanti il Collegio, che, tuttavia, ha confermato i provvedimenti di urgenza, ritenendo che, «nel caso di specie, si sono delineati in modo inequivoco due elementi fattuali che consentono di escludere, quanto meno in fase cautelare, una responsabilità oggettiva del datore di lavoro che costituisce la logica conseguenza di quanto appena affermato e affermare invece una responsabilità della società per violazione dell'art. 2087 cod. civ.».

In particolare, si rileva che è risultata determinante, ai fini del convincimento del Collegio, la circostanza (pacifica tra le parti) che il punto di ristoro fosse in una situazione di maggiore esposizione agli episodi criminosi senza che, tuttavia, la società avesse approntato, per prevenirli, «misure di sicurezza più incisive rispetto a quelle adottate ordinariamente in altri locali», limitandosi, invece, a installare misure di sicurezza solo in occasione della presentazione dei ricorsi di urgenza (nella specie alcune telecamere e un faro sul retro).

Il Tribunale, in sede collegiale, in punto di responsabilità *ex art.* 2087 cod. civ., ha quindi ritenuto che «non è la parte che subisce l'inadempimento che deve dimostrare la colpa dell'altra, ma è tenuta ad allegare, come è avvenuto, l'esistenza del fatto materiale e le regole di condotta che assume violate, ma è il datore di lavoro che deve provare che l'impossibilità della prestazione o la non esatta esecuzione della stessa o il pregiudizio che comunque colpisce la controparte derivano da causa a lui non imputabile» (Cass., Sez. lav., sentenza n. 14469 del 7 novembre 2000).

Il Collegio, quindi, preso atto che la società non ha voluto predisporre in maniera permanente un servizio di vigilanza (neanche sino alla fine del giudizio di merito), ha stabilito infine che: «fermo restando che la natura e la tipologia delle misure adottate rientra nella discrezionalità datoriale, l'art. 2087 cod. civ. impone al datore di lavoro l'adozione e il mantenimento delle misure atte a preservare i lavoratori dalla lesione dell'integrità psico-fisica in ambiente di lavoro e in costanza dello stesso tanto più in relazione alla frequenza assunta dalla attività criminosa di terzi rispetto a una certa attività (*Ex multis*, Cass., Sez. lav., sentenza n. 4012 del 20 aprile 1998)».

In particolare, il Collegio, dopo aver accertato che il datore non ha predisposto tutte le misure necessarie a evitare eventuali danni a carico dei lavoratori, ha censurato il comportamento datoriale che neanche si è premurato di dedurre di aver attuato tutte le misure idonee a prevenire i rischi, limitandosi invece a impostare la propria tesi difensiva sulla circostanza relativa all'impossibilità di predisporre «misure diverse da quelle fino a ora adottate [che] risulterebbero antieconomiche».

Come fin qui evidenziato, il Tribunale ha valutato le misure di sicurezza poste in essere dal datore di lavoro proprio in termini di congruità delle medesime con il caso concreto, non ritenendole, appunto, sufficienti e adeguate sulla base di un'interpretazione esegetica che fa leva sui principi cardine del sistema antinfortunistico, ovvero, da una parte, l'accezione ampia delle tutele che il datore di lavoro può e deve adottare in base agli obblighi nascenti dall'art. 2087 cod. civ., in quanto norma perfetta e aperta ai mutamenti economico-sociali (In tal senso L. Montuschi, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in q. Riv., 2001, n. 4, pp. 501 ss.), e, dall'altra, la regola, ormai consolidata in giurisprudenza (anche se non espressamente richiamata nei provvedimenti di specie), che obbliga il datore di lavoro a realizzare sul luogo di lavoro la «massima sicurezza tecnologicamente possibile», che rappresenta un criterio di automatico adeguamento dell'intero sistema prevenzionale all'evoluzione tecnologica (In tal senso G. Loy, *Linee di tendenza della normativa italiana in materia di tutela della salute*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Torino, Utet, 1993, n. 14. Secondo Natullo, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Torino, 1995, p. 5: «La norma del codice si pone come zoccolo duro dell'intero complesso normativo della disciplina della sicurezza sul lavoro. Della quale costituisce una chiave di lettura fondamentale e un sostegno indispensabile»).

La «massima sicurezza tecnologicamente possibile» risulta essere pertanto l'obiettivo verso cui il datore deve tendere al fine di soddisfare l'esigenza di colmare le carenze di tutela dovute ai fenomeni di obsolescenza normativa o, più semplicemente, all'assenza di regolamentazione giuridica specifica (Così M. Franco, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, Angeli, Milano, 1995, pp. 29 ss.).

4. — *I precedenti della giurisprudenza* — Le decisioni in commento si inseriscono così nell'ambito di un consolidato orientamento della giurisprudenza in merito alla questione di danni alla salute provocati al lavoratore a causa della attività criminosa di terzi (giurisprudenza peraltro richiamata anche dallo stesso Collegio). Le stesse risultano di particolare interesse in quanto il caso concreto appare essere diverso (ovvero problematiche conseguenti a rapine in Autogrill) rispetto ai precedenti giurisprudenziali, che, a quanto consta, riguardano principalmente rapine compiute nei confronti di istituti di credito, di caselli autostradali e di uffici postali.

Sul punto, si rileva che la prima sentenza che si è occupata analiticamente della fattispecie riguardante la prevenzione dei rischi connessi all'ambiente lavorativo, in particolar modo quelli da rapine, risulta essere la pronuncia di Cassazione n. 5048 del 1988 (In *Giust. civ.*, 1988, II, p. 2868, con nota di V. Marino, *Sul confine tra inadempimento della obbligazione di sicurezza e oggettivazione della responsabilità per danno ai dipendenti*), che, infatti, attraverso un'analisi dettagliata delle norme adattabili al caso concreto, ha sviluppato le tematiche dei problemi relativi alla sicurezza sul lavoro correlati a situazioni di ordine pubblico e criminalità.

La sentenza di Cassazione n. 5048 del 1988 riveste particolare importanza proprio per aver espresso una attenta funzione ermeneutica nei confronti di una fattispecie concreta, ovvero la protezione dei dipendenti da aggressioni criminose di terzi, non ancora salvaguardata dal legislatore, ritenendo di dover tutelare «quegli interessi emergenti che non sono stati ancora considerati e valutati dal legislatore alla cui inevitabile lentezza l'ordinamento stesso è in grado di sopperire con la predisposizione di clausole generali, nella cui volutamente lata e indeterminata formulazione l'interprete, in sede dottrinarica come in sede giurisprudenziale, può appunto cogliere già nel loro nascere nuove esigenze meritevoli di tutela e attribuire loro (ove appaia consentito alla stregua dell'ordinamento, dal suo insieme e in primo luogo sulla base dei principi costituzionali), veste e dignità di posizioni soggettive tutelate. È significativo il fatto che i nuovi interessi trovino frequentemente un loro referente normativo nella Carta costituzionale, nei cui enunciati spesso è dato rinvenire posizioni soggettive *in nuce*, o non ancora compiutamente disciplinate dal legislatore ordinario, che peraltro consentono un flessibile adeguamento dell'ordinamento alla realtà sociale».

Partendo da tali importanti principi interpretativi, la summenzionata sentenza della Cassazione ha evidenziato il valore di clausola generale dell'art. 2087 cod. civ. richiamando i principi espressi dalla Corte Costituzionale, che, con sentenza n. 559 del 18 dicembre 1987, ha riconosciuto il valore primario assegnato al diritto alla salute dall'articolo 32 della Costituzione ove «la salute rileva come posizione soggettiva autonoma, e che, nell'ambito della generale garanzia assicurata a tutti i cittadini, una tutela privilegiata spetta ai lavoratori, nei cui confronti essa si svolge tanto sotto il profilo sanitario che sotto quello economico [...] con l'imposizione all'imprenditore di un rigoroso dovere di garantire la sicurezza dei lavoratori (art. 2087 cod. civ.), che si pone come condizione per il legittimo esplicarsi dell'iniziativa economica privata (art. 41, comma 2, Cost.)».

La Cassazione, conseguentemente, prendendo spunto dai concetti espressi dalla Corte Costituzionale e avendo come riferimento il «punto di equilibrio tra i contrapposti interessi», ha ritenuto che fosse necessariamente correlato al rischio di impresa un dovere di protezione che comporta «che debba essere l'imprenditore a valutare se l'attività della sua azienda presenti rischi *extra-lavorativi* di fronte al cui prevedibile verificarsi insorga il suo obbligo di prevenzione. Obbligo che, proprio alla stregua dei dati di esperienza (che includono anche parametri di frequenza statistica generale, per tipo di attività, o particolare con riferimento alla singola unità produttiva), avrà un contenuto non teorizzabile *a priori*, ma ben individuabile nella realtà alla stregua delle tecniche di sicurezza comunemente adottate. Trattasi di una obbligazione *ex lege* accessoria e collaterale rispetto a quelle principali proprie del rapporto di lavoro, come tale involgente la diligenza nell'adempimento *ex art.* 1176 cod. civ., eventualmente correlata alla natura dell'attività esercitata, e comunque improntata nella sua esecuzione a quei criteri di comportamento delle parti di ogni rapporto obbligatorio costituiti, *ex art.* 1175 e 1375 cod. civ., dalla correttezza e buona fede, ormai ampiamente valorizzati dalla giurisprudenza».

La questione è stata poi affrontata anche da successive sentenze della Corte di Cassazione (Tra le quali: Cass. 17 luglio 1992, n. 8724, in q. *Riv.*, 1992, p. 988, con nota di F. Petracci, *Rapina negli Istituti di credito e tutela della salute*; Cass. 3 settembre 1997, n. 8422, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 79, con nota di V. Marino, *La*

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

Quest'ultima interpretazione specifica ulteriormente che la disposizione contenuta dall'art. 2087 cod. civ. deve coordinarsi necessariamente con l'art. 1176 cod. civ.; e, infatti, tale articolo, stabilendo il parametro della diligenza che deve usare il debitore nell'adempimento dell'obbligazione, detta indirettamente tale obbligo per il debitore che eserciti «un'attività professionale», quale è l'imprenditore secondo lo stesso codice civile. Il prestatore di lavoro, nella prospettiva del combinato disposto degli artt. 2087 e 1176 cod. civ., acquisterebbe la figura specifica di «creditore di sicurezza», e la diligenza in questione, dovuta, appunto, dall'imprenditore, si qualifica nella predisposizione delle misure di sicurezza caratterizzate dal disposto dell'art. 2087 cod. civ. (In tal senso C. Smuraglia, *Evoluzione del quadro normativo. Esperienze attuative e prospettive*, in q. *Riv.*, 2001, 4, p. 465).

Sul punto si evidenzia ancora che secondo la dottrina «la genericità del precetto ex art. 2087 cod. civ. rappresenta la base legale della pretesa, a carico del datore di lavoro, di una diligenza che deve essere particolarmente qualificata, in specificazione del dovere di cui all'art. 1176 cod. civ., al fine dell'individuazione, in materia *de qua*, del «buon imprenditore» e della connessa delimitazione dei profili di colpa a lui imputabili» (Marino, *La minimizzazione del rischio sui luoghi di lavoro nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 30).

5. — *Considerazioni conclusive* — Allo stato di quanto fin qui argomentato, si può affermare che, in virtù della prevalenza, costituzionalmente sancita, del diritto alla salute sulla libertà di iniziativa economica, la tutela dell'integrità psico-fisica del dipendente sui luoghi di lavoro rappresenta un vero e proprio diritto soggettivo assoluto che obbliga l'imprenditore (in virtù del combinato disposto degli articoli 32 e 41 della Costituzione, nonché degli artt. 2087 e 1176 cod. civ.) a compiere e apprestare tutto quanto è necessario per rendere sicuro l'ambiente e le condizioni di lavoro.

Il datore di lavoro, in virtù della clausola generale di sicurezza, ha quindi l'onere di prevenire anche eventuali fattori di rischio provocati da aggressioni criminose provenienti da soggetti terzi, dovendo tener conto, nell'attuare le misure di prevenzione, non solo delle comuni tecniche già allestite, ma anche delle regole imposte dalla comune prudenza che gli impongono, proprio in base al principio della «massima sicurezza possibile», di valutare e prevenire i pericoli anche in relazione alla situazione concreta che di volta in volta gli si rappresenta.

Il principio di diritto che si ricava nella presente fattispecie è quindi il seguente: il datore di lavoro ha l'obbligo di predisporre misure di sicurezza idonee a tutelare i lavoratori da eventuali lesioni alla loro integrità psico-fisica, dovendo il medesimo preservare i dipendenti anche da una possibile attività criminosa di terzi; ciò a prescindere da criteri di fattibilità economica.

Michelangelo Salvagni

*Specializzato in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza sociale
presso l'Università degli Studi di Roma «La Sapienza»*

TRIBUNALE BOLOGNA, 8 febbraio 2008 – Est. Della Casa – M. F. (avv.ti Passante e Gavaudan) c. Telecom Italia Spa (avv.ti Chiello e Pozzoli).

Somministrazione di lavoro – Specificazione delle causali – Necessità – Specificazione mediante rinvio alla contrattazione collettiva – Insufficienza – Sanzioni – Nullità.

Somministrazione di lavoro – Forma – Contenuto vincolato – Omissione – Sanzioni – Nullità – Possibilità di integrazione – Esclusione.

Le clausole contenute nei contratti collettivi aventi struttura di clausola generale richiedono di essere specificate in relazione al singolo contratto di somministrazione, con deduzione della situazione che lo giustifica; la mera ripetizione della clausola contrattuale – ovvero l'uso di formule lessicali che per la loro genericità risultano prive di qualsiasi capacità descrittiva delle ragioni del ricorso al lavoro somministrato – non è sufficiente a sancire la legittimità del contratto. (1)

L'articolo 21, d.lgs. n. 276/03, richiede che nel contratto di somministrazione siano indicate le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che hanno giustificato il ricorso al lavoro somministrato; si tratta di un requisito di contenuto-forma del contratto, dalla cui omissione deriva, ai sensi del comma 4 del medesimo articolo, la nullità del contratto di somministrazione e la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore. (2)

(*Omissis*)

M. F. ha esposto in ricorso di essere stato assunto da Worknet Agenzia per il lavoro Spa, con contratto di somministrazione di lavoro a termine dal 12 ottobre 2004 al 11 aprile 2005, e di essere stato posto a disposizione di Telecom Italia Mobile Spa quale addetto al *customer service*. Il contratto era prorogato con lettera in data 11 aprile 2005, sino al 11 ottobre 2005 il ricorrente era addetto alla gestione dei rapporti contrattuali con la clientela *cd. business*, definendo le pratiche aperte a seguito delle chiamate effettuate dai clienti al *call center* della società (*cd. back office*).

Nel corso dello svolgimento del rapporto Telecom Italia Mobile ha ceduto l'azienda, e quindi anche il contratto di somministrazione di lavoro del ricorrente, a Tim Italia Spa, la quale poi è stata incorporata in Telecom Italia Spa.

Il ricorrente ha chiesto dichiararsi nulli i contratti di lavoro intercorsi con Worknet Agenzia per il lavoro Spa e accertarsi che tra lo stesso ricorrente e Telecom Italia Mobile Spa si è costituito un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con decorso dalla data di inizio del primo contratto.

Ha convenuto in giudizio Telecom Italia Mobile, società utilizzatrice in origine delle sue prestazioni, e Telecom Italia Spa, società attuale titolare dell'azienda.

Telecom Italia Mobile Spa si è costituita in giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso e sostenendo l'esistenza di ragioni giustificanti il ricorso alla somministrazione di lavoro, rappresentate dalla variabilità del traffico telefonico, non prevedibile e condizionata dal comportamento degli utenti, oltre che influenzata dall'evolversi dei prodotti e dei servizi offerti; ha richiamato al riguardo la clausola della contrattazione collettiva che ammetteva il ricorso al lavoro temporaneo per il caso di situazioni contingenti e non consolidabili; ha dedotto che nel contratto di somministrazione era specificato il motivo che giustificava il ricorso al lavoro temporaneo.

Deve rilevarsi che l'articolo 1, comma 2, legge n. 196/97, prevede che il contratto di fornitura di lavoro temporaneo tra impresa fornitrice e impresa utilizzatrice possa essere concluso nei casi previsti dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice; nei casi di temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali; nei casi di sostituzione di lavoratori assenti.

Secondo Tim Italia la fattispecie che qui viene in considerazione è quella formulata in sede di accordo collettivo con le organizzazioni sindacali, e più precisamente l'ipotesi ivi prevista come «fabbisogni di maggiore organico connessi a situazioni di mercato congiunturali e non consolidabili». Questa causale è esattamente riprodotta, senza ulteriori specificazioni, nell'originario contratto di somministrazione intercorso tra Worknet e Telecom Italia Mobile.

Va altresì premesso che, ai sensi dell'art. 86, comma 3, d.lgs. n. 276/03, le clausole dei contratti collettivi stipulate ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a, legge n. 196/97, in vigore alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 276/03, mantengono la loro efficacia fino alla data di scadenza con riferimento alla determinazione per via contrattuale delle esigenze di lavoro temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine. Le parti concordano nell'indicare come ancora in vigore, alla data dell'inizio del rapporto con il ricorrente, il contratto collettivo sopra richiamato.

È dunque con riguardo alle causali in esso previste che deve essere valutata la validità del contratto di somministrazione del lavoro del ricorrente.

La clausola riportata nel contratto collettivo è chiaramente una clausola generale, che richiede di essere specificata in relazione al singolo contratto di fornitura, con deduzione della situazione che lo giustifica.

Ed è altresì evidente che la mera ripetizione della clausola contrattuale – ovvero l'uso di formule lessicali che per la loro genericità risultano prive di

qualsiasi capacità descrittiva delle ragioni del ricorso al lavoro temporaneo –, non è sufficiente a sancirne la sua legittimità.

L'articolo 21, d.lgs. n. 276/03, richiede che nel contratto di somministrazione siano indicate le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che hanno giustificato il ricorso al lavoro somministrato; si tratta di un requisito di contenuto-forma del contratto, dalla cui omissione deriva, ai sensi del comma 4 del medesimo articolo, la nullità del contratto di somministrazione e la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore.

Il convenuto sostiene in ricorso che le ragioni produttive che hanno giustificato il ricorso al lavoro somministrato erano rappresentate «dal lancio sul mercato di una serie di nuovi prodotti di importanza strategica tra cui i servizi Edge..., i prodotti Maxxi Tim Web Facile... ecc.», e dalla conseguente necessità di integrare il *call center* per le attività di *back office* collegate alle citate nuove promozioni».

Queste ragioni, che in astratto possono giustificare a termini di legge e di contratto collettivo il ricorso al lavoro somministrato, avrebbero dovuto, a pena di nullità, essere indicate nel contratto di somministrazione, e non solo dedotte *a posteriori*.

Come detto, la clausola della contrattazione collettiva è, infatti, un *a priori* logico e temporale della fattispecie che si realizza al momento della somministrazione del lavoro, e quindi la sua ripetizione non fornisce alcuna informazione in ordine ai motivi concreti che furono alla base di quest'ultima.

Deve quindi farsi applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 21, d.lgs. n. 276/03, e dichiararsi la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato tra le parti a partire dal 12 ottobre 2004.

(*Omissis*)

Per questi motivi,

il giudice, definitivamente decidendo, ogni diversa domanda ed eccezione rigettata,

dichiara nullo il contratto di somministrazione di lavoro intercorso tra Worknet Agenzia per il lavoro Spa e Telecom Italia Spa in relazione ai fatti per cui è causa, e dichiara che M. F. deve essere considerato lavoratore subordinato, dalla data del 12 ottobre 2004, di Telecom Italia Mobile Spa, oggi Telecom Italia Spa, alle stesse condizioni riportate nel contratto stipulato con Worknet Agenzia per il lavoro Spa;

ordina a Telecom Italia Spa di reintegrare M. F. nel posto di lavoro precedentemente occupato e la condanna a corrispondergli le retribuzioni maturate dalla cassazione del rapporto all'effettiva ricostruzione, nella misura mensile di euro 1.234,28 (*Omissis*)

(1-2) LA NECESSARIA SPECIFICAZIONE DELLE CAUSE CHE LEGITTIMANO
IL RICORSO ALLA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

La sentenza in esame risolve un'interessante questione relativa alla nullità del contratto di somministrazione di manodopera, disciplinato dagli articoli 20 ss., d.lgs. n. 276/03, per carenze formali derivanti da insufficiente specificazione (nel contratto commerciale tra agenzia di somministrazione e utilizzatore) delle causali che consentono il ricorso a tale contratto.

1. — Nel caso in esame il ricorrente assumeva, non contestato, di aver svolto le mansioni di addetto al *customer service* a favore dell'utilizzatrice Telecom Italia Mobile Spa, della Tim Italia Spa, prima cessionaria, e, infine, a favore della Telecom Italia Spa, che incorporava Tim Italia Spa. Risulta, infatti, che il ricorrente era stato assunto dalla Worknet Agenzia per il lavoro Spa con contratto a tempo determinato dal 12 ottobre 2004 al 11 aprile 2005; a seguito di lettera datata 11 aprile 2005 detto contratto veniva prorogato fino al 11 ottobre 2008. Venivano convenuti in giudizio la prima società utilizzatrice, Telecom Italia Mobile Spa, e l'ultima titolare del contratto di somministrazione di lavoro, Telecom Italia Spa, che restava contumace, al fine di sentir dichiarare la nullità dei contratti di lavoro intercorsi con la Worknet Agenzia per il lavoro Spa e accertare l'esistenza di un contratto di lavoro a tempo indeterminato tra il ricorrente e Telecom Italia Mobile Spa (ora Telecom Italia Spa) a far data dal primo contratto. Si costituiva Telecom Italia Mobile Spa, la quale chiedeva il rigetto del ricorso sostenendo l'esistenza di ragioni che giustificavano la stipulazione del contratto di somministrazione di lavoro, richiamando la contrattazione collettiva applicabile che consentiva il ricorso alla somministrazione di lavoro, ai sensi della disciplina transitoria prevista dall'articolo 86, comma 3, d.lgs. n. 276/03, in presenza di «fabbisogni di maggiore organico connessi a situazioni di mercato congiunturali e non consolidabili»; formula, questa, esattamente riprodotta nel contratto di somministrazione.

2. — La fattispecie somministrazione di lavoro è sicuramente «complessa» [Vedi V. Leccese, V. Pinto, *Artt. 1-11 – Osservazioni in tema di lavoro temporaneo*, in E. Ghera (a cura di), *Occupazione e flessibilità*, Napoli, 1998, p. 1: l'espressione si riferisce al lavoro temporaneo, ma può ben valere anche per la somministrazione di lavoro], nel senso che in luogo della tradizionale «trasparenza» (G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano, 1995) nei rapporti di lavoro, voluta dal legislatore del 1960 in tema di divieto di interposizione di manodopera (O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979), si è oggi in presenza di un rapporto trilatero o di più rapporti bilaterali, agenzia-utilizzatore, agenzia-lavoratore, utilizzatore-lavoratore; tali contratti sono collegati [V. Speciale, *Art. 20. Condizioni di liceità*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2004, p. 304; S. Ciucciiovino, *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare e regime di solidarietà*, in M. T. Carinci, C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Titoli III e IV – Artt. 20-32, II, Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Milano, 2004, pp. 98 ss.; G. Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2004, pp. 157

ss.; contrario alla ricostruzione dei rapporti tra contratto commerciale e contratto di lavoro in termini di collegamenti negoziali A. Nicolai *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Torino, 2003, pp. 180 ss.; di autonomia genetica e funzionale tra i due contratti parla P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, Artt. 20-29, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro, commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, p. 291, M. T. Carinci, *La somministrazione irregolare, anzi illecita*, in M. T. Carinci, C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Titoli III e IV-Artt. 20-32, II, Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Milano, 2004, p. 169] e si condizionano a vicenda, e, a motivo della loro diversità strutturale, sembrano rispondere ed essere regolati da principi diversi.

Nelle complesse vicende della somministrazione di lavoro, infatti, a un contratto di natura prettamente commerciale concluso tra agenzia e utilizzatore si affianca un contratto di lavoro concluso tra l'agenzia e il lavoratore somministrato; il primo certamente si inserisce in uno schema di rapporti paritari, mentre il secondo, il contratto di lavoro, deve confrontarsi con disposizioni costituzionali e comunitarie strutturalmente preordinate ad altre finalità [P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/03*, Cacucci, Bari, 2006, p. 121, e ivi riferimenti bibliografici].

Tuttavia, nonostante l'abrogazione della legge n. 1369/1960, lo schema trasparente rimane la forma normale di rapporto di lavoro *ex art.* 2094 cod. civ., mentre i rapporti che si discostano dal tipo contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, al limite con la scissione tra l'utilizzatore e il soggetto al quale formalmente imputare il contratto di lavoro, devono essere considerati come eccezioni; infatti, in tema di contratto a tempo determinato la Suprema Corte, già nel 2002, individuando una sorta di «meta-criterio interpretativo della legge» (A. Ricciardi, *La Corte di Cassazione e il lavoro a termine*, nota a Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, in q. *Riv.*, 2003, I, pp. 49 ss., in particolare p. 62), ha affermato che il «termine costituisce deroga di un generale sottinteso principio: il contratto di lavoro subordinato, per sua natura, non è a termine», dovendo altresì ritenersi «la natura eccezionale dell'istituto» (Corte d'App. Firenze 11 luglio 2006, n. 959, in q. *Riv.*, 2007, n. 3, p. 459, con nota di L. Menghini, *Contratto a termine, sue finalità, costituzione, contrattazione collettiva e poteri del giudice*); in tema di somministrazione, le Sezioni Unite hanno affermato che «la disciplina [riferimento al d.lgs. n. 276/03 in materia di somministrazione di lavoro] pur presentandosi come una innovazione si configura [...] anche nell'attuale assetto normativo come una eccezione» (Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, in q. *Riv.*, 2007, n. 1, p. 23).

3. — L'articolo 21, comma 1, lett. *c*, d.lgs. n. 276/03, dispone che il contratto (commerciale) di somministrazione di lavoro sia stipulato in forma scritta e contenga tra l'altro «i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20».

L'articolo 20, comma 3, d.lgs. n. 276/03, alla lett. *i* consentiva il ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato (contratto abolito a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 1, comma 46, legge n. 247/2007), oltre che per le causali indicate dalla lettera *a* alla lettera *b* dello stesso, anche «in tutti gli altri casi previsti dai con-

tratti collettivi di lavoro nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative»; mentre per la somministrazione di lavoro a tempo determinato deve farsi riferimento all'articolo 20, comma 4, d.lgs. n. 276/03, che ne consente la stipulazione a «fronte di ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore».

Per la contrattazione collettiva applicabile le parti facevano riferimento al contratto collettivo nazionale di lavoro per le imprese esercenti servizi di telecomunicazioni del 28 giugno 2000, art. 17, e in particolare al comma 2, lett. *f*, che consentiva il ricorso al lavoro interinale (ora lavoro somministrato) per «fabbisogni di maggiore organico connessi a situazioni di mercato congiunturali e non consolidabili», la cui efficacia, oltre che non contestata da alcuna delle parti, è anche prevista dall'articolo 86, comma 3, d.lgs. n. 276/03, che dispone, seppur in via temporanea, l'ultrattività della contrattazione collettiva anche alla somministrazione di lavoro delle ipotesi in essa individuate in cui era lecito il ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo *ex* d.lgs. n. 196/97.

«In mancanza di forma scritta», ai sensi dell'articolo 21, comma 4, d.lgs. n. 276/03, «il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore». Nella formulazione anteriore al d.lgs. n. 251/04, la nullità era prevista soltanto per la mancanza degli elementi di cui alle lettere da *a* a *e* del comma 1 dello stesso articolo.

L'articolo 27 del d.lgs. n. 276/03, rubricato «Somministrazione irregolare», stabilisce, al comma 1, che «quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere *a*, *b*, *c*, *d* ed *e*, il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione»; il comma 3 prevede che «ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative e produttive che spettano all'utilizzatore».

4. — Nella sentenza del Tribunale di Bologna viene in rilievo, *prima facie*, come *ratio decidendi* la necessità della specificazione, già nel contratto di somministrazione di lavoro, delle ragioni concrete che legittimano il ricorso al contratto stesso; diversamente, nel contratto di fornitura di lavoro temporaneo, *ex* art. 1, comma 5, d.lgs. n. 196/97, le ragioni che giustificavano il ricorso a tale tipologia non erano tra gli elementi da indicare necessariamente a pena di nullità; tuttavia «i motivi di ricorso alla fornitura di prestazione di lavoro temporaneo» (art. 3, comma 3, lett. *a*, d.lgs. n. 196/97) dovevano essere indicati nel contratto per prestazioni di lavoro temporaneo.

La giurisprudenza aveva già affermato, anche per il lavoro temporaneo, l'insufficienza della riproposizione delle causali previste dalla contrattazione collettiva, che «costituiscono delle clausole di ordine generale che richiedono di essere poi specificate in relazione al singolo contratto di fornitura con indicazione della effettiva e concreta si-

tuzione che lo giustifica [ritenendo] che la mera ripetizione della ipotesi contemplata astrattamente dalla clausola contrattuale – ovvero l'uso di formule lessicali che per la loro genericità sono prive di qualsiasi capacità descrittiva dei motivi di ricorso al lavoro temporaneo – non sia sufficiente a sancirne la legittimità» [Trib. Padova 13 ottobre 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 4, II, p. 831, con nota (critica) di M. Emanuele, *Contratto di prestazioni di lavoro temporaneo e specificazione delle causali giustificative*].

Il giudice bolognese afferma che la clausola prevista dai contratti collettivi non possa avere la funzione di validazione del contratto sottoscritto (In tema di contratto di lavoro a termine Corte d'App. Firenze 11 luglio 2006, n. 959, in q. *Riv.*, 2007, n. 3, p. 459, in particolare p. 471, con nota di L. Menghini, *Contratto a termine, sue finalità, costituzione, contrattazione collettiva e poteri del giudice*, cit.), ma, al contrario, si pone come regola generale, al pari della previsione legislativa, cui la causa concreta deve poter essere ricondotta; svolge, dunque, in termini aristotelici, la funzione di premessa maggiore.

La pronuncia in esame sembra allinearsi a quell'orientamento dottrinale secondo cui la semplice riproposizione della formula utilizzata dal legislatore o dalla contrattazione collettiva non è sufficiente a integrare l'indicazione dei «casi e delle ragioni di carattere tecnico-organizzativo» per la legittima stipulazione di un contratto di somministrazione di lavoro, richiedendo, invece, un certo grado di specificità e di completezza «senza risolversi in dichiarazioni generiche e in clausole di stile» [P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, cit., p. 137].

Nel caso portato all'attenzione del Tribunale la dichiarazione di nullità del contratto di somministrazione è conseguenza non della mancata ricorrenza in astratto di «fabbisogni di maggiore organico connessi a situazioni di mercato congiunturali e non consolidabili», che, anzi, per come articolati nelle difese del convenuto, sembrano sussistenti e sufficienti «a giustificare a termini di legge e di contratto collettivo il ricorso al lavoro somministrato», ma della assoluta mancanza di tali elementi (che non sono stati specificati, e neppure sommariamente indicati) nel contratto di somministrazione di lavoro, il cui contenuto sul punto è limitato alla riproposizione della clausola generale indicata nel contratto collettivo applicabile.

Il ricorso al contratto di somministrazione di lavoro è consentito solo in presenza di determinati casi e ragioni giustificatrici che devono essere indicati in modo sufficientemente specifico, *ex ante*, già nel contratto al fine di consentire il controllo e la corrispondenza delle singole ipotesi alle predeterminate previsioni di legge e/o del contratto collettivo. La giurisprudenza di merito sembra condividere l'impostazione che richiede l'indicazione specifica dei casi e delle ragioni (in concreto) che giustificano il ricorso a tale fattispecie contrattuale, dalla quale risulti effettivo il rapporto causale tra l'esigenza dedotta, che deve essere altresì provata dall'utilizzatore (Trib. Milano 12 ottobre 2006, in *Dir. lav.*, 2007, 2, p. 414), e l'assunzione del lavoratore (Trib. Milano 9 dicembre 2006, in *Dir. lav.*, 2007, 1, p. 126, con nota di G. Cordedda, *Le ragioni che legittimano il ricorso alla somministrazione di lavoro a termine: onere probatorio del soggetto utilizzatore e poteri di accertamento del giudice*).

Nell'ambito di un diverso filone interpretativo, o perlomeno meno rigoroso e più sfumato, sembra porsi la pronuncia della Corte d'Appello di Firenze n. 1467/07 (inedita), che valorizza l'espressione «picco di produzione». In realtà l'espressione utilizza-

ta in tale caso è molto ampia, al limite anche generica, certamente, però, non tale da essere equiparata a una clausola generale, e può, al limite, considerarsi come una indicazione qualificabile come «esigenze di carattere tecnico, organizzativo o produttivo». Tuttavia la decisione sembra essere riferita, in relazione allo specifico *thema decidendum* ricostruito dal giudice, alla legittimità del contratto di lavoro, e non anche al contratto di somministrazione di lavoro.

E, tuttavia, la stessa Corte d'Appello di Firenze, appena un anno prima, in relazione al contratto di lavoro a tempo determinato *ex d.lgs. n. 368/01* aveva affermato «l'esigenza di specificare nell'atto scritto le ragioni riconducibili alla clausola generale, introduc[en]do, dunque, un obbligo motivazionale che si risolve nel dare concretezza alle enunciazioni astratte di cui al comma 1 e perciò nel descrivere non già la mera causale ma la causa dell'apposizione del termine». Proseguiva poi affermando «l'obbligo di enunciare per iscritto la motivazione sulla causa al fine di consentire la verifica di corrispondenza all'assunzione realizza[ndo], così, un sistema di controllo giudiziale ancora più rigoroso rispetto a quello esigibile nell'astratto concorso delle ipotesi derogatorie di cui alla abrogata legge n. 230/62...». Conseguentemente deduceva che «l'obbligo di motivazione specifico e concreto appare coerente con l'enunciazione di una clausola generale che consente l'apposizione del termine per ragioni oggettive di tipo organizzativo, produttivo o sostitutivo» (Corte d'App. Firenze 30 maggio 2005, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 1, p. 111, con nota di P. Albi, *Le ragioni oggettive che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato*).

Confermando la posizione giurisprudenziale emersa in tema di contratti di lavoro a termine, anche per il contratto di somministrazione è richiesto che il contratto sia completo dall'origine, non potendo essere integrato e completato con l'indicazione di motivi ulteriori anche fittizi [Trib. Milano 29 agosto 2005, in *D&L*, 2005, p. 743, con nota di G. Moro, *Specificazione dei motivi di apposizione del termine e (altre ipotesi di) conversione del rapporto a tempo indeterminato*].

Si è inoltre sostenuta la possibilità di ricavare, per via interpretativa, un preciso diritto del lavoratore a ricevere una copia del contratto di somministrazione «funzionale a controllare [...] la corrispondenza fra quanto realmente pattuito e quanto al lavoratore comunicato e, di conseguenza, la concreta sussistenza degli elementi prescritti per la regolarità della somministrazione» (L. Zappalà, *La forma nel contratto di somministrazione*, in *WP Massimo D'Antona*, in *www.lexunict.it*, n. 39/08).

In tema di contratto di lavoro a tempo determinato, che presenta analoghi problemi interpretativi in ordine alle necessità o meno della specificazione delle ragioni che giustificano l'apposizione del termine, la giurisprudenza di merito (Trib. Firenze 10 febbraio 2005, in *Foro Toscano*, 2005, p. 347, con nota di A. Alvaro, *Sul contenuto della clausola appositiva del termine al contratto a tempo determinato*) ha ritenuto non sufficientemente specificata la motivazione «commissioni di lavoro straordinario», mentre altro Tribunale (Trib. Pavia 12 aprile 2005, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 260, con nota di G. Ludovico, *Sui requisiti sostanziali e formali richiesti per l'apposizione del termine al contratto di lavoro e sulla loro autonomia*) ha ritenuto sufficientemente specificata la motivazione «accresciuto numero di servizi temporanei dovuti ai ben conosciuti accadimenti internazionali».

Similmente, in tema di licenziamento, che è atto unilaterale recettizio (E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 2006, p. 179) che «si caratterizza per il motivo» (Trib. Milano

10 settembre 2001, in *Lav. giur.*, 2002, 2, p. 688), la giurisprudenza ha affermato l'insufficienza della riproposizione delle formule utilizzate dal legislatore a integrare in alcun modo la motivazione dello stesso (Cfr. Corte d'App. Potenza 4 dicembre 2003, in *Dir. lav.*, 2004, p. 197) e la necessità che la stessa sia, al contrario, «sufficientemente specifica e completa, ossia tale da consentire al lavoratore di individuare con chiarezza e precisione la causa del licenziamento sì da poter esercitare un'adeguata difesa svolgendo idonee osservazioni e giustificazioni» (Cass. 18 giugno 1998, n. 6091, in *Mcq.*, 1998, p. 1349; Cass. 20 maggio 2002, n. 7316, in *Mcq.*, 2002, p. 874), e consentendo, inoltre, l'allegazione solo di ulteriori elementi solo specificativi del fatto contestato, in sede giudiziale, non fatti nuovi e diversi.

5. — L'articolo 21, ultimo comma, richiede la forma scritta del contratto di somministrazione di lavoro a pena di nullità; dunque il requisito formale è esplicitamente richiesto *ad substantiam*.

Nella formulazione precedente al d.lgs. n. 251/04 il requisito formale *ad substantiam* era richiesto esclusivamente per gli elementi indicati dalle lettere da *a* a *e* dell'articolo 20 del d.lgs. n. 276/03, individuando così un diverso regime sanzionatorio, più grave per la mancanza della forma scritta relativamente agli elementi precedentemente indicati (nullità del contratto), meno grave per la mancanza degli ulteriori elementi richiesti dall'articolo 20 del d.lgs. n. 276/03 (sanzione pecuniaria *ex art.* 18, comma 3, d.lgs. n. 276/03) [V. Speciale, *Art. 20. Condizioni di liceità*, in E. Gagnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro a i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, cit., p. 300; F. Bano, *La somministrazione di lavoro*, in E. Gagnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro a i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, Padova, 2004, p. 337]. La nuova formulazione, eliminando l'espressa distinzione tra clausole necessarie *ad substantiam* e mere irregolarità, potrebbe essere interpretata come diretta a limitare la sanzione della nullità alle sole ipotesi di mancanza assoluta del documento (M. Tiraboschi, *La riforma Biagi dopo lo schema di decreto legislativo correttivo*, in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, 2004, n. 25, p. 27) anche in applicazione del principio generale della libertà di forme. Tuttavia tale soluzione interpretativa è fondata su un principio non unanimemente condiviso, e inoltre si risolve nella sostanziale negazione delle finalità che si possono ricollegare al requisito della forma vincolata.

Dimostrata la fallacia del preteso principio, immanente all'ordinamento, della libertà di forme sotto il profilo strutturale [N. Irti, *Idola Libertatis – Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, ma già prima, in qualche modo, R. Sacco, *Il contratto*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di Diritto civile italiano*, Torino, 1975, pp. 419 ss.] con l'individuazione di due distinte strutture contrattuali, l'una debole (priva della previsione in ordine a una specifica forma), l'altra forte (nella quale agli elementi comuni con la struttura debole, accordo, causa, oggetto, si affianca anche la prescrizione in ordine a una specifica previsione in tema di forma), ne consegue la erroneità della ricostruzione complessiva in termini di regola/eccezione [In senso contrario B. Grasso, *La forma tra «regola» ed «eccezione» (a proposito di un libro recente)*, in *Rdc*, 1986, pp. 50 ss.; per una posizione intermedia G. B. Ferri, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, 1987, pp. 322 ss.; per P. Schlesinger, *Problemi intorno alla trasparenza*

bancaria, in *Corr. giur.*, 1989, pp. 229 ss., la previsione della forma vincolata è altresì da considerarsi come limite penetrante all'autonomia privata].

Altra dottrina spinge l'analisi oltre il piano meramente strutturale fino a prospettare la possibilità di una ricostruzione funzionale che tenga conto della *ratio* della singola disposizione e dunque delle esigenze e dei valori che intende tutelare e promuovere [P. Perlingeri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, ma già M. Giorgianni, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, p. 999; da ultimo, con specifico riferimento al Diritto del lavoro, M. D'Onghia, *La forma vincolata nel Diritto del lavoro*, Milano, 2005, p. 35].

Dal punto di vista funzionale il requisito formale può essere riferito a un interesse specifico di una o entrambe le parti (certezza, univocità dell'atto, serietà della dichiarazione), oppure dei terzi [Collegato prevalentemente al sistema pubblicitario tendente alla certezza dei traffici giuridici – M. Giorgianni, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., p. 1006 –, ovvero congiuntamente a entrambi i profili – A. Liserre, voce *Forma degli atti*, 1) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, 1989, pp. 2 ss.].

Alle funzioni tradizionali si affianca, inoltre, la funzione di tutela del contraente debole, che trova ulteriore specificazione e differente disciplina in relazione alla diversa posizione tutelata secondo al formula della forma di protezione (G. Gorla, *Il contratto*, Milano, 1954, p. 3) che integra, e in alcuni casi sostituisce, altre tecniche di tutela tradizionali quali l'inderogabilità della disciplina (G. Ferraro, *Formalismo giuridico e Diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1989, p. 576), e opera «nel senso di compensare una situazione nella quale, in assenza di forma, non sarebbe raggiungibile neppure quello *standard* minimo che si reputa necessario perché l'ordinamento possa sanzionare giuridicamente l'assunzione di un vincolo, anche se di non eccezionale rilevanza economico-sociale» (M. D'Onghia, *La forma vincolata nel Diritto del lavoro*, cit., p. 51).

L'analisi funzionale del requisito formale consente di ricavare per via interpretativa, considerando l'intero ordinamento, il regime sanzionatorio applicabile senza incorrere in rigidi e fuorvianti automatismi [R. Sacco, *La forma*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di Diritto civile*, Torino, 1993, p. 580].

In particolare, in materia di lavoro applicare la sanzione della nullità che travolga l'intero contratto (art. 1418 cod. civ.) e rapporto di lavoro, con conseguente applicazione dell'art. 2126 cod. civ., sarebbe in netto contrasto con la finalità di tutela del contraente debole, essendo invece più confacente, di volta in volta, il ricorso alla nullità parziale (art. 1419, comma 1, cod. civ.), all'inefficacia, alla conversione legale del contratto con conseguente applicazione del tipo legale necessario (M. D'Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 542).

La previsione di cui all'articolo 20, d.lgs. n. 276/03, si inserisce in un'evoluzione della tecnica legislativa che a partire dalla legislazione della crisi, precedentemente detta «dell'emergenza» (R. De Luca Tamajo, L. Ventura, *Il Diritto del lavoro dell'emergenza*, Napoli, 1979; R. De Luca Tamajo, *Statuto del lavoratori e Diritto del lavoro della crisi*, in De Luca Tamajo, A. Cessari, *Dal garantismo al controllo*, Milano, 1987), in luogo di una predeterminazione rigida del contenuto del contratto di lavoro perseguita tramite il ricorso alla regola della inderogabilità *in peius* rispetto a quanto previsto dalla legge o dal contratto collettivo, rivaluta il formalismo in funzione antagonistica alla crescente proliferazione di nuovi tipi di lavoro cd. non *standard* (G. Ferraro,

Formalismo giuridico e Diritto del lavoro, cit., p. 568; R. Voza, *Forma del contratto e trasformazione del rapporto nel part-time*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 564).

L'analisi delle singole disposizioni, poi, fa emergere che spesso il requisito formale si estende a elementi ulteriori rispetto a quelli essenziali (e, dunque, non riguarda solo l'oggetto del contratto) per il singolo contratto considerato, fino a sfociare quasi in «modelli contrattuali» prescrivendo «a un tempo il contenuto del contratto e il modo della sua necessaria esplicitazione» (M. D'Onghia, *La forma vincolata nel Diritto del lavoro*, cit., p. 78).

La forma e il contenuto del contratto, pur non coincidendo (G. B. Ferri, *Forma e contenuto negli atti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, pp. 9 s.), non sono in contrapposizione tra loro, risolvendosi nella struttura del negozio (E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1963, p. 609); la formalizzazione tende, infatti, all'individuazione degli elementi essenziali del singolo contratto (Cass. 5 febbraio 2004, n. 2216, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1327, con nota di G. Genovesi, *Interpretazione del contratto formale ed elementi extratestuali*).

L'analisi funzionale delle disposizioni in materia di forma del contratto di somministrazione di lavoro impone di respingere la tesi che vorrebbe ricollegare la sanzione della nullità alla sola ipotesi di assenza totale di qualsiasi documento [Oltre a M. Tiraboschi, *La riforma Biagi dopo lo schema di decreto legislativo correttivo*, cit., p. 27, e O. Bonardi, *Le modifiche del nuovo correttivo al regime dell'intermediazione e della somministrazione*, in *Note informativa*, 2004, n. 31, pp. 14 ss., propendono per un alleggerimento delle tutele anche M. Miscione, *Il «correttivo» 2004 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 621, e V. Filì, «*Riforma Biagi*» corretta e costituzionalizzata. *Appunti dopo il decreto correttivo ed il vaglio costituzionale*, in *Lav. giur.*, 2005, p. 414; Trib. Milano 24 gennaio 2007 (inedita), richiamata da M. Emanuele, *Contratto di prestazioni di lavoro temporaneo e specificazione delle causali giustificative*, in nota a Trib. Padova 13 ottobre 2006, cit., p. 850].

Sull'opposto versante si è ritenuto che la nuova formulazione abbia comportato un allargamento delle ipotesi di nullità, non più limitate alle ipotesi previste dalle lettere da *a* a *e* dell'articolo 20, d.lgs. n. 276/03 [L. Guaglianone, *La somministrazione di lavoro*, in M. Magnani, P. A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Torino, 2005, pp. 303 ss.].

Secondo i criteri dell'interpretazione funzionale, invece, si devono distinguere all'interno degli elementi previsti dalla legge quelli che effettivamente sono necessari al fine di individuare gli elementi necessari alla valida stipulazione del contratto di somministrazione di lavoro e quelli che invece non lo sono.

La maggior parte della dottrina ritiene che non siano richiesti a pena di nullità gli elementi di cui alle lettere da *h* a *k* dell'articolo 20, d.lgs. n. 276/03, in quanto sembra più opportuno il riferimento alla necessaria integrazione degli effetti [A. Morone, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione*, in M. T. Carinci, C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Titoli III e IV – Artt. 20-32, II, Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Milano, 2004, pp. 51 ss.] o di sostituzione automatica di clausole, mentre per gli altri elementi la mancanza o la insufficiente specificazione comporta la nullità del contratto di somministrazione di lavoro [P. Ichino, *Somministrazione di lavoro*,

appalto di servizi, distacco, Artt. 20-29, cit., p. 288; O. Bonardi, La nuova disciplina della somministrazione di lavoro, in G. Ghezzi (a cura di), Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003, Roma, 2004, pp. 129 ss.; P. Chieco, Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive, cit., p. 115].

Tale ricostruzione consente, inoltre, di attribuire autonoma rilevanza alla disposizione di cui all'articolo 27, d.lgs. n. 276/03, svincolandola da ogni requisito formale e ancorandola saldamente alla fase di esecuzione del contratto; l'art. 21 disciplina pertanto la costituzione e dunque il momento genetico del contratto (R. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Come cambia il Diritto del lavoro*, Milano, 2004, p. 196), mentre l'art. 27 sanziona l'inadempimento (totale o parziale) rispetto a quanto stabilito in sede di stipulazione del contratto (R. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., p. 196), mantenendo in ogni caso lo stesso meccanismo sanzionatorio.

Ivan Turco

*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi di Bari*

TRIBUNALE LECCE, 31 ottobre 2007, Sez. lav. – Est. Bellanova – G. P. (avv. Dell'Anna) c. N. R. Mic e Mic di N. R. Srl (avv. Sodo).

Dimissioni – Annullamento – Ricostituzione del rapporto – Messa in mora – Diritto alle retribuzioni – Non sussiste – Diritto al risarcimento del danno – Non sussiste.

Nell'ipotesi di annullamento delle dimissioni per incapacità naturale del lavoratore o vizio della volontà, opera il principio secondo cui l'annullamento di un negozio giuridico, pur avendo efficacia retroattiva, non comporta il diritto del lavoratore alle retribuzioni maturate dalla data delle dimissioni a quella della riammissione al lavoro, atteso che la retribuzione presuppone la prestazione dell'attività lavorativa, onde il pagamento della prima in assenza della seconda rappresenta un'eccezione che, come nelle ipotesi di malattia o licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo, deve essere espressamente prevista dalla legge. Dall'annullamento delle dimissioni, pertanto, non discende, ope legis, il diritto del lavoratore a conseguire le retribuzioni relative al periodo successivo alle dimissioni, neppure a titolo di risarcimento del danno. (1)

(*Omissis*)

Parte ricorrente adiva questo giudice chiedendo annullarsi le dimissioni del 28 giugno 2001 e per l'effetto ordinarsi a N. R. Mic e Mic di N. R. Srl la propria riammissione in servizio e comunque la propria reintegra con pagamento dell'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal 30 giugno 2001 sino all'effettivo ripristino del rapporto e, in subordine, con condanna alla riassunzione e al pagamento della penale *ex lege* (*Omissis*).

In proposito vale ricordare come nell'ipotesi di annullamento delle dimissioni presentate da un lavoratore subordinato il principio secondo cui l'annullamento di un negozio giuridico ha efficacia retroattiva non comporta il diritto del lavoratore alle retribuzioni maturate dalla data delle dimissioni a quella della riammissione in servizio; in questa ipotesi, le retribuzioni spettano dalla data della sentenza che dichiara l'illegittimità delle dimissioni (Cassazione civile, Sez. lav., 17 giugno 2005, n. 13045). Infatti, in caso di annullamento delle dimissioni presentate dal lavoratore, per esempio per incapacità naturale, il principio secondo il quale l'annullamento di un negozio giuridico ha efficacia retroattiva non comporta il diritto del lavoratore alle retribuzioni maturate dalla data delle dimissioni a quella della riammissione al lavoro, atteso che la retribuzione presuppone la prestazione dell'attività lavorativa, onde il pagamento della prima in mancanza della seconda rappresenta un'eccezione che, come nell'ipotesi di malattia o licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo, deve essere espressamente previ-

sta dalla legge, a nulla rilevando neppure che le dimissioni siano state immediatamente revocate, giacché le dimissioni producono istantaneamente lo scioglimento del rapporto di lavoro (Cassazione civile, Sez. lav., 15 gennaio 2004, n. 515).

Non sussiste, quindi, il diritto del lavoratore al trattamento retributivo e previdenziale maturato nel periodo di tempo compreso tra la data delle dimissioni e la decisione di annullamento del giudice di primo grado, atteso che, in tale ipotesi, l'effetto risolutorio delle dimissioni permane fino alla data della sentenza, non essendo configurabile alcun obbligo in capo al datore di lavoro di accettare il lavoratore in azienda prima di tale momento e non potendo quindi profilarsi un'ipotesi di mora del datore di lavoro rispetto a un rapporto che, prima della sentenza di annullamento, deve considerarsi inesistente (Cassazione civile, Sez. lav., 5 luglio 1996, n. 6166).

Dall'annullamento *de quo* non discende, pertanto, *ope legis* il diritto del lavoratore a conseguire le retribuzioni relative al periodo successivo alle dimissioni, neppure a titolo di risarcimento del danno (appunto commisurato alle retribuzioni non conseguite).

Né risulta essere stato il datore di lavoro posto in mora, non valendo a tanto il mero invito del 14 settembre 2001 al ripristino dei rapporti di lavoro di cui ai contratti di cui sopra.

(*Omissis*)

(1) LA TUTELA DEL LAVORATORE IN CASO DI ANNULLAMENTO DELLE DIMISSIONI

1. — *Premessa* — La sentenza in commento mostra come la problematica degli effetti dell'annullamento delle dimissioni non sia ancora approdata a una soluzione univoca. E, infatti, ragionando delle conseguenze che ne scaturiscono, quella della ricostituzione *ex tunc* del rapporto è supportata dall'orientamento ormai unanime; viceversa, quella del riconoscimento in favore del lavoratore delle retribuzioni maturate in pendenza di giudizio, anche eventualmente a titolo di risarcimento dei danni subiti, costituisce l'aspetto più controverso di tale problematica.

La conclusione cui perviene il giudice di Lecce rispecchia l'orientamento giurisprudenziale maggioritario e, cioè, quello che esclude, in caso di annullamento delle dimissioni, il riconoscimento in favore del lavoratore del diritto alle retribuzioni *medio tempore* non percepite, disponendo soltanto la ricostituzione *ex tunc* del rapporto: e ciò sulla base del principio secondo cui difetterebbe la corrispettività tra prestazione non resa e retribuzione eventualmente riconosciuta (Vedi, *ex plurimis*, Cass. 17 giugno 2005, n. 13045, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 6; Cass. 15 gennaio 2004, n. 515, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 404; Trib. Forlì 19 settembre 2005, in *Lav. giur.*, 2006, 3, p. 280; Trib. Napoli 7 ottobre 1993. Sulla necessaria salvaguardia del principio della corrispettività delle prestazioni vedi Cass., Ss.Uu., 5 marzo 1991, n. 2334, in *q. Riv.*,

1991, II, p. 493). Si legge, infatti, nella sentenza che il pagamento delle retribuzioni in assenza della prestazione lavorativa costituisce un'eccezione che deve essere espressamente prevista dal legislatore (come, ad esempio, con l'art. 35, comma 6, d.lgs. n. 198/2006, in caso di dimissioni presentate dalla lavoratrice che abbia contratto matrimonio e dichiarate nulle per mancata conferma entro un mese alla Direzione provinciale del lavoro), il che esclude *a priori* l'applicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 18 Stat. lav., pur invocato, secondo un orientamento ormai risalente nel tempo, da alcuni giudici di merito (Vedi Corte d'App. Firenze 11 febbraio 2002, in *D&L – Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 682; Trib. Cosenza 19 giugno 1993, in *Not. giur. lav.*, 1993, p. 552; Pret. Milano 30 marzo 1993, in *Lav. giur.*, 1994, 1, p. 26).

Tale orientamento, cui aderisce il giudice di Lecce, che esclude anche un qualsiasi risarcimento del danno in favore del lavoratore, non appare però del tutto convincente.

È stato giustamente osservato, infatti, che l'automatico riconoscimento di una responsabilità risarcitoria del datore è errato quanto il disconoscimento aprioristico di una qualsiasi forma risarcitoria in favore del lavoratore, laddove esista un inadempimento del datore, ovvero la violazione di uno specifico obbligo posto a suo carico, che ha cagionato un danno al lavoratore dimissionario (Sul punto vedi M. Ruocco, *Dimissioni: annullamento per incapacità*, in *Lav. giur.*, 1994, 1, p. 26; A. Lassandari, *Dimissioni rese in stato di incapacità di intendere e volere*, in *Lav. giur.*, 1996, 7, p. 557. In giurisprudenza vedi Cass. 2 febbraio 1998, n. 1021, in q. *Riv.*, 1999, 1, p. 30). Secondo un'interpretazione non priva di forza persuasiva, al fine di soddisfare la pretesa risarcitoria del lavoratore, si potrebbe utilizzare l'art. 18 Stat. lav. quale parametro per la quantificazione dei danni subiti dallo stesso, tenendo in considerazione, *ex art.* 1227 cod. civ., il comportamento posto in essere da entrambe le parti. E, infatti, ove si dovesse propendere per l'esclusione del diritto del lavoratore a percepire le retribuzioni maturate *medio tempore* e si ripiegasse sull'ipotesi di risarcimento per equivalente, l'unico parametro che garantirebbe al lavoratore l'effettivo ristoro del pregiudizio patrimoniale subito sarebbe rappresentato proprio dall'art. 18 Stat. lav. (Così S. De Paola, *Effetti delle dimissioni per giusta causa*, in q. *Riv.*, 1999, 1, p. 43; N. Ghirardi, *Sull'annullamento delle dimissioni rassegnate dal dipendente sotto minaccia di licenziamento disciplinare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 433; A. Piovesana, *Annullamento delle dimissioni per incapacità naturale e conseguenze economiche della ricostruzione ope iudicis del rapporto*, in *Lav. giur.*, 2006, 3, pp. 80 ss. In giurisprudenza vedi anche Cass., Ss.Uu., 27 luglio 1999, n. 508, in *Dir. e giust.*, 1999, p. 889).

In ogni caso, l'analisi degli effetti prodotti dall'annullamento delle dimissioni non può prescindere, come ha giustamente osservato il Tribunale di Lecce, da quella sulle cause di tale invalidità, atteso che è sostenibile una differenziazione degli effetti in relazione alle diverse cause, per lo meno in relazione all'eventuale pretesa risarcitoria avanzata dal lavoratore.

2. — *Incapacità naturale, vizi della volontà e annullamento delle dimissioni* — Le cause che possono determinare l'annullamento delle dimissioni sono individuabili sia nei vizi del consenso, quali l'errore, il dolo e la violenza (artt. 1427 ss. cod. civ.), sia nell'incapacità naturale del lavoratore (art. 428 cod. civ.). Una particolare ipotesi, poi, è rappresentata dalle dimissioni rese da una lavoratrice a seguito di matrimonio o maternità.

Con riferimento all'incapacità di intendere e volere del lavoratore al momento di rassegnare le dimissioni – intendendo per tale una situazione di menomazione dell'attitudine di un soggetto a comprendere il valore dell'atto che compie o dell'attitudine a determinarsi [F. Messineo, *Il contratto in genere*, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Tratt. Dir. civ. e comm.*, vol. XXI, tomo 2, Milano, 1972, p. 311] – dottrina e giurisprudenza sono divise: da un lato, v'è chi ritiene sufficienti la sussistenza dell'incapacità del soggetto al momento delle dimissioni e del grave pregiudizio dallo stesso subito, a prescindere dalla malafede del datore, facendo rientrare quindi l'ipotesi in esame nella fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 428 cod. civ., che disciplina l'annullabilità degli atti unilaterali (Sul punto vedi Cass. 18 marzo 2008, n. 7292, in *Lav. giur.*, 2008, in corso di pubblicazione, con nota di A. Piovesana, *La prova del grave pregiudizio subito dal lavoratore che si dimette per incapacità di intendere e volere*; Corte d'App. Milano 4 settembre 2006, in *Lav. giur.*, 2007, 5, p. 525; Trib. Forlì 19 settembre 2005, cit.; Trib. Napoli 7 ottobre 1993, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 758); dall'altro lato, richiamandosi al comma 2 della disposizione codicistica citata sull'annullabilità dei contratti, v'è chi considera la riconoscibilità e, quindi, la malafede del datore quale elemento essenziale, in quanto, pur costituendo le dimissioni un atto unilaterale recettizio avente contenuto patrimoniale, esse determinano l'estinzione di un rapporto giuridico, provocando, ai sensi dell'art. 1324 cod. civ., conseguenze anche nella sfera giuridica patrimoniale del datore di lavoro (Di questo parere è M. Ruocco, cit., p. 27. In giurisprudenza vedi Cass. 5 ottobre 2007, n. 20887, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 10; Cass. 6 febbraio 1984, n. 918, in *Dir. lav.*, 1984, II, p. 443).

La diversa configurazione assume particolare rilevanza, in quanto, secondo il primo orientamento (a quanto consta, maggioritario), sarebbe sufficiente per il lavoratore provare il proprio stato di incapacità al momento delle dimissioni e il «grave pregiudizio» subito, che, secondo i più, è da considerarsi *in re ipsa* in quanto insito nella perdita del posto di lavoro, con totale assolvimento dell'onere probatorio (Vedi Cass. 14 maggio 2003, n. 7485, in *Dir. e giust.*, 2003, 22, p. 14; Corte d'App. Milano 4 settembre 2006, cit.; Pret. Ravenna 29 febbraio 1996, in *Lav. giur.*, 1996, 7, p. 557). Viceversa, secondo l'orientamento minoritario, è onere del lavoratore provare anche l'effettivo pregiudizio subito, dovendosi annoverare tra gli elementi di prova, per esempio, la zona geografica di residenza, l'età e il sesso del lavoratore medesimo, le ripercussioni a livello familiare, personale e sociale (Cass. n. 7292/2008, cit.; Cass. 17 aprile 1984, n. 2499, in *Dir. lav.*, 1984, II, p. 446; Cass. 4 marzo 1986, n. 1375, in *Mass. Giur. lav.*, 1986. In dottrina vedi A. Lassandari, cit., p. 561. Sulle ripercussioni dei fattori sociali, economici e geografici sulla tutela nel caso di licenziamento vedi P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, pp. 117 ss.). Tale ultimo orientamento appare, invero, poco condivisibile in quanto, da un lato, le predette circostanze rilevano non tanto ai fini dell'accertamento dell'*an* del danno, che esiste per il solo fatto che il lavoratore ha perso il posto di lavoro, ma, al più, del *quantum* del risarcimento, e, dall'altro lato, il lavoratore sarebbe onerato anche della prova della malafede del datore e della riconoscibilità da parte di quest'ultimo dello stato di incapacità e della situazione di vantaggio che ne è derivata nella propria sfera giuridica.

Per quanto riguarda, invece, i vizi del consenso, essi sono rappresentati dall'errore, dalla violenza e dal dolo, che possono incidere, ove esistenti le condizioni legali,

in maniera diversa sul livello di tutela del lavoratore, pur comportando tutti l'annullamento dell'atto risolutivo.

La distinzione tra i suddetti vizi della volontà e la malafede (nel caso di specie, del datore di lavoro) nell'ipotesi di incapacità di intendere e volere del lavoratore emerge – per quel che in questa sede interessa – in relazione a cosa deve essere provato dal lavoratore-danneggiato *ex art. 2697 cod. civ. (Actori incumbit onus probandi)* e agli effetti patrimoniali che discendono dall'annullamento delle dimissioni, con particolare riferimento alla configurabilità o meno in capo al datore di un obbligo risarcitorio in favore del lavoratore.

Come brevemente anticipato, una particolare situazione si verifica nell'ipotesi di dimissioni rese da una lavoratrice a seguito di matrimonio o maternità (comprendendo, in quest'ultimo caso, anche il periodo corrispondente al primo anno di vita del bambino ovvero al primo anno di accoglienza del bambino adottato o in affidamento). Nel primo caso, infatti, v'è una presunzione di nullità delle dimissioni rese nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento a causa di matrimonio, salvo che siano dalla lavoratrice confermate entro un mese alla Direzione provinciale del lavoro [Art. 1, comma 4, legge n. 7/1963, sostituito dall'art. 35, comma 4, d.lgs. n. 198/2006. Sul punto V. Fili, voce *Matrimonio*, in M. Sesta (diretto da), *Codice della Famiglia*, Milano, 2008, in corso di pubblicazione]. Nel secondo caso, invece, le dimissioni sono sottoposte a condizione sospensiva: esse non producono effetti fino a quando vengono convalidate dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro (art. 18, comma 2, legge n. 53/2000, confluito nell'art. 55, comma 4, d.lgs. n. 151/2001); tralasciando i problemi connessi alla mancata previsione di un termine dilatorio per l'effettuazione della convalida, come invece stabilito per l'ipotesi di dimissioni per causa di matrimonio, e agli effetti prodotti sul rapporto dalla pendenza del suddetto termine (Per i quali profili si rinvia a R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007, pp. 131 ss.), si evidenzia che anche in caso di convalida le dimissioni possono essere impugnate dalla lavoratrice per vizi della volontà o incapacità naturale (con gli effetti che ne derivano – *infra*), nel rispetto – ovviamente – del regime prescrizione proprio dell'azione di annullamento.

3. — *Gli effetti dell'annullamento delle dimissioni: in presenza di messa in mora...* — Dalla disamina delle cause di annullamento delle dimissioni emerge un dato che può considerarsi ormai acquisito: l'annullamento delle dimissioni, che ha natura costitutiva, determina la ricostituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro.

Viceversa, sulle conseguenze economiche che potrebbero derivarne, come anticipato in premessa, il dibattito dottrinario e giurisprudenziale non è ancora approdato a una soluzione univoca.

In sintesi, ci si chiede: *in primis*, se dall'eventuale annullamento delle dimissioni possano derivare anche conseguenze di natura economica o se queste, come ha statuito il giudice di Lecce, debbano essere escluse *a priori*; *in secundis*, in caso di risposta affermativa, se sussista in capo al datore una responsabilità di tipo contrattuale ovvero extracontrattuale.

Sul diritto del lavoratore a percepire le retribuzioni maturate nel periodo precedente l'emanazione della sentenza di annullamento delle dimissioni, dottrina e giurisprudenza sono divise tra chi esclude tale diritto e chi invece lo riconosce.

Secondo quest'ultimo orientamento, in caso di annullamento delle dimissioni sussisterebbe il diritto del lavoratore a ricevere tutte le retribuzioni non percepite dal giorno della cessazione del rapporto di lavoro fino all'effettivo ripristino del rapporto, indipendentemente dalla formale messa in mora (*infra*).

Secondo l'opposto orientamento, cui aderisce il Tribunale di Lecce, il diritto del lavoratore a percepire le retribuzioni sussiste esclusivamente a partire dal periodo successivo alla sentenza (Sul punto, in dottrina vedi M. Ruocco, cit., p. 28. In giurisprudenza vedi Cass. n. 13045/2005, cit.; Trib. Forlì 19 settembre 2005, cit.; Cass. n. 515/2004, cit.; Pret. Ravenna 29 febbraio 1996, cit.; Trib. Napoli 7 ottobre 1993, cit.). Il fondamento di tale assunto risiede nella ritenuta assenza, per il periodo *ante* sentenza, dell'elemento della corrispettività, sicché la prestazione del datore di lavoro resta sospesa in quanto pur sempre legata sinallagmaticamente a quella del lavoratore. Nella sentenza che si annota, si legge che la retribuzione presuppone la prestazione lavorativa, per cui, permanendo l'effetto risolutorio delle dimissioni sino alla sentenza di annullamento, non può configurarsi alcun obbligo in capo al datore di «accettare il lavoratore prima di tale momento, non potendo quindi profilarsi un'ipotesi di mora del datore rispetto a un rapporto che, prima della sentenza, peraltro costitutiva, deve considerarsi inesistente».

Come anticipato, tale ragionamento non convince del tutto, in quanto sembra escludere *a priori* la rilevanza della messa in mora formalmente effettuata dal lavoratore nei confronti del datore. E infatti, ove il lavoratore non esegua materialmente la propria prestazione ma la offra formalmente, deve considerarsi adempiuto l'obbligo contrattuale a suo carico, determinando, di conseguenza, la *mora accipiendi*, con il conseguente persistere dell'obbligazione retributiva.

Con la sentenza costitutiva che annulla le dimissioni, infatti, si ricostituisce *ex tunc* non solo il sinallagma genetico, ma anche quello funzionale in presenza della formale messa in mora da parte del lavoratore, sicché il datore non può essere considerato liberato dall'adempimento della propria prestazione: circostanza che si verificerebbe soltanto in assenza dell'offerta fatta dal lavoratore prima della pronuncia della sentenza.

L'asserita assenza di corrispettività, da cui la sentenza in commento fa derivare il disconoscimento del diritto del lavoratore alle retribuzioni non percepite per il periodo antecedente la sentenza di annullamento, è agevolmente superabile ove sussista una formale messa in mora, come in fin dei conti sembra ammettere lo stesso giudice di Lecce laddove afferma che «né risulta essere stato il datore di lavoro posto in mora», sebbene, poi, il Tribunale non ne tragga alcuna conclusione, non ritenendo la questione rilevante per la decisione del caso concreto.

Sul diritto del lavoratore a percepire le retribuzioni *medio tempore* maturate, ovviamente a far data dalla messa in mora, bisogna fare in ogni caso alcune precisazioni.

La *mora accipiendi*, secondo quanto previsto dall'art. 1206 cod. civ., si verifica ogni qual volta il creditore ingiustificatamente rifiuta di ricevere la prestazione offertagli o non compia quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere all'obbligazione [Per un approfondimento sulla *mora credendi* e sulle differenze tra quest'ultima e la *mora debendi* si rinvia a U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Tratt. Dir. civ. e comm.*, vol. XVI, tomo 1, Milano, 1974, pp. 66-74. Per quanto riguarda, invece, la *mora credendi* nel rapporto di lavoro si rinvia a

G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965; nonché a E. Ghera, F. Liso, voce *Mora del creditore nel diritto del lavoro*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, pp. 977 ss.]. Cessato il rapporto per dimissioni, il lavoratore-debitore che offre formalmente la propria prestazione, ponendo quindi il datore-creditore in mora, risulterà creditore delle retribuzioni in caso di ricostituzione *ope iudicis* del rapporto, in quanto al ripristino del sinallagma genetico corrisponderà anche quello funzionale (Sulla rilevanza della messa in mora ai fini dell'insorgenza dell'obbligo in capo al datore di corrispondere al lavoratore le retribuzioni *medio tempore* maturate vedi Cass. 17 ottobre 2001, n. 12697, in *Foro it.*, 2001, I, p. 3515; Cass. 27 febbraio 1998, n. 2192, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 455; Cass. 27 giugno 1996, n. 5930, in *Not. giur. lav.*, 1996, p. 512). A seguito della sentenza di annullamento, il rapporto si considera come mai interrotto, con la conseguenza che, in presenza di una formale messa in mora, la corrispettività tra le prestazioni non esiste solo di fatto e per colpa del datore che, ingiustificatamente (rendendosi quindi inadempiente), ha rifiutato l'offerta avanzata dal lavoratore; quest'ultimo, secondo le regole generali, avrà quindi diritto non al risarcimento del danno, sia pure parametrato alle retribuzioni, quanto proprio alle retribuzioni *medio tempore* maturate.

E, infatti, non si è presenza, nel caso in esame, di un inadempimento cd. assoluto da parte del datore – che si verifica quando la prestazione non è stata adempiuta e l'adempimento non è più possibile, sicché il risarcimento si sostituisce alla prestazione –, ma di un inadempimento cd. relativo, che presuppone la possibilità di adempiere ancora alla prestazione (nel caso di specie, *a latere datoris*). Permane, quindi, l'obbligazione principale, cui si può aggiungere anche quella risarcitoria per il danno ulteriore cagionato dal ritardo nell'esecuzione (si pensi al lavoratore che ha contratto degli obblighi economici nei confronti di terzi, non adempiuti a causa della mancata percezione della retribuzione).

4. — Segue:... *in assenza di messa in mora* — Se la formale messa in mora supporta la pretesa del lavoratore alle retribuzioni non percepite dalla data di essa sino a quella dell'effettivo ripristino del rapporto, ci si chiede se in assenza della stessa potrà accordarsi al lavoratore una tutela patrimoniale diversa.

Innanzitutto, si è diffuso un orientamento, contrario a quello che esclude il diritto del lavoratore alle retribuzioni maturate *medio tempore*, che discutibilmente riconosce tale diritto addirittura indipendentemente dall'offerta della prestazione da parte del lavoratore, in quanto la ricostruzione del rapporto *ex tunc* comporterebbe la ricostituzione di tutti gli obblighi contrattuali in capo al datore, primo tra tutti quello retributivo (Vedi Cass. 18 marzo 2004, n. 5518, in *Dir. e giust.*, 2004, p. 120; Cass. 29 agosto 2002, n. 12693, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 581; Trib. Milano 20 gennaio 1999, in *Lav. giur.*, 1999, 5, p. 480; Trib. Forlì 30 ottobre 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 857; Trib. Cosenza 19 giugno 1993, in *Not. giur. lav.*, 1993, p. 552).

L'inaccettabilità di tale soluzione, che esclude la rilevanza della messa in mora e, quindi, del principio della corrispettività delle prestazioni, spinge a verificare se, in tale situazione, sia sostenibile riconoscere al lavoratore una tutela risarcitoria. Ebbene, essa, contrariamente a quanto sostenuto nella sentenza che si commenta, che la esclude *a priori*, innanzitutto dovrebbe essere subordinata all'esistenza di due condizioni alternative: l'inadempimento o il fatto illecito.

Con riferimento alla prima ipotesi, il diritto del lavoratore al risarcimento del danno potrebbe comunque essere subordinato all'esistenza di una formale messa in mora del datore, che determina il suo inadempimento e, quindi, l'insorgere in capo al lavoratore del diritto ai danni ulteriori *ex art.* 1224 cod. civ.

L'ammissibilità, in generale, della tutela risarcitoria in favore del lavoratore *in subjecta materia* troverebbe conferma in un orientamento, espresso da parte della dottrina, secondo cui il riconoscimento di una generica responsabilità risarcitoria del datore è tanto errato quanto il riconoscimento aprioristico di una qualsiasi forma risarcitoria in favore del lavoratore, laddove esista un inadempimento del datore, ovvero una violazione di uno specifico obbligo posto a suo carico, che ha determinato un danno in capo al lavoratore (Sul punto vedi M. Ruocco, cit., p. 26; A. Lassandari, cit., p. 557; S. De Paola, cit., p. 42; N. Ghirardi, cit., p. 436. In giurisprudenza vedi, su tutte, Cass., Ss.Uu., n. 508/1999, cit.). Non si vede, infatti, perché al dimissionario non possa essere riconosciuto un risarcimento del danno in caso di accertato dolo-inganno o errore indotto dal comportamento del datore, ovvero in caso di malafede del datore in ipotesi di incapacità di intendere e volere del lavoratore conoscibile al momento delle dimissioni. Sicché le cause di annullamento delle dimissioni, come puntualmente analizzate dal giudice salentino, possono, a determinate condizioni, comportare un risarcimento dei danni subiti dal lavoratore incolpevole.

Inoltre, come previsto da una parte della giurisprudenza di merito, che si condivide, la domanda giudiziale di risarcimento dei danni è ammissibile anche in assenza di quella finalizzata a ottenere l'annullamento delle dimissioni, potendo il lavoratore far valere una responsabilità del datore di natura contrattuale o anche, a certe condizioni, extracontrattuale, in quanto, in presenza di un motivo di annullabilità dell'atto, l'accesso alla tutela costitutiva non è obbligatorio, ben potendo il contraente/soggetto leso limitarsi a chiedere il mero accertamento della sussistenza del vizio ovvero del comportamento illecito e il risarcimento del danno (Vedi Trib. Ravenna 6 dicembre 2001, in *Lav. giur.*, 2002, 12, p. 1184).

Bisogna, pertanto, qualificare la responsabilità del datore in caso di annullamento delle dimissioni viziate, al fine di verificare se sia o meno ammissibile, e a quali condizioni, una tutela risarcitoria in favore del lavoratore.

Invero, come si avrà modo di vedere, sull'ammissibilità o meno di quest'ultima ha un ruolo chiave il comportamento del lavoratore. Infatti, tutto ruota intorno alla sussistenza o meno di una formale messa in mora da parte del lavoratore: se effettuata, il diritto al risarcimento del danno, configurandosi in capo al datore una responsabilità di natura contrattuale, potrà essere fatto valere dal lavoratore esclusivamente per i danni ulteriori dallo stesso subiti a causa del ritardo nell'adempimento dell'obbligazione principale (retributiva), comunque esigibile e alla quale l'obbligazione risarcitoria si affianca; in assenza di messa in mora, invece, sarebbe comunque configurabile in capo al datore di lavoro una responsabilità che può essere sia di natura contrattuale sia extracontrattuale.

E, infatti, l'inadempimento *ex art.* 1218 cod. civ. si verifica ogni qual volta il contraente viola un obbligo, e non soltanto quando non esegue materialmente la propria prestazione. Sicché, ove il datore, con il suo comportamento «scorretto», ha determinato le dimissioni del lavoratore, potrebbe configurarsi una sua responsabilità, di natura contrattuale, per aver violato i principi di correttezza e buona fede che sono alla

base di ogni rapporto obbligatorio. È ovvio che nel caso in esame si parlerà di inadempimento contrattuale assoluto, non potendo la prestazione principale (la retribuzione) essere più esigibile in assenza di formale messa in mora, con la conseguenza che l'obbligazione risarcitoria si sostituirà a quella principale.

D'altro canto, può anche configurarsi in capo al datore una responsabilità di natura extracontrattuale per aver posto in essere un comportamento illecito che ha determinato un danno ingiusto al lavoratore. Trattandosi di risarcimento del danno *ex art. 2043 cod. civ.* non va dimenticato che sarà il lavoratore a dover provare: 1) la condotta dolosa o colposa ovvero la malafede del datore che ha determinato l'annullamento delle dimissioni viziate; 2) il nesso di causalità tra il citato comportamento e i danni subiti dal lavoratore dimissionario; 3) l'*an* e il *quantum* dei danni subiti, oltre l'esclusione di un suo concorso nella realizzazione degli stessi *ex art. 1227 cod. civ.*

Come si vede, pertanto, per l'ammissibilità di una tutela risarcitoria in favore del lavoratore assume particolare rilevanza il comportamento di quest'ultimo, perché da questo dipende la qualificazione della responsabilità datoriale.

Infine, non si può non considerare l'ipotesi di dimissioni annullate in assenza di una responsabilità, a qualsiasi titolo individuabile, del datore (per esempio, in caso di errore di diritto commesso dal lavoratore). In questo caso non sarebbe configurabile in capo al lavoratore alcun diritto risarcitorio, al pari di quello retributivo, ove quest'ultimo non abbia messo in mora il datore (Si è espressa recentemente in senso conforme Trib. Milano 21 dicembre 2007, in *Lav. giur.*, 2008, 5, p. 532).

Raffaele Garofalo
*Dottorando in Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi di Padova*

TRIBUNALE ASTI, 31 luglio 2007 – Est. Gibelli – S. C. (avv.ti Martino e Occhionero) c. Banca Bipop-Carire Spa filiale di Asti (avv.ti Benzi e Provera).

Licenziamento individuale – Giusta causa – Insussistenza – Violazione dell'obbligo di segnalazione di operazioni sospette ex art. 3, legge 5 luglio 1991, n. 197 – Insussistenza – Scissione cliente/dipendente di un istituto di credito – Assenza di esplicita precisazione nella motivazione – Operazione di frazionamento di denaro contante – Divieto – Obbligo di fedeltà.

È illegittimo il licenziamento inflitto a un «clientel/dipendente» di un istituto di credito che abbia posto in essere una serie di operazioni di deposito sul libretto nominativo attraverso la tecnica del frazionamento – in modo da sfuggire al divieto e al relativo obbligo di segnalazione imposto dalla normativa anti-riciclaggio – per aver omesso l'istituto di precisare in modo esplicito, nella motivazione, che la contestazione era indirizzata al dipendente e non al cliente. (1)

(Omissis)

Il sig. S. C., quindi, quale cliente della sua stessa banca non era destinatario di alcun divieto circa le operazioni da lui effettuate ai sensi della normativa antiriciclaggio.

Al contrario il compimento di quelle operazioni era un suo diritto come era un suo diritto, quale cliente, di non evidenziarle alla Banca, sulla quale invece incombeva l'obbligo di segnalazione.

Detto quanto sopra, ovvero che S. C. quale risparmiatore non può essere oggetto di valutazioni da parte della sua banca ridondanti nel rapporto di lavoro con la stessa banca intrattenuto, e che S. C., sempre quale risparmiatore, non ha commesso nulla di illecito, si potrebbe tuttavia verificare se S. C., quale dipendente, abbia invece violato un suo preciso dovere (riconducibile agli obblighi di cui all'art. 2105 del cod. civ.) omettendo di segnalare espressamente alla Banca che stava effettuando (personalmente o rivolgendosi ad altro cassiere) operazioni oggetto di doverosa rilevazione e comunicazione da parte della Banca stessa.

Si deve dire però che questa ulteriore verifica è in parte ultronea e compiuta per completezza motivazionale. Infatti, la contestazione disciplinare ripresa dalla motivazione del licenziamento non precisa nei termini suddetti la contestazione al dipendente licenziato e, come noto, la motivazione del licenziamento non è ritrattabile o integrabile in giudizio.

In ogni caso si reputa che il ricorrente non avesse verso il datore il dovere di cui al paragrafo precedente. Certamente effettuando depositi con una

modalità per così dire «riservata», ossia con frazionamento tale da sfuggire al rilevamento automatico dei movimenti in contanti, S. C. (sempre come risparmiatore) in realtà esercitava un suo diritto. Nel corso di un faticoso e sofferto interrogatorio libero l'interessato ha nuovamente dato conto del motivo del proprio comportamento narrando una vicenda personale (*Omissis*). In presenza di un motivo di riservatezza (credibilmente enunciato e non oggetto di onere probatorio quale fatto ricollegato alla legittimità del licenziamento) non può ritenersi che l'art. 2105 del cod. civ. imponesse al sig. S. C. l'obbligo di una sorta di «confessione preventiva» in relazione a operazioni lecite che era onere solo della Banca rilevare.

Il suddetto obbligo non incombe per il generale obbligo di buona fede su nessun cliente, e non si vede perché debba incombere su un cliente dipendente della banca laddove non si tratti neppure del soggetto specificatamente tenuto all'obbligo di informativa previsto dalla normativa antiriciclaggio.

Il generale dovere di fedeltà è, infatti, in grado, quale specificazione dell'obbligo di buona fede contrattuale, di creare obblighi aggiuntivi a quelli esplicitati nel contratto di lavoro e tipici dello stesso, solo nella misura in cui tali obblighi non implicino la rinuncia a rilevanti posizioni di interesse del presunto obbligato. E questo sarebbe nel caso quanto a rinuncia al diritto alla riservatezza personale.

Diversa questione è quella dell'eventuale lesione da parte dello S. C. della capacità della Banca di effettuare la rilevazione dei suoi movimenti frazionati.

Trattandosi di operazioni fuori dal campo della rilevazione automatica probabilmente nel caso, fatta salva la valutazione dell'efficacia concreta degli ulteriori controlli, già la sola effettuazione dell'operazione da parte di S. C. direttamente quale cassiere (ossia quale soggetto *dans et accipiens* in relazione al deposito) potrebbe rappresentare una grave lesione dell'interesse del datore a poter realmente e tempestivamente effettuare le doverose rilevazioni e comunicazioni di cui si è detto.

Questa appare, con riferimento alla normativa antiriciclaggio, la vera colpa del sig. S. C.: l'essersi ingerito in una funzione di controllo verso sé stesso operando simultaneamente come cassiere e come cliente in una condizione in cui il cassiere dovrebbe valutare con cura se dar corso, investendone il soggetto responsabile, a una iniziativa intesa alla segnalazione dell'operazione.

Individuato il suddetto comportamento scorretto ci si potrebbe poi inoltrare in molte delle considerazioni svolte con riferimento alla proporzione tra la suddetta violazione e la passata e lunga fedeltà del dipendente all'azienda, passando al tema della proporzionalità della sanzione e della valutazione della buona fede dello S. C. (cosa ampiamente fatta dalle parti in discussione).

Tuttavia, a giudizio dell'estensore, a questo punto, sicuramente si è giunti a enucleare una specifica condotta (non quella di aver fatto determinate operazioni – come cliente – ma di averle fatte contemporaneamente quale cliente e rappresentante della Banca) che non è stata assolutamente contestata in modo esplicito al ricorrente col licenziamento.

Per convincersi di quanto sopra basta considerare che tutta la difesa, formale, informale e persino giudiziale del licenziato si è sempre incentrata sulla questione della provenienza del denaro e dei motivi di effettuazione di versamenti riservati; mai il dipendente ha ritenuto di dover spiegare perché non fece i versamenti a mani di un altro cassiere, e, per il vero, il punto in causa non è neppure provato.

Per come intimato, il licenziamento non risulta quindi sostenuto da una adeguata motivazione che espliciti e concretizzi la giusta causa dello stesso.

Per il vero, viene mossa (in giudizio) anche una diversa contestazione al sig. S. C.

In particolare era stato evidenziato come lo stesso avesse fornito, in sede di ispezione, una prima assurda versione giustificativa della provenienza del denaro alla banca dicendo di averlo rinvenuto in una borsa smarrita della quale si era appropriato.

In effetti, la condotta menzognera in occasione di importati accertamenti integra una violazione della correttezza contrattuale di un certo livello, che oltre a sanzioni minori, che però il giudice non può infliggere *in loco datoris*, forse avrebbe giustificato anche, unitamente all'accertamento di una «eccessiva disinvoltura» nell'operare nella sua filiale, un allontanamento del dipendente dalla stessa.

Considerata tuttavia la particolarità della situazione e l'assenza di ogni negativo precedente a carico del lavoratore il licenziamento parrebbe in ogni caso una sanzione inidonea e sproporzionata per quella mancanza.

Ancora una volta, inoltre, la contestazione di cui sopra non risulta chiaramente dalla definitiva motivazione del licenziamento e quindi resta fuori dal novero dei fatti considerabili a sostegno del licenziamento nel presente giudizio.

Il licenziamento come storicamente intimato nel suo complesso risulta privo di giusta causa e come tale va dichiarato illegittimo.

(*Omissis*)

(1) VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA ANTIRICICLAGGIO:
LA DUPLICE POSIZIONE SOGGETTIVA NON ESCLUDE LA SANZIONABILITÀ
DEL COMPORTAMENTO «ECESSIVAMENTE DISINVOLTO»

1. — La sentenza in esame, dichiarando illegittimo il licenziamento intimato dall'istituto bancario al sig. S. C. per violazione della normativa antiriciclaggio, offre un'importante spunto per riflettere sugli obblighi dei dipendenti bancari connessi al «rischio di riciclaggio».

Il caso sottoposto all'esame del giudice del Tribunale di Asti riguarda una controversia tra un istituto bancario e un lavoratore (con la qualifica di impiegato di 3° livello) che, avendo contemporaneamente rivestito la posizione di cliente e dipendente dello stesso istituto, è stato licenziato per violazione della normativa antiriciclaggio. In particolare, la violazione dell'art. 3 della legge n. 197/1991 derivava dal fatto che il sig. S. C., nella duplice veste di dipendente e cliente della banca, aveva effettuato – negli anni compresi tra il 2003 e il 2006 – una serie di versamenti inferiori alla soglia minima di rilevazione automatica imposta dalla normativa suddetta, in modo tale da far affluire sul suo libretto nominativo, aperto presso la medesima filiale ove lavorava, una notevole somma di denaro – definitivamente circa 160.000 euro – di ignota provenienza.

Secondo la motivazione fornita dall'istituto il sig. S. C. avrebbe violato l'obbligo di segnalazione *ex art. 3* o comunque tenuto un comportamento scorretto incompatibile con la minima fiducia del datore di lavoro necessaria alla prosecuzione del rapporto.

I profili presi in considerazione dal giudice astigiano nella controversia sottoposta al suo esame sono essenzialmente due, e cioè: la liceità o meno della condotta tenuta dal ricorrente in qualità di risparmiatore; la rilevanza della condotta tenuta – sempre in qualità di cliente – ai fini del recesso dal contratto di lavoro.

Risulta evidente come l'*iter* argomentativo seguito dal giudice per arrivare a dichiarare la illegittimità del licenziamento si fonda esclusivamente sul presupposto che la condotta addebitata, così come risulta dalla contestazione disciplinare, sembra essere stata indirizzata, essenzialmente, al cliente e non già al dipendente della banca. A sostegno della sua argomentazione il giudice ritiene di fondamentale importanza insistere sull'assenza, nella contestazione disciplinare, di ogni riferimento esplicito sull'aver operato il sig. S. C. «direttamente come cassiere».

2. — Al fine di comprendere il fondamento della contestazione è opportuno preliminarmente illustrare i diversi obblighi imposti dalla normativa che si assume violata.

Tale normativa, dettata dalla legge 5 luglio 1991, n. 197, introduce nel nostro sistema una normativa *ad hoc* per la repressione del fenomeno del riciclaggio di proventi illeciti, ponendo, all'art. 1, il divieto di effettuare tra soggetti diversi il trasferimento di denaro contante o titoli al portatore per importi complessivamente superiori a 12.500 euro (Va aggiunto, per completezza, che, oggi, a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 231 del 2007, detta soglia è stata ridotta a 5.000 euro) se non tramite intermediari a ciò abilitati.

Un ulteriore «presidio antiriciclaggio», già sancito dall'art. 3 della legge n. 197/1991 – ora sostituito dall'art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 231/2007 – impone il dovere di segnalare alle autorità competenti – già Uic (Oggi Unità di informazione fi-

nanziaria, d'ora in poi Uif) – ogni operazione, posta in essere dalla clientela, ritenuta sospetta, ovvero non in linea con il profilo soggettivo del cliente o di chi la pone in essere, tale da far dedurre la eventuale provenienza illecita del denaro o dei mezzi di pagamento per essa utilizzati.

Per quanto riguarda il profilo soggettivo, l'obbligo di segnalazione che si assume violato risulta gravare sui responsabili di «dipendenze, uffici o altri punti operativi» delle strutture finanziarie, laddove per «punti operativi» bisogna intendere qualsiasi soggetto che si trovi a essere partecipe di processi aziendali propri dell'attività dell'intermediario finanziario in cui egli presta attività lavorativa (R. Razzante, *Osservazioni in tema di normativa antiriciclaggio e doveri di fedeltà dei dipendenti bancari*, in *Giust. it.*, 2003, p. 647).

Pertanto, anche il sig. S. C., in qualità di cassiere dell'istituto bancario, era gravato dall'obbligo *de quo*.

Un secondo obbligo di segnalazione incombe, poi, sul «titolare dell'attività» ovvero sul legale rappresentante o sul suo delegato, che deve trasmettere, se fondate, le segnalazioni ricevute all'organo di controllo (oggi Uif) pena la sanzione stabilita dal comma 5 dell'art. 5.

Il profilo determinante della fattispecie in esame è se il divieto di cui all'art. 1, nonché l'obbligo di segnalazione, operino in presenza di più trasferimenti, singolarmente di importo inferiore alla soglia, ma di ammontare complessivo superiore.

Sul punto, come sottolineato dalla giurisprudenza (Vedi Trib. Teramo 19 luglio 2000, n. 82, inedita), l'utilizzo, all'art. 1, comma 1, della legge n. 197/1991, dell'avverbio «complessivamente» denota la volontà del legislatore di «vietare ogni trasferimento di denaro che superi nel suo complesso la soglia di legge e ciò sia che avvenga con un'unica operazione sia con più operazioni finanziarie che, se considerate unitariamente, superano tale somma». Lo stesso art. 3, in tema di segnalazioni, sembra confermare questa interpretazione laddove fa riferimento all'«effettuazione di una pluralità di operazioni, non giustificate dall'attività svolta da parte della stessa persona, ovvero, ove se ne abbia consapevolezza, da parte di persone appartenenti allo stesso nucleo familiare, o dipendenti o collaboratori di una stessa impresa».

Riguardo al divieto di cui all'art. 1, è del tutto condivisibile l'argomentazione adottata dal giudice nel ritenere che la sua violazione vada sanzionata in via amministrativa ex art. 5, comma 1, legge n. 197/1991, senza che abbia alcuna rilevanza sul rapporto di lavoro.

Diversa questione investe, invece, la violazione dell'obbligo di segnalazione. Questa, una volta accertato l'eventuale obbligo a carico del ricorrente, potrebbe riflettersi sul rapporto di lavoro alla stregua di un inadempimento sanzionabile.

Sul punto, però, il ragionamento seguito dal giudice – che attraverso la scissione cliente/dipendente arriva a negare qualsiasi rilevanza sul rapporto di lavoro – si mostra debole sul piano argomentativo.

Infatti, se è pur vero che dalle norme descritte non si intravede alcun obbligo di segnalazione gravante sulla clientela, nel caso in esame non dovrebbe essere dimenticata la «doppia posizione» assunta dal ricorrente; anzi, proprio questa particolare posizione dovrebbe indurre il giudice a prestare maggiore attenzione al rischio che il sig. S. C. – proprio sfruttando un presumibile minor controllo in conseguenza del suo operare come dipendente – potrebbe «strumentalizzare» la propria particolare posizione per com-

piere operazioni ritenute irregolari, che, se compiute da un normale cliente, sarebbero venute probabilmente alla luce.

Una volta chiarito che l'obbligo di cui si discute risulta gravare soltanto sui dipendenti e non sui clienti, appare evidente che, adducendo la violazione dell'art. 3, l'istituto ha manifestato la volontà di sanzionare il ricorrente nella sua particolare veste di dipendente-cliente, e non in quella di normale cliente. È davvero singolare che nel caso di specie il giudice arrivi a escludere ogni conseguenza sul rapporto di lavoro fondandola sul semplice presupposto che l'istituto, nella contestazione disciplinare, aveva ommesso di precisare «operando lei direttamente come cassiere».

Altra questione è, invece, quella di valutare se il ricorrente, in qualità di dipendente, era gravato dall'obbligo anzidetto. Infatti, dalla lettura della norma non sembra rinvenibile in capo ai soggetti indicati nell'art. 3, comma 1, un obbligo generalizzato di segnalazione, posto che esso dovrebbe scattare solo per quelle operazioni che oggettivamente e soggettivamente rivestano carattere «sospetto»; del resto, come affermato dalla giurisprudenza (Vedi Trib. Mondovì 19 febbraio 2003, n. 16, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, 4, p. 481, con nota di J. Tondelli, che ha posto l'attenzione sulla necessità di non creare un effetto «ingolfamento» dell'Uic), l'art. 3 della legge in esame non parla di operazioni semplicemente «sospette» ma tali che «inducano a ritenere», con accentuazione del profilo del sospetto a favore di una valutazione più approfondita, da parte di un soggetto che ha già magari un suo precedente giudizio.

Certo, la formulazione della norma, in ragione del margine di discrezionalità che lascia all'operatore, non consente di stabilire con sufficiente certezza quando scatta l'obbligo in parola. Infatti, gli indici normativi dettati dall'art. 3 – «natura, entità, caratteristiche dell'operazione» e, soprattutto, «qualsivoglia altra circostanza conosciuta [...], tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta...» –, rendono indispensabile lo sforzo di «oggettivizzare» ulteriormente la norma sul piano ermeneutico, allo scopo di evitare effetti dirimpenti in termini di certezza del diritto e di garanzia del singolo operatore (Vedi L. Bonzanini, *L'art. 3 della legge sull'antiriciclaggio*, in *Banche e banchieri*, 1993, pp. 647 ss.).

Un importante ausilio ai fini della valutazione giunge dalle «Istruzioni operative per l'individuazione delle operazioni sospette» fornite dalla Banca d'Italia nel provvedimento del 12 gennaio 2001 (Sulla funzione precettiva del provvedimento e sul relativo potere sanzionatorio attribuito alla Banca d'Italia vedi A. Urbani, *Supervisione bancaria e lotta al riciclaggio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, 4, pp. 480 ss.), il quale fornisce una casistica (seppur esemplificativa) di «indici di anomalia», fondati proprio sul dato oggettivo, in presenza dei quali dovrebbe ritenersi sospetta l'operazione; tra gli indici dettati sono compresi sia il «ricorso a tecniche di frazionamento dell'operazione, soprattutto se volte a eludere gli obblighi di identificazione e registrazione», sia le «ripetute operazioni non giustificate dall'attività del cliente».

Proprio alla luce di tali indicazioni si può affermare che, nel caso in esame, esisteva in capo al ricorrente il dovere di segnalare le operazioni che stava compiendo.

3. — Chiarito che l'operazione «frazionata» compiuta rispondeva ai caratteri di anomalia tali da imporre al sig. S. C. l'obbligo di segnalazione *ex art. 3* della legge in esame, e che la condotta «omissiva» tenuta poteva avere delle ripercussioni sul rapporto di lavoro – anche alla luce del fatto che ha esposto il «titolare dell'attività» e la

stessa organizzazione aziendale alle sanzioni previste in materia dall'art. 5 – occorre valutare la sua conseguente idoneità a legittimare il recesso in tronco (Sulla legittimità del licenziamento per giusta causa per violazione delle norme antiriciclaggio vedi Cass., Sez. lav., 22 agosto 2002, n. 12414, in *Giur. it.*, 2003, p. 646, con nota di R. Razzante; nello stesso senso Cass., Sez. lav., 26 luglio 2002, n. 11109, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 1376).

A questo punto occorre verificare, ai fini della sussistenza della giusta causa di recesso, se la maggiore gravità del comportamento vada «quantificata» alla luce dell'intensità del vincolo fiduciario (Sulle diverse funzioni della nozione di fiducia vedi C. Pisani, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 6).

Infatti, riprendendo la motivazione del licenziamento sembra evidente come, per l'istituto, l'incompatibilità con la minima fiducia necessaria alla prosecuzione del rapporto di lavoro giustifichi la maggiore gravità della condotta.

A siffatta valutazione sembra non sottrarsi neanche il giudice astigiano, considerato che, se, da una parte, si premura di specificare che la sua decisione è fondata sulla inadeguatezza della motivazione fornita dall'istituto, dall'altra, sembra riconoscere che, qualora il licenziamento fosse stato rivolto al dipendente, la «maggiore gravità» dell'inadempimento idonea a integrare la giusta causa di recesso ex art. 2119 cod. civ. poteva essere giustificata utilizzando il riferimento alla fiducia, avendo la sua condotta prodotto una «grave lesione dell'interesse del datore di lavoro a poter tempestivamente effettuare le doverose rilevazioni e comunicazioni».

Scansando la *querelle* sulla natura «soggettiva» o «oggettiva» della giusta causa di licenziamento (Per una rassegna vedi O. Mazzotta, *I licenziamenti. Commentario*, Milano, 1999, p. 50), è opportuno osservare, come ha più volte sottolineato la Suprema Corte (Tra le tante, Cass. 14 maggio 1998, n. 4881, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, p. 156), che la lesione del vincolo fiduciario da parte del dipendente nei confronti del datore di lavoro non deve essere intesa sotto il profilo soggettivistico del venir meno dell'*intuitus fiduciae* che un soggetto ha nei confronti di un altro soggetto, bensì sotto il profilo del verificarsi di un presupposto oggettivo che ponga in luce la mancata idoneità del lavoratore a svolgere la propria funzione e che, quindi, sia tale da menomare la fiducia del datore di lavoro nell'esattezza dei successivi adempimenti da parte del lavoratore (Vedi E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 192).

In altri termini la nozione di fiducia va intesa in senso «oggettivo», ossia va legata all'attitudine professionale del lavoratore, da valutarsi in relazione alle mansioni effettivamente assegnate e all'aspettativa del datore di lavoro in ordine alla correttezza dei futuri adempimenti. In tal modo il fondamento dell'elemento fiduciario finisce per essere rintracciato nell'art. 1564 cod. civ., relativo al contratto di somministrazione, ritenuto applicabile anche al rapporto di lavoro (Vedi Trib. Torino 10 dicembre 1980, in *Not. giur. lav.*, 1981, p. 169; sul rapporto tra artt. 1564 e 2119 cod. civ. vedi C. Pisani, *op. cit.*, p. 79).

Nel caso di specie, peraltro, l'incidenza del vincolo fiduciario come criterio per determinare la gravità dell'inadempimento – «maggiore» nella giusta causa ex art. 2119 cod. civ., «notevole» per il g.m.s. ex art. 3, legge n. 604/1966 – riveste particolare interesse perché interviene in un settore, quello del credito, dove la natura intensamente fiduciaria dei rapporti di lavoro – considerata quale indispensabile presupposto della collaborazione (Vedi Cass., Sez. lav., 23 luglio 1985, n. 4336, in *Riv. it. dir. lav.*, II, p.

609) – è stata costantemente richiamata dalla giurisprudenza per dare a tale vincolo un rilievo diverso e maggiore rispetto a quello proprio di ogni altro rapporto di lavoro, tenuto conto del fatto che un comportamento scorretto è idoneo a ledere l'affidamento che non solo il datore di lavoro, ma anche il pubblico, devono poter riporre nella lealtà e correttezza dei dipendenti bancari (Cass., Sez. lav., 28 aprile 2003, n. 6609, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 4; Cass., Sez. lav., 13 gennaio 2003, n. 321, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 359; Cass., Sez. lav., 9 agosto 2001, n. 10966, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 81; Cass., Sez. lav., 14 luglio 2001, n. 9576, in *Lav. giur.*, 2002, p. 237, con nota di Giradi; Cass., Sez. lav., 21 novembre 2000, n. 15004, in *Foro it.*, 2003, I, 1845, con nota di Fabiani; Cass., Sez. lav., 20 gennaio 1994, n. 497, in *Not. giur. lav.*, p. 193).

Un simile approdo della giurisprudenza – seppur non unanimemente condiviso (Vedi Cass., Sez. lav., 22 novembre 1996, n. 10299, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 607, con nota di M. Palla) –, pur risultando ancorato alla particolare natura dell'attività creditizia esercitata, necessita tuttavia di essere raccordato con un consolidato orientamento giurisprudenziale che, in sede di interpretazione del disposto di cui all'art. 2119 cod. civ., richiede un accertamento in concreto della giusta causa, valutando la mancanza posta in essere dal lavoratore non solo nel suo contenuto oggettivo – ossia con riguardo alla natura e alla qualità del rapporto, alla posizione delle parti e al grado di affidamento richiesto dalle mansioni espletate –, ma anche nella sua portata soggettiva e, quindi, con particolare riferimento alle particolari circostanze e condizioni in cui è stato posto in essere, ai modi, ai suoi effetti e all'intensità del requisito intenzionale dell'agente (Vedi, tra le tante, Cass., Sez. lav., 15 febbraio 2008, n. 3865, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 2; Cass., Sez. lav., 28 agosto 2003, n. 12634, in *Not. giur. lav.*, 2004, p. 222; Cass., Sez. lav., 26 maggio 2001, n. 7188, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 1066).

Alla luce di quanto osservato è del tutto evidente che, anche qualora la condotta addebitata fosse stata configurata come inadempimento, il giudice avrebbe dovuto valutare la proporzionalità dell'infrazione alla sanzione del licenziamento *ex art.* 2119 cod. civ., tenendo conto anche della passata e lunga fedeltà del dipendente all'azienda.

In verità, sul punto, il giudice, seppur implicitamente, sembra compiere una simile valutazione arrivando a riconoscere che la condotta «eccessivamente disinvolta» tenuta dal ricorrente, quale cassiere della banca – in virtù della «particolarità della situazione» e «dell'assenza di ogni negativo precedente a carico del lavoratore» –, avrebbe avuto quale conseguenza la dichiarazione di illegittimità del licenziamento perché ritenuto sproporzionato rispetto a quella – non contestata – mancanza.

4. — La necessità di verificare in concreto la gravità del fatto addebitato al fine di individuare la sanzione proporzionata e di accertare la congruità di quella irrogata offre l'opportunità per ritornare su un'importante questione controversa, ossia sulla possibilità o meno che l'autonomo apprezzamento del giudice possa estendersi sino al punto da applicare d'ufficio una sanzione conservativa al posto di quella estintiva originariamente irrogata dal datore di lavoro.

La questione, pur essendo stata oggetto di ripetute analisi da parte della dottrina e della giurisprudenza, si presenta caratterizzata da diversi – e contrastanti – orientamenti.

Un primo filone giurisprudenziale proveniente dalla giurisprudenza di merito (Vedi Pret. Milano 3 luglio 1984, in *Lav. 80*, p. 1092, con nota di Gandolfi) ritiene

che, nel caso in cui il datore di lavoro abbia applicato una sanzione disciplinare illegittima per mancanza di proporzionalità tra l'infrazione contestata e la sanzione stessa, il giudice possa operare la conversione (o sostituzione) di quest'ultima in una sanzione meno grave, proporzionata alla mancanza commessa dal lavoratore, potendo presumersi che il datore di lavoro avrebbe irrogato la sanzione meno grave se avesse conosciuto il vizio del provvedimento intimato (Pret. Bologna 4 luglio 1988, in *Dir. prat. lav.*, p. 2819; in dottrina, favorevole al potere sostitutorio del giudice è G. Pera, *Sub art. 7*, in C. Assanti, G. Pera, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, p. 83, che, però, lo condiziona al fatto che l'impugnativa della sanzione sia fondata sul difetto di proporzionalità rispetto all'addebito e che il datore di lavoro esplicitamente chieda – in via subordinata – la conversione in una sanzione minore; sulla stessa posizione V. A. Poso, *Sulla conversione giudiziale del licenziamento per giusta causa dichiarato illegittimo per sproporzione rispetto all'infrazione contestata*, in *Giust. civ.*, 1986, p. 2959, che ritiene legittima la conversione nell'ipotesi in cui «il lavoratore parte ricorrente» abbia chiesto al giudice, in ipotesi subordinata, l'applicazione di una sanzione conservativa; vedi anche F. Mazziotti, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1980, p. 93, che ritiene possibile estendere il principio della conversione del licenziamento senza preavviso in licenziamento con preavviso ai rapporti tra licenziamento e sanzioni minori; in senso contrario M. Papaleoni, *Licenziamento in tronco e conversione in sanzione conservativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, p. 1054).

Tale orientamento non sembra essere condiviso dalla giurisprudenza di legittimità (Vedi Cass., Sez. lav., 13 dicembre 1991, n. 13455, in *Giust. civ.*, I, p. 1301; più recentemente, e con più ampia motivazione, Cass., Sez. lav., 25 maggio 1995, n. 5753, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 473, con nota di L. Nogler), la quale ha affermato che il giudice, adito dal lavoratore per l'annullamento di una sanzione, non può – senza esserne richiesto dall'attore, che ammetta la propria responsabilità, ma invochi conseguenze più tenui, e senza alcuna eccezione da parte del datore di lavoro, titolare del potere disciplinare – convertirla in una meno grave, atteso che altrimenti la pronuncia giudiziale finirebbe per interferire con il potere disciplinare del datore di lavoro sul duplice versante della discrezionalità del suo esercizio e del tipo di sanzione da irrogare, trasferendone la titolarità al giudice (Vedi A. M. Bruni, *Sulla conversione del licenziamento*, Cedam, Padova, 1988, p. 138). Proprio a quest'ultimo indirizzo sembra aderire il giudice astigiano quando afferma che le sanzioni minori (conservative) non possono essere inflitte dal giudice *in loco datoris*.

A ogni modo, il fatto di ritenere possibile una estensione del principio sancito dalla giurisprudenza per la fattispecie risolutiva [Sulla riqualificazione operata dal giudice, d'ufficio o su istanza di parte, del licenziamento senza preavviso in licenziamento con preavviso vedi, tra le tante, Cass., Sez. lav., 27 febbraio 2004, n. 4050, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 628; Cass., Sez. lav., 6 giugno 2000, n. 7617, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 79, con nota di Corti; Cass., Sez. lav., 15 gennaio 1997, n. 360, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 185, con nota di Muggia; Cass., Sez. lav., 2 aprile 1996, n. 3048, in *Foro it.*, 1997, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 3890] non tiene in conto che, mentre nel caso di riqualificazione della sanzione estintiva giusta causa e giustificato motivo soggettivo costituiscono pur sempre due *species* di un medesimo *genus*, differenziate sul piano quantitativo ma accomunate sia dal titolo che dalla causa giuridica e dai relativi effetti (M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, 2006, p. 207),

nel caso di conversione di una sanzione estintiva in una conservativa non si tratta di «qualificazioni giuridiche di comportamenti egualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto di lavoro» [Cass., Sez. lav., 27 novembre 1992, n. 12678, in *Foro it.*, 1992, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1561], bensì di sanzioni ontologicamente e qualitativamente diverse [Cass., Sez. lav., 2 aprile 1996, n. 3048, in *Foro it.*, 1997, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 3890], caratterizzate dalla «diversità degli effetti economici e giuridici» (Cass., Sez. lav., 25 maggio 1995, n. 5753, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 1067).

Alla luce di questi orientamenti sembra potersi affermare che, almeno in linea generale, la soluzione potrebbe essere rintracciata nella regola che ammette la conversione esclusivamente all'interno di ciascun tipo di sanzione (espulsiva o conservativa), senza accomunare i due diversi istituti (Vedi G. Dondi, *Le sanzioni disciplinari*, in *Giur. it.*, 1990, IV, p. 57).

Tuttavia, si ritiene condivisibile quanto sostenuto da una parte della giurisprudenza (Vedi Cass., Sez. lav., 13 dicembre 1991, n. 13455, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3101, con nota di M. Papaleoni), la quale afferma che l'accertamento giudiziale dell'illegittimità di una sanzione disciplinare irrogata al lavoratore, in quanto eccessiva rispetto alla gravità dell'infrazione, non impedisce la successiva applicazione da parte del datore di lavoro – per la stessa infrazione – di un nuovo provvedimento disciplinare di minore gravità, senza che il suo ritardato esercizio leda il principio dell'immediatezza della contestazione, risultante dall'art. 7, comma 2, della legge 20 maggio 1970, n. 300.

5. — Un ultimo aspetto analizzato dal giudice astigiano è quello relativo al contenuto dell'obbligo di fedeltà *ex art.* 2105 cod. civ. (Sulla configurazione dell'obbligo di fedeltà nello specifico settore del credito vedi M. Aparo, *Obbligo di fedeltà nel settore del credito*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, pp. 71 ss.).

Quest'ultimo aspetto, pur essendo stato ritenuto ultroneo perché non contestato esplicitamente dall'istituto, consente al giudice di individuare una violazione che avrebbe potuto avere delle conseguenze sul rapporto di lavoro «avendo il sig. S. C. ommesso di segnalare alla banca che stava effettuando operazioni oggetto di doverosa rilevazione e comunicazione da parte della banca stessa».

Tuttavia il giudice, pur individuando una possibile violazione dell'obbligo di fedeltà – mostrando di aderire all'orientamento dominante in giurisprudenza, che ravvisa una nozione «allargata» di fedeltà riconducibile ai generali principi civilistici della correttezza *ex art.* 1175 cod. civ. e della buona fede *ex art.* 1375 cod. civ. [Vedi, tra le tante, Cass., Sez. lav., 4 aprile 2005, n. 6957, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 916, con nota di C. Pisani; Cass., Sez. lav., 16 gennaio 2001, n. 519, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2001, p. 453, con nota di L. Di Paola; Cass., Sez. lav., 16 maggio 1998, n. 4952, in *Mass. Giur. lav.*, 1998, p. 663; Cass., Sez. lav., 1° giugno 1988, n. 3719, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 978, con nota di P. Tullini; per una critica in dottrina alla configurazione, nel nostro ordinamento, di un obbligo generale di fedeltà inteso come astensione da tutto ciò che potrebbe risultare pregiudizievole al datore di lavoro e all'azienda vedi M. G. Mattarolo, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in *Codice civile*, Commentario a cura di P. Schlesinger, Milano, 2000, pp. 237 ss.] –, riconosce che tali obblighi aggiuntivi devono trovare un necessario «bilanciamento» con il diritto alla riservatezza, non potendo, a ogni modo, implicare «la rinuncia a posizioni di interesse del presunto obbligato» (Per una panoramica sui problemi di coordinamento tra obbligo di se-

gnalazione e dovere di riservatezza da parte dell'operatore bancario vedi D. Masciandaro, *Banche e riciclaggio, analisi economica e regolamentazione*, Milano, 1994, pp. 156 ss.).

Al di là della valutazione circa l'uso «improprio» fatto dalla giurisprudenza di una nozione «allargata» dell'obbligo di fedeltà (Vedi C. Pisani, *Sull'«uso improprio» dell'art. 2105 da parte della Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, pp. 920 ss.), è evidente che nel caso in esame l'obbligo di segnalazione è da considerarsi riconducibile non al generico dovere di fedeltà del lavoratore quanto allo specifico dovere di diligenza ex art. 2104, comma 1, cod. civ. (Per una analisi degli specifici profili dell'esatto adempimento dei dipendenti degli istituti di credito, anche alla luce delle indicazioni desumibili dalla disciplina collettiva in materia, vedi L. Castelvetri, *Diligenza e adempimento nel settore del credito*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, I, pp. 55 ss.).

6. — In punto di conclusione non si può fare a meno di affermare che la decisione del Tribunale, se appare del tutto condivisibile per quanto riguarda la dichiarazione di illegittimità del licenziamento, si mostra «traballante» sul piano argomentativo, avendo posto l'attenzione esclusivamente sulla mancata specificazione nella motivazione dell'aver operato il sig. C. S. simultaneamente come dipendente e cliente della banca.

Una diversa motivazione – magari fondata proprio sulla mancanza di proporzionalità dell'infrazione alla sanzione – avrebbe sicuramente reso evidente che la duplice posizione assunta dal cliente/dipendente non esclude del tutto la possibilità che, in futuro, tale comportamento «eccessivamente disinvolto» possa essere oggetto di sanzione disciplinare, seppur di tipo conservativo.

Pierpaolo Miglietta
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi di Bari*

DIRITTO SINDACALE

CASSAZIONE, 26 novembre 2007, n. 24581, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Balletti – Syndial Spa (avv. Ciabattini) c. Cgil territoriale di Sassari, Filcea Cgil territoriale di Sassari (avv. Petrocelli).
Cassa App. Sassari 24 giugno 2004.

Condotta antisindacale – Ex art. 28 Stat. lav. – Comando unilaterale lavoratori – Art. 45 Ccnl – Effettività diritto di sciopero.

È antisindacale il comportamento dell'azienda che in caso di sciopero precetta i dipendenti destinati al turno di sicurezza senza concordare i nomi con il sindacato, anche nel caso in cui la proclamazione non sia unitaria ma indetta da una sola sigla. (1)

(Omissis)

Svolgimento del processo

Con ricorso della legge n. 300 del 1970, ex art. 28, dinanzi al Tribunale-giudice del lavoro di Sassari la «Cgil territoriale di Sassari» e la «Filcea-Cgil territoriale di Sassari» convenivano in giudizio la Spa Enichem per sentire dichiarare antisindacale il comportamento tenuto dalla cennata società in occasione dello sciopero indetto dalla Cgil per il giorno 18 ottobre 2002, e consistito nella mancata contrattazione con l'Organizzazione sindacale sulla predisposizione delle squadre di sicurezza durante detto sciopero e nella determinazione unilaterale della Società di comandare i lavoratori turnisti.

Costituitasi in giudizio la Spa Syndial (succeduta, nelle more del giudizio, alla Spa Enichem), l'adito giudice del lavoro – con decreto del 2 dicembre 2002 – accoglieva il ricorso e, a seguito di opposizione della soccombente, il giudice dell'opposizione – con sentenza del 7 marzo 2003 – confermeva il decreto opposto.

Avverso tale sentenza proponeva appello la Spa Syndial e, ricostituitosi il contraddittorio, la Corte d'Appello di Cagliari-Sezione distaccata di Sassari rigettava l'impugnativa con la condanna dell'appellante alle spese del grado.

Per quello che rileva in questa sede la Corte territoriale ha rimarcato che: a) «sono pacifici i fatti, ovvero la proclamazione dello sciopero e le reiterate richieste della Filcea-Cgil per il reperimento delle squadre di sicurezza, come pure il disaccordo delle altre sigle sindacali sullo sciopero e dunque sulla contrattazione delle squadre, che dunque la Cgil, pure non trattandosi di servizio pubblico essenziale, offrì la massima disponibilità della organizzazione che aveva indetto lo sciopero per contemperare le esigenze connesse con la libera adesione al medesimo e quelle aziendali, come pure la indisponibilità della azienda a trovare qualunque soluzione e la adozione, dalla stessa, di un atto unilaterale di comando per tutto il personale turnista»; b) «non può certo dubitarsi che l'accordo a livello aziendale possa essere quello che viene raggiunto tra la parte datoriale e la Rsu, e così risulta esser stato, in applicazione della previsione dell'art. 45 in precedenti scioperi, ma non vi è chi non veda che una tale interpretazione può essere adottata solo quando le varie sigle sindacali abbiano indetto lo sciopero o comunque vi partecipano: ove invece una sola se ne faccia promotrice, altrettanto evidenti sono il disinteresse delle altre o meglio la volontà di farlo fallire, dunque se rappresentate all'interno della Rsu, la carenza di interesse a definirne la modalità operative e perfino a partecipare a eventuali riunioni finalizzate a dare attuazione all'art. 45, che è ciò che è accaduto nel caso in discussione, laddove lo sciopero era stato indetto esclusivamente dalla Cgil alla quale aderisce la Fiom; e Uil e Cisl avevano chiaramente espresso il loro dissenso e, all'interno della Rsu, boicottato le iniziative di accordo sulle sue modalità»; c) «l'art. 45 non legittima l'atto unilaterale, ma solo l'accordo, accordo al quale la società si è volontariamente sottratta e dunque non poteva sopperirvi con l'atto unilaterale, toccava poi alla stessa trovare soluzioni diverse per una situazione che era stata indotta dal suo rifiuto». Per la cassazione di tale sentenza la Spa Syndial propone ricorso affidato a tre motivi e sostenuto da «memoria» *ex* art. 378 cod. proc. civ., e da «osservazioni» all'art. 379 cod. proc. civ., u.c.

Le intimare «Cgil territoriale di Sassari» e «Filcea-Cgil territoriale di Sassari» resistono con controricorso.

Motivi della decisione

1. - Con il primo motivo di ricorso la società ricorrente – denunciando «violazione dell'art. 1362 cod. civ. ss., nonché vizi di motivazione» – censura «l'affermazione contenuta in sentenza secondo cui l'art. 45 Ccnl attribuirebbe alla O.S. intimata il diritto di controllare le modalità attuative dello sciopero imponendo all'azienda il corrispettivo dovere [in quanto], nel caso di specie, essendo scontato che i turnisti sono tutti indispensabili per consentire il necessario funzionamento degli impianti in condizioni di sicurezza per gli stessi e per gli operatori, tale imposizione non poteva non riguardare

tutti i turnisti, indipendentemente da una prognosi circa il prevedibile atteggiamento di ciascuno di essi nei confronti della proclamazione effettuata dalla Cgil, [per cui] il comportamento aziendale consistito nella “comandata” di tutti i turnisti non può essere considerato antisindacale in quanto esercizio di un potere-dovere riconosciuto dalla Carta fondamentale [art. 41], dal codice [art. 2087] e dal contratto collettivo [art. 45]».

Con il secondo motivo la società ricorrente – denunciando «omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia» – addebita alla Corte d’Appello «di avere ritenuto che qualsiasi sigla sindacale e/o qualsiasi gruppo organizzato di lavoratori, a prescindere dalla presenza o meno di suoi rappresentanti in seno alla Rsu, sarebbe legittimato a contrattare ai sensi dell’art. 45 Ccnl (ignorando la *ratio* della norma e superando un po’ troppo disinvoltamente la prassi consolidata in materia), ma non si è preoccupata di chiarire come un accordo siffatto, prescindendo dalla effettiva rappresentatività dei contraenti, possa esplicare efficacia diretta nei confronti di tutto il personale e, quindi, sopperire alla emanazione della comandata».

Con il terzo motivo la società ricorrente – denunciando «violazione della legge n. 300 del 1970, art. 28, nonché vizi di motivazione» – rileva che «un dato risulta con certezza dalla narrativa, e perverso è ammesso anche dalla sentenza gravata: la buona fede dell’azienda e quindi l’insussistenza nel suo comportamento di qualsiasi intento lesivo, che è presupposto essenziale della antisindacalità».

2. - I primi due motivi di ricorso – da valutarsi congiuntamente in quanto intrinsecamente connessi – non sono meritevoli di accoglimento.

2/a - Un ordinato *iter* argomentativo impone alcune preliminari considerazioni sull’art. 28 Stat. lav. Come è noto, la condotta antisindacale si identifica, alla stregua del citato articolo, con i comportamenti del datore di lavoro (o di soggetti che secondo l’organizzazione dell’impresa spiegano attività a esso imputabili, esercitando una parte, più o meno estesa, dei poteri datoriali) volti a impedire o a limitare l’esercizio della attività sindacale nonché del diritto di sciopero. È ormai acquisito come dato incontestabile che il termine «comportamento» – anche in ragione della funzione garantista sottesa al disposto dell’art. 28 e ai valori costituzionali di riferimento – debba essere inteso in senso estensivo; il che porta a ritenere compreso in detto termine anche mere condotte materiali e pure comportamenti omissivi del datore di lavoro che vengano in rilievo nella loro potenzialità lesiva attraverso atti positivi, in funzione discriminatoria di altri dipendenti sindacalisti.

È ugualmente un dato incontestato che la *ratio* dell’art. 28 Stat. lav. vada individuata nella posizione di potere del datore di lavoro e nell’esigenza di riequilibrare l’istituzionale debolezza dei lavoratori (anche in ambito con-

trattuale) attraverso un sistema legale protettivo delle organizzazioni sindacali e della loro libertà e attività nonché del diritto di sciopero, quale strumento indispensabile per assicurare una maggiore forza alla stessa collettività dei lavoratori, rappresentata dalle suddette organizzazioni.

La logica dell'art. 28 Stat. lav. si colloca, pertanto, nei rapporti conflittuali (o potenzialmente tali) tra datore di lavoro e organizzazioni sindacali in ogni caso in cui tale conflittualità finisca per interferire negativamente sulle prerogative costituzionali del sindacato.

2/b - In relazione alla questione dell'individuazione della condotta antisindacale, nella giurisprudenza di legittimità è stata sottolineata la mancanza di tipicità della condotta antisindacale (così, *ex plurimis*, Cass. n. 5454/1992, a mente della quale l'art. 28 Stat. lav., nell'attribuire al giudice civile il potere di ordinare la cessazione e la rimozione degli effetti del comportamento del datore di lavoro diretto a impedire o limitare l'attività sindacale, pone una fattispecie tipizzata solo dal punto di vista dei beni protetti, ma non anche da quello dei comportamenti; sostanzialmente nello stesso senso Cass. n. 3780/1990, che, nell'affermare che il requisito necessario per integrare la fattispecie della condotta antisindacale è costituito dal pregiudizio che la stessa arreca nei confronti di interessi collettivi, conferma che l'identificazione della fattispecie può avvenire soltanto attraverso l'individuazione degli interessi che la norma intende tutelare vietando tale condotta). Sempre con riferimento alla questione dell'identificazione della fattispecie si rileva che – alla stregua di Cass. n. 441/1984 – nella repressione della condotta antisindacale il fondamento dell'azione consiste nella violazione di norme costituzionali (in primo luogo, come nella specie, dell'art. 40 Cost.), o, quanto meno, generali dell'ordinamento, e non già nella violazione di diritti, o comunque di posizione di diritti, o comunque di posizioni giuridiche di origine contrattuale, cui si riferisce la normale tutela individuale del lavoratore.

Sotto altro profilo, dal punto di vista processuale, è stato costantemente statuito che l'accertamento del giudice del merito circa l'idoneità di una determinata condotta del datore di lavoro a ostacolare o reprimere l'attività sindacale si risolve in un giudizio di fatto, censurabile in sede di legittimità solo sotto il profilo della congruità della motivazione (così, *ex plurimis*, Cass. n. 7779/1998).

2/c - Proprio con riferimento a quest'ultima statuizione si conferma la pronuncia di non accoglimento del ricorso anche sotto il profilo della sua inammissibilità in sede di legittimità. Ciò specie con riguardo al nucleo sostanziale dei primi due motivi di ricorso che attengono all'asserita errata interpretazione, da parte della Corte territoriale, dell'art. 45 del contratto collettivo applicabile in materia e alla motivazione asseritamente viziata della sentenza impugnata.

Nella cennata sentenza la Corte d'Appello, al termine di un corretto percorso motivazionale, ha statuito (come già si è constatato) che «sicuramente dalla previsione dell'art. 45 emerge l'obbligo per la azienda di stipulare accordi per la sicurezza; non si specifica con chi e in che modo, ma certo, nel caso in discussione, la azienda si è sottratta a tale obbligo rifiutando di stipularli con la sola Cgil, mentre la previsione contrattuale non legittima tale lettura; la disposizione vuole che le organizzazioni dei lavoratori, in genere, siano coinvolte nel reperimento di soluzioni atte a garantire la sicurezza dei lavoratori, tentativo che la azienda ha respinto *a priori* [...] in conclusione l'art. 45 non legittima l'atto unilaterale, ma solo l'accordo, accordo al quale la società si è volontariamente sottratta e dunque non poteva sopperirvi con l'atto unilaterale».

In merito alla cennata statuizione attinente specificamente all'interpretazione di un contratto collettivo di lavoro – e, come tale, censurato dalla ricorrente – si rileva che l'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro è riservata all'esclusiva competenza del giudice del merito, le cui valutazioni soggiacciono, nel giudizio di cassazione (anzitutto, peraltro, alla nuova formulazione dell'art. 360 cod. proc. civ., comma 1, n. 3), a un sindacato limitato alla verifica del rispetto dei canoni legali di ermeneutica contrattuale e al controllo della sussistenza di una motivazione logica e coerente: sia la denuncia della violazione delle regole di ermeneutica, sia la denuncia del vizio di motivazione esigono una specifica indicazione (ossia la precisazione del modo attraverso il quale si è realizzata la anzidetta violazione e delle ragioni della obiettiva deficienza e contraddittorietà del ragionamento del giudice di merito) non potendo le censure risolversi, in contrasto con l'interpretazione loro attribuita, nella mera contrapposizione di una interpretazione diversa da quella criticata (Cass. n. 7740/2003, Cass. n. 11053/2000) – come inammissibilmente ha fatto la ricorrente con i motivi in esame.

Con riferimento, inoltre, alle censure concernenti gli asseriti «vizi di motivazione», vale *sintetim* rilevare – a conferma dell'infondatezza delle doglianze proposte *ex art.* 360 cod. proc. civ., n. 5 – che: a) il difetto di motivazione, nel senso d'insufficienza di essa, può riscontrarsi soltanto quando dall'esame del ragionamento svolto dal giudice e quale risulta dalla sentenza stessa emerge la totale obliterazione di elementi che potrebbero condurre a una diversa decisione ovvero l'obiettiva deficienza, nel complesso di essa, del procedimento logico che ha indotto il giudice, sulla base degli elementi acquisiti, al suo convincimento, ma non già, invece – come per le censure mosse nella specie dalla ricorrente –, quando vi sia difformità rispetto alle attese e alle deduzioni della parte sul valore e sul significato attribuiti dal giudice di merito agli elementi delibati; b) il vizio di motivazione sussiste unicamente quando le motivazioni del giudice non consentono di ripercorrere l'*iter* logi-

co da questi seguito o esibiscano al loro interno un insanabile contrasto ovvero quando nel ragionamento sviluppato nella sentenza sia mancato l'esame di punti decisivi della controversia (Cass. n. 3928/2000) – irregolarità, queste, che la sentenza impugnata di certo non presenta –; c) per poter considerare la motivazione adottata dal giudice di merito adeguata e sufficiente, non è necessario che nella stessa vengano prese in esame (al fine di confutarle o condividerle) tutte le argomentazioni svolte dalle parti, ma è sufficiente che il giudice indichi – come sicuramente ha fatto, nella specie, il giudice di appello – le ragioni del proprio convincimento, dovendosi in questo caso ritenere implicitamente rigettate tutte le argomentazioni logicamente incompatibili con esse (Cass. n. 13342/99).

3. - Anche il terzo motivo di ricorso si appalesa infondato.

Infatti – a fronte della censura della ricorrente secondo cui «anche nel contesto di un orientamento più soggettivista andrebbe giocoforza attribuita rilevanza alla ragionevolezza del comportamento aziendale data l'anomalia della situazione concreta nella quale è stato tenuto» – appare corretta la statuizione contenuta nella sentenza impugnata a mente della quale, nella definizione di antisindacalità della condotta datoriale, «non vi è necessità di ricerca dell'intento lesivo, laddove sia chiara la obiettiva idoneità della condotta a ledere la libertà sindacale e il diritto di sciopero e in ordine alla attualità del pregiudizio, atteso che la contestata condotta avrebbe potuto costituire il precedente per svilire il contenuto del diritto di sciopero in tutte le ipotesi in cui uno sciopero non venga proclamato, unitariamente, da tutte le organizzazioni sindacali». A conferma della correttezza della cennata statuizione vale riportarsi alla sentenza delle Sezioni Unite n. 5295/1997 – che, allo stato degli atti e con riferimento alla genericità dell'impugnativa siccome proposta dall'odierna ricorrente, non si può che ribadire –, alla stregua della quale «per integrare gli estremi della condotta antisindacale di cui all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori è sufficiente che tale comportamento leda oggettivamente gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, non essendo necessario (ma neppure sufficiente) uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro» (Cass., Ss.Uu., n. 5295, cit., e, successivamente, Cass. n. 10234/1998, e, più di recente, Cass. n. 1684/2003): nell'ambito di tale orientamento giurisprudenziale può, quindi, affermarsi, proprio con riferimento alla fattispecie *ex* art. 28 Stat. lav., che una condotta del datore di lavoro, pur se lecita nella sua obiettività, ben può presentare i caratteri dell'abuso del diritto esplicitandosi attraverso l'uso abnorme delle relative facoltà e indirizzandosi a fine diverso da quello tutelato dalla norma, così assumendo carattere di illiceità per contrasto con i principi di correttezza e buona fede i quali assurgono a norma integrativa del contratto di lavoro, in relazione all'obbligo di solidarietà imposto alle parti contraenti dalla

comunione di scopo che entrambe, sia pure in diversa e talora opposta posizione, perseguono (cfr. Cass. n. 9501/1995).

4. - In definitiva, alla stregua delle considerazioni svolte, il ricorso proposto dalla Spa Syndial deve essere respinto.

Date le peculiarità della controversia si ravvisa l'opportunità di compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Per questi motivi

La Corte rigetta il ricorso. (*Omissis*)

(1) COMANDATA IN CASO DI SCIOPERO PROCLAMATO
DA UNA SOLA COMPONENTE DELLA RSU

Con la pronuncia in esame la Suprema Corte ritorna sulla questione dei limiti di legittimità dell'agire dell'imprenditore nel conflitto, e, in particolare, sul problema del rapporto tra tutela della libertà sindacale e del diritto di sciopero, da una parte, e tutela della libertà imprenditoriale, dall'altra. Quest'ultima, nel caso specifico, coinvolge anche il profilo della sicurezza dei lavoratori, oltre che quello della salvaguardia degli impianti.

Oggetto del giudizio, infatti, è la valutazione dell'antisindacalità della determinazione unilaterale della cd. comandata da parte della società ricorrente, in occasione dello sciopero proclamato da una componente della rappresentanza sindacale unitaria (Rsu).

Nella sentenza, dunque, si affronta il problema del rilievo che deve essere riconosciuto al comportamento dell'imprenditore il quale, in presenza di una disposizione contrattuale che riconosce «l'esigenza di realizzare accordi a livello aziendale» per la sicurezza dei lavoratori e la tutela dei macchinari (Art. 45 Ccnl industria chimica – Federazione nazionale dell'industria chimica e Filcem-Cgil, Femca-Cisl e Uilcem-Uil – 12 febbraio 2002), non specificando con quali soggetti detti accordi devono essere raggiunti in caso di sciopero, ha compromesso l'esercizio del relativo diritto, predisponendo unilateralmente la cd. comandata.

Il datore di lavoro, in particolare, motiva e giustifica il proprio rifiuto a concordare le squadre di sicurezza con una sola componente della Rsu con la conformità del proprio comportamento a una consolidata prassi aziendale. In precedenza, infatti, le modalità di attuazione dello sciopero erano sempre state concordate con la Rsu; possibilità che in quel momento appariva preclusa, poiché a richiedere un accordo, finalizzato a contemperare l'esercizio del diritto di sciopero con le esigenze aziendali di sicurezza dello stabilimento petrolchimico, era solo una minoranza interna alla Rsu: la stessa che aveva proclamato lo sciopero.

La questione controversa, sottoposta al giudice di legittimità e, ancor prima, ai giudici di merito, concerne, pertanto, la rilevanza giuridica da attribuire a una prassi aziendale che riflette un periodo in cui non vi era un contrasto tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori componenti la Rsu. Può trovare così giustificazione nella conformità a una prassi aziendale il comportamento della società ricorrente che,

di fatto, lede il diritto di sciopero? O, piuttosto, la condotta del datore deve essere sanzionata (ex art. 28 della legge n. 300/70) per la violazione dell'art. 45 del Ccnl, avuto riguardo alla *ratio* della norma stessa, che sembra essere quella di limitare l'intervento unilaterale dell'imprenditore, sottoponendo all'accordo con la rappresentanza sindacale la determinazione della cd. comandata, quando questa appare indispensabile, data la peculiarità degli impianti e dell'organizzazione produttiva dell'azienda, a tutelare la sicurezza dei lavoratori oltre che la salvaguardia degli impianti?

La Corte di Cassazione, al termine di un articolato *iter* argomentativo ed eseguitico della norma che sanziona la condotta antisindacale, conclude per il rigetto del ricorso presentato dalla società ricorrente contro la sentenza di secondo grado, nella quale era stata confermata l'antisindacalità del suo comportamento.

Per meglio comprendere l'*iter* argomentativo sviluppato nei diversi gradi del giudizio, è utile soffermarsi, sia pur brevemente, sulla cd. comandata, mediante la quale il datore di lavoro dispone, per la salvaguardia dell'integrità dei beni aziendali o per la tutela di altri beni fondamentali (come quello dell'incolumità fisica), la permanenza in servizio – anche durante lo sciopero – del numero minimo di lavoratori indispensabile per garantire la tutela dei beni in questione.

Problemi particolari sono sorti con riferimento agli scioperi in impianti a ciclo continuo che non possono essere fermati e successivamente riavviati senza pregiudizio per la loro efficienza, oltre che senza pericoli per la sicurezza delle maestranze addette al loro funzionamento, e che, dunque, devono comunque continuare a funzionare, anche se al minimo (P. G. Alleva, *Esercizio del diritto di sciopero nelle aziende con impianti a ciclo continuo*, in *q. Riv.*, 1976, I, p. 371). La necessità di salvaguardare questo tipo di impianti in occasione di sciopero ha contribuito ora al consolidamento della prassi di esentare dallo sciopero stesso il numero di lavoratori strettamente indispensabili a quel fine, ora alla determinazione delle cd. comandate mediante accordi aziendali da stipulare con le rappresentanze sindacali (F. Santoni, *Lo sciopero*, Jovene, 1999, p. 56).

Come noto la giurisprudenza e la dottrina, sul tema specifico dello sciopero nelle aziende a ciclo continuo, sono limitate e piuttosto risalenti. Va anche ricordato che l'istituto della «comandata» si presta a essere letto alla luce della elaborazione teorica che si è sviluppata sui limiti del diritto di sciopero e, in particolare, sulle sue modalità di esercizio.

Per ciò che concerne le forme di attuazione dello sciopero, un primo risalente orientamento giurisprudenziale e dottrinale, fondato sulla cd. tecnica definitoria, afferma che l'entità del danno arrecato da uno sciopero all'organizzazione aziendale dovrebbe essere valutata con un criterio di proporzionalità/corrispettività rispetto alle retribuzioni perdute dai lavoratori e, comunque, non risultare maggiore di quello inerente alla pura e semplice sospensione dell'attività lavorativa (G. Zangari, *Diritto di sciopero e corrispettività dei sacrifici*, in *Dir. lav.*, 1969, I, p. 81).

A sostegno della tesi della corrispettività dei sacrifici si richiamano fattispecie e principi del diritto dei contratti, quali la regola finalistica dell'abuso del diritto e le regole della correttezza e della buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.), nelle quali troverebbero una specifica tutela l'interesse del datore di lavoro alla conservazione della propria organizzazione aziendale e la sua legittima aspettativa a ricevere una prestazione utile e non difforme da quella convenuta.

Il richiamo ai principi di buona fede e correttezza e, in genere, ai limiti interni dello sciopero è apparso, tuttavia, inconfidente, ove si consideri che lo sciopero non rappresenta un momento di esecuzione del contratto, implicando, piuttosto, la sospensione dei suoi effetti (G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, p. 245).

Allo stesso modo si tende a svalutare la possibilità di determinare i limiti all'esercizio dello sciopero attraverso la considerazione del danno collegato all'astensione dal lavoro, osservandosi che la produzione del danno non è elemento dello scambio contrattuale (come lo è la perdita della retribuzione) e che la finalità di arrecare un pregiudizio economico alle imprese, anche attraverso lo sconvolgimento e la disorganizzazione dell'attività produttiva, è implicita in ogni forma di lotta sindacale (L. Montuschi, *Il diritto di sciopero e il cd. danno ingiusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 49).

Altri Autori, pertanto, sempre al fine di pervenire a una delimitazione dell'esercizio dello sciopero attraverso la valutazione del danno arrecato all'impresa, hanno ritenuto più corretto fare richiamo ai principi regolatori della responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. (E. Ghera, *Considerazioni sulla giurisprudenza in tema di sciopero*, in *Aa.Vv., Indagine sul sindacato*, Isle, Milano, 1970).

Secondo questa impostazione, lo sciopero non sarebbe esente dal limite generale che si ricava dal principio di solidarietà e dai limiti contemplati dalle regole di correttezza e buona fede. Peraltro, se per gli scioperanti tali regole si traducono nell'esigenza di rispettare la sfera giuridica dell'imprenditore e, in concreto, il suo interesse alla conservazione dell'organizzazione aziendale in vista della ripresa produttiva (Vedi Cass. civ. 30 gennaio 1980, n. 711, in *Foro it.*, 1980, I, 25), resta da chiarire la portata dei principi di correttezza e buona fede con riferimento al datore di lavoro.

Nel caso *de quo*, in particolare, il comportamento dell'imprenditore che predispone unilateralmente le squadre di sicurezza durante lo sciopero, benché volto alla salvaguardia della produttività aziendale o, eventualmente, alla tutela dell'incolumità fisica dei lavoratori, deve comunque considerarsi contrario al principio di correttezza e buona fede, per aver eluso la disposizione contrattuale (art. 45 Ccnl) e, nella misura in cui compromette l'effettività del diritto di sciopero, sanzionabile ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300/70?

La Cassazione, concludendo per il rigetto del ricorso e riconoscendo l'antisindacalità del comportamento dell'imprenditore, ritiene di poter condividere l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'intenzionalità del comportamento del datore di lavoro, mentre è irrilevante nel caso di condotta contrastante con norma imperativa, può assumere rilievo quando la condotta del medesimo, pur se lecita nella sua obiettività (in sé e per sé, infatti, la violazione di una disposizione contrattuale e/o la presunta/pretesa impossibilità a darne attuazione secondo una certa «prassi» non costituisce condotta antisindacale), presenti i caratteri dell'*abuso del diritto* (Cass. civ. 10 aprile 1986, n. 2500, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, fasc. 4; Cass. civ. 7 luglio 1987, n. 5922, in *Or. giur. lav.*, 1987, p. 891; più di recente, Corte d'Appello L'Aquila, 22 maggio 2003, in *GM*, 2004, p. 152) e, dunque, si palesi contrastante con la *ratio* dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori. Qui, ad esempio, il comportamento imprenditoriale risulta essere strumentalmente diretto alla lesione dell'esercizio del diritto di sciopero.

La finalità della norma (art. 28, legge n. 300/70) è quella di tutelare i beni garantiti dagli artt. 39 e 40 Cost. nei confronti del potere privato detenuto dal datore di lavoro. L'esercizio razionale del potere dell'imprenditore non è altro che l'uso di esso più opportuno in relazione ai fini da quest'ultimo perseguiti; per contro, «riconoscimento e tutela del conflitto significa riconoscimento e tutela del diritto a contrastare quei fini e, quindi, anche quella razionalità» (M. G. Garofalo, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli, 1979, p. 89). In questo caso è la stessa azienda che, con il suo rifiuto di concordare le squadre di sicurezza, ha determinato il conflitto tra l'esercizio del diritto di sciopero e il diritto alla conservazione della piena efficienza degli impianti.

Le considerazioni sopra svolte consentono di respingere le argomentazioni presentate dalla ricorrente e di sciogliere le riserve in merito all'esistenza in capo al datore di lavoro di un obbligo a concordare la predisposizione della cd. comandata con il sindacato. Il sindacato, infatti, deve poter controllare la rispondenza delle modalità proposte dal datore di lavoro ai principi informativi della libertà sindacale e del libero esercizio del diritto di sciopero, previo accordo e conoscenza delle medesime. Nel caso di specie, tuttavia, la questione diventa ulteriormente complessa poiché, superate le divergenze sull'*an*, sorge il problema dell'individuazione dell'organizzazione sindacale con cui concludere l'accordo. Se, infatti, l'accordo deve essere stipulato dall'imprenditore con la Rsu, resta da chiarire se il dissenso di una o più sigle sindacali possa paralizzare l'accordo e legittimare l'intervento unilaterale del datore di lavoro e, dunque, compromettere l'effettività stessa del diritto di sciopero.

Nel caso *de quo* già il giudice di merito aveva sottolineato che l'art. 45 del Ccnl, invocato dall'azienda in materia di garanzia di sicurezza degli impianti, come prima esplicitato, non specifica con quali soggetti gli accordi devono essere raggiunti, ragion per cui «è una pretesa ingiustificata quella di ritenere che l'interlocutore unico e necessario per l'azienda deve essere la Rsu» (Tribunale Sassari 7 marzo 2003). Conseguentemente il rifiuto della società ricorrente di concordare con la componente minoritaria della Rsu la materia delle squadre di sicurezza non trova supporto nel citato art. 45 e, anzi, è contrario allo spirito di tale disposizione, che ha la finalità di coinvolgere le organizzazioni dei lavoratori nel trovare soluzioni atte a garantire «in ogni occasione» la sicurezza dei lavoratori e degli impianti.

Con riferimento a questo particolare aspetto, si è posto in dottrina e in giurisprudenza il problema della configurazione delle strutture di rappresentanza unitarie, in assenza di un'esplicita disposizione nel testo del Protocollo e dell'Accordo attuativo del dicembre 1993 atto a qualificare la struttura sindacale in base al nuovo criterio di composizione delle rappresentanze, in parte associativo e in parte elettivo. In particolare, il nodo venuto al pettine riguardava la possibilità di configurare l'organismo di rappresentanza sindacale come una pura somma di rappresentanze (tante quante sono le componenti che si riconoscono nelle associazioni sindacali che hanno assunto l'iniziativa della costituzione) dotate ognuna di una propria autonomia soggettività, oppure come un organismo unitariamente inteso.

Secondo un primo orientamento la non configurabilità dell'organismo in termini unitari sarebbe ricavabile argomentando *a contrario* dalla mancanza di una precisa disposizione che qualifichi la struttura come collegiale e individui le modalità di funzionamento della Rsu (P. Bellocchi, *Il contratto collettivo stipulato dalle*

rappresentanze sindacali unitarie: problemi in tema di efficacia soggettiva, in *Arg. dir. lav.*, 1997, n. 4, p. 281).

Secondo una diversa impostazione, peraltro, dalla lettura complessiva del Protocollo e dell'Accordo del dicembre 1993 emergerebbero altre disposizioni che troverebbero possibile giustificazione solo partendo dal presupposto di un organismo unitario. Un esempio in tal senso è rappresentato dal punto 6 dell'Accordo interconfederale (A. I.) del 1993, laddove si prevede la decadenza e l'obbligo di rinnovo dell'intera rappresentanza quando vi siano le dimissioni di più della metà dei componenti. Questo orientamento sembrerebbe suffragato, altresì, da quella parte dell'A. I. in cui si traccia la distinzione tra rappresentanza unitaria e suoi dirigenti: la mancata distinzione, nell'ipotesi di imputazione giuridica dei diritti sindacali previsti dalla legge (diritto di assemblea, diritto di affissione ecc.), fra soggetti dirigenti e organismo rappresentativo sembrerebbe escludere che i poteri sostanziali siano attribuiti a ciascuno dei componenti.

Il giudice di legittimità, nel respingere il ricorso presentato dalla società ricorrente, sembra aderire al primo orientamento ed escludere la possibilità che il dissenso interno alla Rsu possa (compromettere l'accordo con la parte datoriale e) legittimare l'imprenditore alla predisposizione unilaterale della cd. comandata. Se l'azienda, infatti, deve garantire la sicurezza, tale dovere deve essere temperato con il diritto di sciopero dei lavoratori, anche se proclamato da una sola organizzazione sindacale, intesa come portatrice di istanze rappresentative particolari e, quindi, inevitabilmente dotata di una propria autonomia e identità (Cfr. Pret. Nola, Sez. di Pomigliano d'Arco, 19 aprile 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 723; Pret. Nola, Sez. di Pomigliano D'Arco, 28 marzo 1996, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 671; Pret. Varese, 14 febbraio 1997, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 507; Pret. Milano, 19 novembre 1998, *ivi*, 1999, p. 61, Trib. Monza, 20 marzo 2001, *ivi*, 2001, p. 385).

Inoltre, il riconoscimento alla sola Rsu del diritto di stipulare accordi in materia di sicurezza in occasione degli scioperi avrebbe finito con l'attribuire a determinate organizzazioni aziendali un potere assoluto di veto sul diritto di sciopero di lavoratori aderenti a diversi sindacati, ovvero avrebbe privato del diritto di sciopero quelli che aderiscono a una organizzazione minoritaria all'interno della Rsu.

La Suprema Corte, infine, a conclusione del suo percorso argomentativo, nel confermare la correttezza della statuizione contenuta nella sentenza impugnata, secondo la quale «non vi è necessità di ricerca dell'intento lesivo, laddove sia chiara la obiettiva idoneità della condotta a ledere la libertà sindacale e il diritto di sciopero [...], atteso che la contestata condotta avrebbe potuto costituire il precedente per svilire il contenuto del diritto di sciopero in tutte le ipotesi in cui uno sciopero non venga proclamato, unitariamente, da tutte le organizzazioni sindacali», ribadisce un consolidato orientamento giurisprudenziale (Vedi Cass. civ. 12 giugno 1997, n. 5295, in *Foro it.*, 1997, I, 2416, e, successivamente, Cass. civ., Ss.Uu., 5 febbraio 2003, n. 1684, in q. *Riv.*, 2004, II, p. 141) e dottrinale secondo il quale risultano irrilevanti i criteri soggettivi (dolo e colpa) di determinazione della responsabilità per comportamento antisindacale.

L'introduzione di un *quid medium* tra il comportamento lesivo e il titolare della posizione di potere che attribuisce al comportamento l'idoneità lesiva stessa comprometterebbe la realizzazione della *ratio* della norma (art. 28 della legge n.

300/70). Resterebbero irrilevanti, infatti, tutte le ipotesi in cui, pur essendo concretamente leso il bene protetto, quella lesione sia avvenuta nel «normale» esercizio dei poteri imprenditoriali. E ciò, ancora una volta, «capovolgendo la logica protettiva della norma, respingerebbe sullo sfondo l'istanza di tutela del bene protetto per porre in primo piano un intento punitivo dell'abuso del potere imprenditoriale smentito dalla natura meramente inibitoria e restitutoria delle sanzioni» (M. G. Garofalo, *op. cit.*, p. 72).

Anna Maria Grasso
*Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università degli Studi di Bari*

CORTE COSTITUZIONALE, 30 luglio 2008, n. 306 – Pres. Bile, Est. Amirante – S. T. c. Inps (avv. Valente).

Invalidità civile – Indennità di accompagnamento – Esclusione per stranieri extracomunitari privi dei requisiti di reddito stabiliti per la Carta di soggiorno (ora Permesso Ce per soggiornanti di lungo periodo) – Illegittimità costituzionale.

È manifestamente irragionevole subordinare l'attribuzione di una prestazione assistenziale quale l'indennità di accompagnamento – i cui presupposti sono la totale disabilità al lavoro, nonché l'incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita – al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio la titolarità di un reddito. Tale irragionevolezza incide sul diritto alla salute, inteso anche come diritto ai rimedi possibili, e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza. Ne consegue il contrasto delle disposizioni censurate non soltanto con l'art. 3 Cost., ma anche con gli artt. 32 e 38 Cost., nonché – tenuto conto che quello alla salute è diritto fondamentale della persona – con l'art. 2 della Costituzione. Sotto tale profilo e per i medesimi motivi, la normativa censurata viola l'art. 10, comma 1, della Costituzione, dal momento che tra le norme del Diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato. (1)

(Omissis)

Ritenuto in fatto

1. – Nel corso di una controversia in materia di assistenza obbligatoria, promossa da una cittadina albanese nei confronti dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (Inps) e del Ministero dell'economia e delle finanze, il

Tribunale di Brescia, Sezione lavoro, ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 10, 11, 32, 35, 38 e 117, comma 1, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), e dell'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dall'art. 9 della legge 30 luglio 2002, n. 189, in relazione all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18: a) in via principale, nella parte relativa all'inibizione della fruizione delle provvidenze assistenziali, e in particolare dell'indennità di accompagnamento, allo straniero, stabilmente e regolarmente presente nel territorio nazionale, ma privo della Carta di soggiorno, in quanto in condizioni di salute che lo rendono totalmente inidoneo al lavoro e gli impediscono, quindi, di produrre un reddito sufficiente per mantenere sé stesso e i suoi familiari; b) in via subordinata, nella parte relativa alla subordinazione dell'erogabilità allo straniero – regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato da almeno sei anni e titolare di un Permesso di soggiorno per un motivo che consente un numero indeterminato di rinnovi – alla condizione reddituale richiesta per la Carta di soggiorno.

Espono il giudice *a quo* che la ricorrente, coniugata, con due figlie minori e presente nel territorio nazionale da più di sei anni, a seguito di un incidente stradale versa in stato di coma vegetativo e, conseguentemente, il 24 marzo 2005 ha presentato domanda per il riconoscimento del diritto all'indennità di accompagnamento, la quale, in sede amministrativa, è stata respinta in quanto, pur essendole stato riconosciuto il possesso dei prescritti requisiti sanitari, si è rilevata la mancanza della titolarità della Carta di soggiorno (della quale non può ottenere il richiesto rilascio per mancanza del requisito reddituale), che, a partire dal 1° gennaio 2001, il censurato art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000 richiede per l'attribuzione della provvidenza in oggetto.

Consequentemente, ha rinnovato la domanda in sede giudiziaria, previa proposizione della questione di legittimità costituzionale relativa alla richiamata disposizione, chiedendo, altresì, l'adozione di un provvedimento di urgenza ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. al fine di ottenere, in via cautelare, la condanna dell'Inps al pagamento della prestazione in oggetto con decorrenza dalla data della domanda presentata in sede amministrativa.

Il Tribunale adito, dopo aver accertato in via istruttoria il possesso da parte della ricorrente dei prescritti requisiti sanitari e l'onerosità del suo attuale ricovero presso una struttura sanitaria (la cui retta è a carico della famiglia

dell'infortunata), ha accolto l'istanza cautelare e, con il medesimo provvedimento, ha sollevato le questioni di legittimità costituzionale di cui si tratta.

Quanto alla rilevanza, il remittente osserva che, nella specie, il diniego della provvidenza costituisce un atto dovuto in applicazione del censurato art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000, sicché soltanto la declaratoria di illegittimità costituzionale di tale norma potrebbe consentire l'accoglimento della domanda giudiziale.

In relazione al merito delle questioni, il giudice *a quo* sostiene, in primo luogo, che la normativa censurata viola gli artt. 2, 3 e 38 Cost. in quanto condiziona la fruizione di provvidenze di carattere universalistico, poste a tutela di diritti fondamentali della persona – quali sono quelle dell'assistenza sociale, tra le quali rientra l'indennità di accompagnamento –, al possesso di un requisito – la titolarità della Carta di soggiorno – inidoneo a fungere da elemento discriminante. Infatti, la principale diversità tra la Carta e il Permesso di soggiorno è rappresentata dalla dimostrazione – richiesta solo per la prima, ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 286 del 1998, come modificato dall'art. 9 della legge n. 189 del 2002 – di un reddito sufficiente per il sostentamento dello straniero e dei suoi familiari, sicché la scelta del legislatore appare non solo irrispettosa dei valori di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., ma anche contraddittoria sul piano logico e contrastante con le finalità proprie dell'assistenza, quali emergono dall'art. 38 Cost., dal momento che comporta il riconoscimento delle relative provvidenze ai soggetti economicamente autosufficienti, mentre lo esclude proprio per le ipotesi nelle quali la situazione di bisogno è più intensa.

Né tale scelta può fondarsi sul principio di reciprocità dei rapporti internazionali, visto che il legislatore italiano ha fatto propria la regola dell'universalità dei Diritti umani, come si desume dall'art. 10, comma 1, Cost. (ove si afferma che l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute), dall'art. 11 Cost. (ove è stabilito che la Repubblica promuove e favorisce le organizzazioni rivolte allo scopo della costituzione di un ordinamento internazionale che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni) e dall'art. 35 Cost. (secondo il quale la Repubblica promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro). Da questi tre parametri – e, in particolare, dagli ultimi due – si dovrebbe desumere che al nostro legislatore è inibito di introdurre norme che neghino l'esercizio di diritti riconosciuti dalle convenzioni internazionali in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale. Ciò, invece, si verifica nella specie, visto che l'art. 6 della Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro (Oil) n. 97 del 1949 (ratificata e resa esecutiva dalla legge 2 agosto 1952, n. 1305) vincola gli Stati aderenti ad assicurare agli immigra-

ti trattamenti in materia di sicurezza sociale non meno favorevoli di quelli riconosciuti ai propri cittadini, e l'art. 10 della Convenzione Oit n. 143 del 1975 (ratificata e resa esecutiva dalla legge 10 aprile 1981, n. 158) garantisce ai lavoratori migranti parità di opportunità e di trattamento anche in materia di sicurezza sociale.

Va, inoltre, considerato che, sulla base di quanto stabilito dai primi tre commi dell'art. 2 e dall'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998, l'indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 della legge n. 18 del 1980 – al pari del trattamento di inabilità civile di cui all'art. 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118 – rientra tra le provvidenze che, in presenza dei relativi presupposti di carattere sanitario, devono essere riconosciute a chiunque, purché legittimamente presente in modo stabile sul territorio nazionale.

2. – Si è costituito dinanzi a questa Corte l'Istituto nazionale della previdenza sociale (Inps), chiedendo che la questione venga dichiarata inammissibile ovvero infondata.

Ricorda l'Istituto che l'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998 aveva previsto per gli stranieri titolari di Carta di soggiorno o di Permesso di soggiorno per durata non inferiore all'anno l'equiparazione ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e prestazioni di assistenza sociale, incluse quelle previste in favore di ciechi, sordomuti e invalidi civili. Successivamente, l'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000 ha stabilito che le provvidenze economiche in favore dei minorati civili spettano soltanto agli stranieri titolari di Carta di soggiorno, mentre nei confronti degli stranieri titolari di Permesso di soggiorno è fatto salvo esclusivamente il godimento delle altre prestazioni sociali, ivi compreso l'assegno di maternità. In tal modo il legislatore è intervenuto, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge n. 388 del 2000, nel senso di restringere le condizioni di accesso a determinate prestazioni assistenziali e di far venir meno, sulla base di un chiaro parametro di riferimento, l'equiparazione degli stranieri titolari di Permesso di soggiorno ai cittadini italiani.

Tale scelta, secondo l'Inps, non sarebbe di per sé incostituzionale, in quanto, come chiarito da questa Corte, al legislatore è consentito dettare norme che modificano in senso meno favorevole la disciplina dei rapporti di durata (sentenza n. 324 del 2006) e, quindi, mutare i requisiti per la percezione delle prestazioni previdenziali o assistenziali, tanto più che lo stesso fluire del tempo costituisce un elemento idoneo a giustificare l'applicazione di trattamenti diversi, in differenti momenti temporali, a soggetti appartenenti alla medesima categoria.

D'altra parte, non vi sarebbe alcuna illegittimità nel differenziare le suddette prestazioni assumendo come criterio quello di favorire i soggetti che hanno una maggiore stabilità di residenza nel nostro paese, tanto più che

l'art. 80, comma 19, oggetto di contestazione, è stato dettato per evidenti finalità di contenimento della spesa pubblica.

3. – È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per l'inaammissibilità e la non fondatezza della questione.

Alla prima conclusione potrebbe pervenirsi, in primo luogo, per il fatto che l'ordinanza di rimessione è carente di motivazione sulla rilevanza, non essendovi descritta in modo esauriente la fattispecie *sub iudice*. Infatti, il giudice *a quo* omette di riferire: a) se la ricorrente sia dotata di un titolo – diverso dalla Carta di soggiorno – che ne legittimi la permanenza in Italia; b) se il coniuge della ricorrente sia o meno titolare di Permesso o di Carta di soggiorno; c) se, quindi, la ricorrente sia in condizione di ottenere la richiesta indennità in conseguenza del suo *status* di coniuge di soggetto regolarmente soggiornante in Italia, in applicazione di una norma diversa da quella oggetto della sollevata questione (cioè l'art. 30 del d.lgs. n. 286 del 1998).

Alla medesima conclusione potrebbe giungersi anche sul rilievo che il remittente ha ommesso di sperimentare la possibilità di concedere il beneficio sulla base di una diversa interpretazione della normativa censurata, come è stato fatto, per la stessa e consimili provvidenze, da altri giudici di merito.

Inoltre, anche la motivazione sulla non manifesta infondatezza sarebbe carente, essendo generico il richiamo degli invocati parametri costituzionali, sicché, pure per questa ragione, si potrebbe arrivare a una declaratoria di inammissibilità.

Nel merito, la questione non sarebbe comunque fondata.

In linea generale, la determinazione dei presupposti cui ricollegare la spettanza del beneficio in argomento è di competenza del legislatore, le cui scelte discrezionali, nella specie, non sono sindacabili in questa sede non essendo palesemente irragionevoli.

Del resto, al legislatore è consentito limitare l'accesso dei cittadini extracomunitari a determinati benefici riconosciuti ai cittadini italiani – anche se, in ipotesi, ciò possa comportare una parziale compressione di diritti coperti da garanzia costituzionale – tutte le volte in cui sia necessario – principalmente per la scarsità delle risorse disponibili – operare una scelta di prevalenza tra posizioni giuridiche concorrenti, tutte parimenti costituzionalmente tutelate. In questa ottica appare del tutto comprensibile che la platea dei beneficiari sia stata, nella specie, ridotta ai cittadini italiani e agli stranieri che abbiano un rapporto serio e duraturo con lo Stato italiano: rapporto oggi rappresentato dalla situazione che consente il rilascio del Permesso di soggiorno per i soggiornanti di lungo periodo.

Comunque, il riferimento all'art. 2 Cost. sarebbe – per l'interveniente – del tutto inconferente, visto che il riconoscimento dell'indennità in oggetto

sicuramente non rientra tra i diritti inviolabili della persona ovvero tra i doveri inderogabili di solidarietà sociale, né pone in discussione un preteso diritto di reciprocità, in quanto si tratta di una provvidenza peculiare della legislazione italiana e che non trova riscontro nelle legislazioni di tanti altri paesi.

Altrettanto ultroneo sarebbe il richiamo all'art. 3 Cost., perché una differenza di trattamento tra diverse categorie di cittadini extracomunitari ben può essere giustificata dal possesso di differenti titoli di soggiorno, «espressione di una diversa *affectio societatis*».

Impropria sarebbe anche l'invocazione degli artt. 32 e 35 Cost., che si occupano di diritti diversi da quello in contestazione, mentre il richiamo all'art. 38 Cost. (peraltro, non presente nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione) sarebbe generico e, comunque, privo di fondamento, dal momento che la suddetta norma, di carattere programmatico, non comprende la pretesa a ogni trattamento assistenziale, ma si limita a garantire una tutela minima, anche se adeguata alle esigenze di vita, nella quale non sembra rientrare l'indennità di accompagnamento.

Neppure persuasivo sarebbe il riferimento alle disposizioni costituzionali disciplinanti l'adeguamento del nostro ordinamento agli accordi internazionali e, in particolare, alle Convenzioni Oil, in quanto da tali atti non nascono posizioni soggettive direttamente tutelabili dinanzi al giudice nazionale.

Considerato in diritto

1. – Il Tribunale di Brescia, in riferimento agli articoli 2, 3, 10, 11, 32, 35, 38 e 117, comma 1, della Costituzione, sospetta di illegittimità costituzionale l'articolo 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), e l'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dall'art. 9 della legge 30 luglio 2002, n. 189, in relazione all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18 (Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili).

Il remittente espone di essere stato adito da una cittadina albanese, regolarmente soggiornante in Italia da oltre sei anni, coniugata, con due figlie e totalmente inabile al lavoro, in stato di coma vegetativo a seguito di incidente stradale, per ottenere la condanna dell'Inps, convenuto in giudizio insieme con il Ministero dell'economia e delle finanze, a corrisponderle l'indennità di accompagnamento.

Il remittente premette in fatto che, a esclusione del possesso della Carta di soggiorno, ricorrono tutte le condizioni perché la ricorrente possa fruire della indennità e che ella non può ottenere la suddetta Carta sol-

tanto per la carenza dei requisiti di reddito per il sostentamento proprio e dei suoi familiari.

2. – Motivata in tal modo la rilevanza della questione, il remittente afferma anzitutto l'illogicità delle norme e l'ingiustificata disparità di trattamento, relativamente a una provvidenza assistenziale, degli stranieri extracomunitari rispetto ai comunitari e, quindi, il contrasto con gli artt. 2 e 3, con riguardo anche agli artt. 32 e 38, della Costituzione.

Censura, inoltre, le disposizioni suindicate per violazione degli artt. 10, 11 e 117, comma 1, Cost., in particolare in riferimento alle Convenzioni Oit n. 97 del 1949 (ratificata e resa esecutiva dalla legge 2 agosto 1952, n. 1305) e n. 143 del 1975 (ratificata e resa esecutiva con legge 10 aprile 1981, n. 158), le quali garantiscono ai lavoratori migranti parità di condizioni in materia di sicurezza sociale e, quindi, di godimento di prestazioni previdenziali e assistenziali; sostiene, altresì, la violazione dell'art. 10, comma 1, Cost.: disposizione che sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento interno alle norme di Diritto internazionale generalmente riconosciute.

In subordine, richiamando gli stessi parametri, il remittente censura le medesime norme nella parte in cui subordinano la concessione dell'indennità di accompagnamento allo straniero extracomunitario, «regolarmente soggiornante in Italia da oltre sei anni, che sia in possesso di Permesso di soggiorno che consente un numero indeterminato di rinnovi, alla condizione del possesso del reddito richiesto per la Carta di soggiorno».

3. – L'Inps, costituitosi in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità della questione o la sua infondatezza in quanto, secondo la giurisprudenza di questa Corte, il legislatore può intervenire sulla disciplina dei rapporti di durata, dettando norme peggiorative riguardo alle posizioni soggettive a essi inerenti e, a tal proposito, ha invocato la sentenza n. 324 del 2006.

4. – L'Avvocatura dello Stato ha, a sua volta, eccepito l'inammissibilità della questione perché il remittente non avrebbe espressamente motivato sul possesso da parte della ricorrente di un titolo giustificativo della sua presenza in Italia, né sulla impossibilità di ottenere la Carta di soggiorno in quanto coniuge di persona che potrebbe essere titolare di Carta di soggiorno.

5. – Le eccezioni di inammissibilità non possono essere accolte.

Quella dell'Inps non è sorretta da alcuna argomentazione, mentre quelle dell'Avvocatura dello Stato non tengono conto, da un lato, che nell'ordinanza di remissione si afferma espressamente che la disabile è regolarmente soggiornante in Italia da oltre sei anni e che la Carta di soggiorno non può esserle rilasciata soltanto per carenza del requisito reddituale – circostanze che non risultano contestate specificamente nel giudizio *a quo* –, dall'altro, che la disposizione prevedente il diritto alla Carta di soggiorno per il coniuge di chi ne è titolare è stata soppressa con il sopravvenuto art. 2, comma 1,

del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 (Attuazione della Direttiva n. 2003/109/Ce relativa allo *status* di cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo), anche a voler trascurare il rilievo che non è affermata, ma soltanto genericamente ipotizzata, la titolarità della Carta di soggiorno in capo al marito della ricorrente.

6. – È necessaria, in via preliminare, la precisazione che il remittente formalmente propone due questioni, la seconda in subordine al mancato accoglimento della prima, ma, in effetti, per l'identità delle disposizioni censurate e dei parametri evocati, ne solleva una sola, limitandosi esclusivamente a prospettare due possibili dispositivi, diversi soltanto nella loro ipotizzata formulazione letterale, ma non nella sostanza, essendo, in realtà, diretti entrambi a escludere – per ricondurre la normativa a legittimità costituzionale, in base alle medesime ragioni – la necessità, per l'attribuzione del diritto all'indennità di accompagnamento, della ricorrenza della condizione di percettore di un reddito idoneo a soddisfare le esigenze di sostentamento proprie e dei familiari.

7. – Ancora in via preliminare, va affermata la non implausibilità della motivazione sulla rilevanza.

Non viene in questione il Diritto comunitario e la sua diretta applicabilità, perché la vicenda non vede coinvolta una pluralità di Stati membri, come specificamente richiesto dall'art. 1 del Regolamento (Ce) n. 859/2003 del Consiglio, in data 14 maggio 2003.

A prescindere, quindi, dalla sua fondatezza, non è pertinente la tesi, pur seguita da alcuni giudici di merito, secondo la quale le disposizioni della Cedu che vietano discriminazioni tra cittadini e stranieri riguardo all'applicazione di norme inerenti alla sicurezza sociale, tra le quali rientrano quelle che prevedono prestazioni assistenziali, sarebbero entrate a far parte del Diritto comunitario e sarebbero perciò direttamente applicabili.

D'altra parte, la diretta applicazione delle disposizioni della Cedu, in quanto tali, è da escludere, secondo quanto ritenuto da questa Corte nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, nonché n. 39 del 2008.

Né può pervenirsi a un diverso risultato ipotizzando una diretta applicabilità delle Convenzioni Oil, perché questa presuppone la condizione di lavoratore (o, quanto meno, di aspirante lavoratore, come si argomenta dalla richiamata sentenza n. 454 del 1998, oppure di familiare del lavoratore) dello straniero e, invece, nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Brescia non si fa menzione di tali condizioni.

8. – Per concludere l'esame dei profili preliminari, è necessario osservare che la sopravvenienza rispetto all'ordinanza di rimessione, depositata in cancelleria il 15 gennaio 2007, del d.lgs. n. 3 del 2007, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 30 gennaio 2007, n. 24, non ha mutato, nella so-

stanza, i termini della questione, né inciso sulla sua rilevanza nel giudizio di provenienza.

Il provvedimento legislativo suddetto, infatti, per quanto qui interessa, nel novellare l'art. 9 del d.lgs. n. 286 del 1998, ha sostituito – con valenza generale e immediata, ai sensi dell'art. 2, comma 3, dello stesso d.lgs. n. 3 del 2007 – il Permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo alla Carta di soggiorno, riducendo da sei a cinque anni il periodo di permanenza in Italia e determinando, come requisiti reddituali, la titolarità di un reddito almeno non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e la disponibilità di un alloggio idoneo «che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda unità sanitaria locale competente per territorio» (art. 9, comma 1, citato).

Poiché dalla descrizione della fattispecie contenuta nell'ordinanza di remissione la titolarità del reddito suddetto in capo all'aspirante alla prestazione assistenziale è da escludere, non è necessario disporre la restituzione degli atti al giudice del giudizio di merito per un nuovo esame della rilevanza e dei termini della questione.

9. – Quest'ultima, da scrutinare quindi nel merito, è fondata.

È opportuno premettere che l'indennità di accompagnamento – spettante ai disabili non autonomamente deambulanti, o che non siano in grado di compiere da soli gli atti quotidiani della vita, per il solo fatto delle minorazioni e, quindi, indipendentemente da qualsiasi requisito reddituale – rientra nelle prestazioni assistenziali e, più in generale, anche nella terminologia adottata dalla Corte di Strasburgo, attiene alla «sicurezza o assistenza sociale».

In tale ambito, questa Corte ha affermato che «le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza», ma anche che al legislatore è consentito «introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una "causa" normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria» (sentenza n. 432 del 2005).

10. – Tutto ciò premesso, la Corte ritiene che sia manifestamente irragionevole subordinare l'attribuzione di una prestazione assistenziale quale l'indennità di accompagnamento – i cui presupposti sono, come si è detto, la totale disabilità al lavoro, nonché l'incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita – al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito.

Tale irragionevolezza incide sul diritto alla salute, inteso anche come diritto ai rimedi possibili, e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza. Ne consegue il contrasto delle disposizioni censurate non soltanto con l'art. 3 Cost., ma anche con gli artt. 32 e 38 Cost., nonché – tenuto conto che quello alla salute è diritto fondamentale della persona (vedi, per tutte, le sentenze n. 252 del 2001 e n. 432 del 2005) – con l'art. 2 della Costituzione.

Sotto tale profilo e per i medesimi motivi, la normativa censurata viola l'art. 10, comma 1, della Costituzione, dal momento che tra le norme del Diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato.

Al legislatore italiano è certamente consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, che regolino l'ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia (da ultimo, sentenza n. 148 del 2008). È possibile, inoltre, subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; una volta, però, che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini.

Le disposizioni censurate sono, pertanto, illegittime nella parte in cui – oltre ai requisiti sanitari e di durata del soggiorno in Italia e comunque attinenti alla persona, già stabiliti per il rilascio della Carta di soggiorno e ora (per effetto del d.lgs. n. 3 del 2007) del Permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo, non sospettati di illegittimità dal remittente – esigono, ai fini dell'attribuzione dell'indennità di accompagnamento, anche requisiti reddituali, ivi compresa la disponibilità di un alloggio, avente le caratteristiche indicate dal nuovo testo dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998.

Per questi motivi

la Corte Costituzionale

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), e dell'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condi-

zione dello straniero) – come modificato dall'art. 9, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189, e poi sostituito dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 –, nella parte in cui escludono che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18, possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la Carta di soggiorno e ora previsti, per effetto del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 (Attuazione della Direttiva n. 2003/109/Ce relativa allo *status* di cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo), per il Permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, il 29 luglio 2008.

(1) PRESTAZIONI AGLI INVALIDI CIVILI E TRATTAMENTO DEGLI STRANIERI:
LA LUNGA MARCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE VERSO LA PARITÀ

1. — Con la sentenza del 29-30 luglio 2008, la Corte Costituzionale sancisce la *parziale* illegittimità del più gravoso dispositivo di legge in forza del quale, dal 1° gennaio 2001, l'accesso alle prestazioni economiche che costituiscono «diritti soggettivi» in base alla legislazione in materia di servizi sociali – nella specie l'indennità di accompagnamento agli invalidi civili *ex* art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18 – richiede, obbligatoriamente, la titolarità della Carta di soggiorno di cui all'art. 9, T.U. n. 286/98, ora sostituita dal Permesso di soggiorno Ce-Slp in base al decreto legislativo n. 3/2007. Si ricorda che in precedenza, conformemente all'art. 41 del Testo Unico, era reputato valido ugualmente il Permesso di soggiorno ordinario, purché di durata non inferiore all'anno. Conseguentemente, un «temperamento» del requisito previsto dall'art. 80, comma 19, della legge n. 388/2000 agli effetti dell'applicazione in combinato disposto con l'art. 9, comma 1, del citato Testo Unico, col risultato che non può essere privato dell'indennità di accompagnamento lo straniero in possesso dei requisiti previsti per la concessione della Carta di soggiorno *salvo* quello afferente al reddito minimale per il sostentamento proprio e dei familiari, eventualmente anche la condizione d'idoneità abitativa (evidentemente, quale diverso e ulteriore criterio avente una relazione con lo stato di capacità economica del richiedente). Infatti, il principio di «ragionevolezza» osta a che l'indennità di accompagnamento, «i cui presupposti sono la totale disabilità al lavoro nonché l'incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento degli atti quotidiani della vita», sia subordinata al possesso di un reddito, quale requisito intrinseco per la concessione del titolo di legittimazione al soggiorno espressamente previsto dall'art. 80, comma 19, legge n. 388/2000. Quindi se ne deduce la violazione dell'art. 3 Cost., che è anche violazione degli artt. 32 e 38 Cost. nella misura in cui «tale irragionevolezza incide sul diritto alla salute, inteso anche come diritto ai rimedi possibili, e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza», e ugualmente il contrasto con gli artt. 2 e 10, comma 1, Cost., «tenuto conto che quello alla salute è diritto fondamentale della persona»

(relativamente al primo), e nel presupposto che «tra le norme del Diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato», relativamente al secondo.

Ciò stabilendo, la Corte ricorre alla «neutralizzazione» di requisiti che sono *oggettivi* agli effetti del rilascio del titolo di soggiorno specificatamente richiesto dall'art. 80, comma 19, e pur tuttavia, nella specie, «impropri», riguardo alla natura e alle finalità del beneficio (come anche in relazione al fatto che lo stato di disabilità al lavoro del richiedente l'indennità ne impedirebbe, in ogni caso, il valido conseguimento). Occorre tuttavia ricordare che la concessione della Carta di soggiorno (Permesso di soggiorno Ce-Slp) implica ugualmente una condizione che possiamo dire fondata sulla «durata» del soggiorno legale nel territorio dello Stato (attualmente cinque anni). È, questo, un aspetto di cui la Corte è consapevole, ma sul quale evita di pronunciarsi, sul rilievo, in verità poco convincente, che la suddetta condizione non è sospettata di legittimità dal remittente (rilievo, si ribadisce, poco convincente, risultando su altro piano pacifico che la richiedente era legalmente presente in Italia da più di sei anni e che, per conseguenza, era non direttamente colpita sotto questo profilo, almeno secondo le risultanze fattuali descritte nell'ordinanza di rinvio, pur se non meglio precisate circa la data esatta d'inizio del soggiorno in Italia agli effetti di una verifica della sussistenza del relativo requisito alla data della domanda dell'indennità di accompagnamento, il 24 marzo 2005). Tutto ciò, anche a significare la necessità di ulteriori passaggi davanti la Corte Costituzionale, al fine di stabilire la legittimità *tout court* della Carta di soggiorno (Permesso di soggiorno Ce-Slp) quale requisito «esclusivo» per la concessione delle prestazioni considerate dall'articolo 80, comma 19, della legge n. 388/2000. In un certo senso, una sorta di marcia a «tre tempi» cui obbliga la timidezza della Corte nell'affrontare la questione direttamente sotto il profilo della discriminazione *indiretta* (come certamente è quando i diritti sono differenziati in rapporto alla categoria del titolo di legittimazione al soggiorno), anche per la propensione, nemmeno tanto velata, di fare della «durata» del soggiorno, inteso quale anzianità di presenza in Italia, il principale criterio su cui fondare, in linea generale, la presunzione circa la sussistenza di legami «sufficientemente» stretti col paese. D'altra parte, se è vero che la dichiarazione di inammissibilità delle questioni di illegittimità oggetto della sentenza n. 324/2006 – praticamente le stesse di quelle ora sollevate dal giudice di Brescia, ed essenzialmente in virtù del fatto che i giudici remittenti non avevano considerato la possibilità di adottare un'interpretazione irretroattiva della norma – non preclude la riproposizione della questione di costituzionalità, è anche vero che alcuni punti della sentenza potevano essere letti nel senso dell'implicita adesione al nuovo requisito, specie – e lo ha rilevato la difesa dell'Inps nel giudizio bresciano – quando afferma che «al legislatore è consentito modificare il regime di un rapporto di durata, quale quello in oggetto, con misure che incidano negativamente – sia riguardo all'*an*, sia riguardo al *quantum* – sulla posizione del destinatario delle prestazioni» (*purché esse non siano in contrasto con principi costituzionali e, quindi, non ledano posizioni aventi fondamento costituzionale*), e, inoltre, che «Tuttavia, il rilievo del suindicato potere del legislatore non implica che, ogniqualevolta sia introdotta una nuova disciplina legale di un rapporto di durata avente tali caratteristiche, essa necessariamente debba essere applicata ai rapporti già costituiti sulla base della previgente normativa».

2. — Della «neutralizzazione» del requisito afferente alla capacità economica del richiedente agli effetti del rilascio del titolo di soggiorno richiesto dalla norma abbiamo in parte già detto, sicché la Corte dovrà per forza chiarire la sua posizione a breve, nel quadro delle ordinanze di rinvio emesse dai Tribunali di Prato e di Voghera, rispettivamente, il 1° aprile 2008, n. 188 (Pubblicata in *Gazz. Uff.* n. 26 del 18 giugno 2008), e l'11 luglio 2008, n. 235 (Pubblicata in *Gazz. Uff.* n. 35 del 20 agosto 2008). Specie con riguardo alla seconda, le cui risultanze fattuali sono tali da far ritenere l'insussistenza, alla data della domanda amministrativa di concessione della prestazione, della durata di soggiorno «legale» necessaria agli effetti del rilascio del prescritto titolo di soggiorno [Basti osservare che la lite riguarda un'indennità di accompagnamento chiesta, in favore del figlio minore, il 15 marzo 2003 da una cittadina albanese in Italia dal 27 aprile 1999, ma il cui Permesso di soggiorno riporta, come data iniziale, unicamente quella del 15 gennaio 2003; il che induce a pensare che l'interessata abbia potuto legalizzare la propria posizione di soggiorno solamente in virtù della procedura di emersione dal lavoro irregolare seguita all'approvazione della legge n. 189/2002, ossia, con inizio dal 10 giugno 2002 (così il Tar di Bologna nella sentenza n. 4615/2007 del 6-20 dicembre 2007 agli effetti del rilascio del nuovo Permesso di soggiorno Ce-Slp), salvo il versamento dei contributi previdenziali afferenti al periodo progressivo]. Vi è inoltre il fatto che queste questioni, pur se lasciate irrisolte, sono già presenti nella riflessione della Corte, e talune sue considerazioni svolte in via preliminare fanno pensare, in particolare, a un interloquire con le giurisdizioni ordinarie che va oltre l'ambito prospettato dal Tribunale di Brescia nella sua ordinanza di rinvio. Così, quando, in linea con le statuizioni delle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, essa esclude la diretta applicazione delle disposizioni della Cedu, in quanto tali, è difficile non cogliere l'implicita critica al gruppo di sentenze che da Pistoia a Firenze, a Ravenna, si erano pronunciate in senso contrario: specie la sentenza fiorentina, a norma della quale si poteva e doveva giungere all'applicabilità diretta della Cedu in virtù del rapporto tra questa e il Diritto dell'Unione europea – la cui applicazione diretta non fa certo dubbio –, fondamentalmente attraverso il richiamo all'art. 6 TUE. Non per nulla questa affermazione della Corte è preceduta da una constatazione di «estraneità» della disciplina del Regolamento comunitario n. 859/03/Ce, a ragione del carattere puramente «interno» della situazione avuta dalla ricorrente [Quand'anche sia da sottolineare che la parità di trattamento sarebbe allora dovuta *direttamente* in forza del Regolamento base n. 1408/71, ossia senza alcuna necessità di ricorrere alle disposizioni della Cedu, dal momento che l'indennità di accompagnamento, come la pensione agli invalidi civili, è compresa nella sfera di applicazione oggettiva del suddetto Regolamento, avente per oggetto il «coordinamento» comunitario dei regimi di sicurezza sociale]. È altresì chiaro che le osservazioni della Corte non tendono a disconoscere gli effetti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che, anche per lo specifico richiamo alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, pare piuttosto di dover riferire *esclusivamente* a quelli che sono i limiti del giudice ordinario posto davanti alla norma di legge che ritiene contrastare le disposizioni della Convenzione europea e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ma, di conseguenza, a sottolineare, una volta di più, le sue proprie prerogative esclusive in questa materia (ciò anche perché solamente così si evita di attribuire alle affermazioni della Corte la portata di un ben più generale e grave effetto esclusorio riguardo ai possibili effetti della Convenzione europea).

Ancora, la precisazione al punto 9 delle motivazioni, secondo cui l'indennità di accompagnamento «rientra nelle prestazioni assistenziali e, più in generale, anche nella terminologia adottata dalla Corte di Strasburgo, attiene alla *sicurezza o assistenza sociale*», che non ha un'attinenza diretta con l'ordinanza di Brescia, mentre invece presenta un nesso evidente con le questioni sollevate nelle nuove ordinanze di Prato e di Voghera, in rapporto all'art. 14 della Convenzione europea (principio generale di non discriminazione) in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo addizionale n. 1 (nozione di «beni» tutelati dalla Convenzione), e con la giurisprudenza della Corte europea, da *Gaygusuz* del 1996 e *Koua Poirrez* del 2004. E proprio questo ultimo accenno consente di sottolineare, inoltre, una differenza ulteriore sul piano delle norme internazionali invocate dai giudici del rinvio: le ultime, fondate sul parametro della Cedu nei termini sopra detti; quella bresciana (E prima ancora Milano e Monza, come anche si ricava dalla sentenza n. 324 del 2006), sulle Convenzioni Oil n. 97 del 1949, art. 6, e n. 143 del 1975, art. 10, che sono strumenti di cui in ogni caso non dovrebbe essere negletto l'interesse, sia perché una fonte non esclude necessariamente l'altra, sia in rapporto al fatto che l'assenza di soluzione in base alle Convenzioni dell'Oil (Vedi il punto 7 delle motivazioni della sentenza n. 306 del 2008) attiene, essenzialmente, all'omissione di puntuali informazioni circa la «natura» del Permesso di soggiorno rilasciato alla richiedente, ai fini di verificare l'effettiva applicabilità delle convenzioni stesse (applicazione *ratione personae*). Di conseguenza, ciò vale ugualmente a relativizzare la portata dell'inciso «né può pervenirsi a un diverso risultato ipotizzando una diretta applicabilità delle Convenzioni Oil» (*perché questa presuppone la condizione di lavoratore o, quanto meno, di aspirante lavoratore, come si argomenta dalla richiamata sentenza n. 454 del 1998, oppure di familiare del lavoratore dello straniero, e, invece, nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Brescia non si fa menzione di tali condizioni*), mentre si osserverà, conclusivamente, che, a eccezione di Milano e Monza, queste lacune fattuali sono comuni a tutte le ordinanze sottoposte alla Corte. Pertanto, se è vero che la particolare condizione di soggiorno degli stranieri extracomunitari, i quali non godono del diritto di libera circolazione nel senso inteso dal Diritto comunitario, lascia poco spazio a qualifiche diverse da quella di «lavoratore» o di «familiare» del lavoratore (con la conseguenza che nulla avrebbe impedito alla Corte di pronunciarsi sul punto, lasciando al giudice del rinvio la valutazione puntuale della posizione soggettiva della richiedente), è anche vero che, specie quando siano invocate norme del Diritto internazionale, si tratta di riferimenti pur sempre essenziali ai fini del decidere.

3. — Un punto delle motivazioni senz'altro da indagare è quello in cui, affermata l'illegittimità del trattamento con riguardo all'art. 3 Cost. (nonché 32 e 38 Cost. e parimenti con gli artt. 2 e 10, comma 1, Cost.), si legge che: «Al legislatore italiano è certamente consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, che regolino l'ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia. È possibile, inoltre, subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; una volta, però, che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il

godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini». Questa affermazione della Corte – ma si veda anche il passaggio mutuato dalla sentenza n. 432 del 2005 in cui non viene affatto esclusa la possibilità di una limitazione degli aventi diritto a causa della «limitatezza delle risorse finanziarie» (pur se entro i limiti del *principio di ragionevolezza e soltanto in presenza di una «causa» normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria*) – è ancora una volta un modo di sottrarsi alla questione nodale e di rinviare a ulteriori giudizi la chiarezza di una soluzione che, evidentemente, al momento non c'è. Infatti, che cosa si deve intendere, precisamente, per prestazioni «non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza»?

Unicamente le prestazioni sanitarie comprese nel «nucleo irrinunciabile di tutela della salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (Sentenza n. 432 del 2005), il quale «deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno» (Sentenza n. 252 del 2001), e, conseguentemente, anche indipendentemente dalla regolarità o la durata del soggiorno? Ugualmente quelle di tipo economico-assistenziale versate a fronte di situazioni di provata «gravità», come nel caso delle provvidenze legate all'*handicap*, eventualmente anche l'assegno sociale erogato dall'Inps, qualora se ne ritenga la funzione di reddito «vitale» (di sostentamento) agli anziani economicamente non autosufficienti? E, se così fosse, si deve concludere, all'opposto, che eventuali altre prestazioni «ambientali» – per esempio, l'assegno di maternità dello Stato/Comuni (entrambi assoggettati al requisito «Carta di soggiorno») o l'assegno ai nuclei composti di almeno tre figli minori e il precedente istituto del «*bonus bebè*» (entrambi riservati esclusivamente ai cittadini italiani e comunitari) – sono meno meritevoli di attenzione, magari a causa di una minore percezione della caratteristica di «rimedio a gravi situazioni di urgenza»? (Ciò che, fra l'altro, non mancherebbe di aprire dei nuovi e ulteriori interrogativi dal punto di vista dell'impatto delle misure in un contesto di protezione sociale evoluto). In conclusione, i dubbi in proposito sono notevoli, e un'ulteriore possibilità di lettura potrebbe essere quella, ugualmente, di separare nettamente l'ambito delle «prestazioni sociali» da «altri» ambiti dell'intervento sociale. Specie l'intervento abitativo, stante la posizione espressa dalla Corte nell'ordinanza n. 32 del 2008, relativa all'accesso degli stranieri extracomunitari all'edilizia residenziale pubblica in Lombardia.

Quale che sia, tuttavia, la risposta a questi interrogativi, rimane il fatto che questa opzione della «progressività» dei diritti rapportata alla durata della residenza – che sia in forma di *acquisto dello status di residente permanente* o anche di perfezionamento del *requisito della residenza continuativa* –, che la Corte ha tendenza a coltivare e a privilegiare in via di principio, apre grandemente il campo alla sfera della «discrezionalità». Basti dire della diversità «oggettiva» e «soggettiva» di percepire lo stato di necessità (o di gravità) in rapporto a ciascuna singola situazione, come, in ultimo luogo, la stessa insostenibilità delle situazioni in presenza. Prendiamo il caso sottoposto alla Corte, di persona ridotta in stato di coma vegetativo a seguito di incidente stradale – ma potrebbe trattarsi ugualmente del lavoratore, del figlio minore (anche nato in Italia) o del coniuge, affetti da *handicap* –, e assumiamo una presenza legale, in Italia, *inferiore* a 5 anni del richiedente (ovvero, in capo al soggetto da cui deriva il diritto al soggiorno del familiare): si può davvero pensare che l'esclusione, in base all'articolo 80, comma 19, della legge n. 388/2000, dalla predetta indennità di accompagnamento sarebbe, per

questo solo motivo, giustificata? E con quale metro di giudizio se la «durata della residenza» non presenta, in quanto tale, alcun collegamento obiettivo con la natura della prestazione (e, per converso, con le finalità perseguite dal legislatore)?

Tra l'altro, cosa che la Corte più in generale non ha colto, gli organismi deputati alla concessione delle prestazioni che richiedono la titolarità della «Carta di soggiorno» non effettuano alcuna verifica individuale relativamente agli anni di presenza in Italia. Ciò per il fatto che il titolo previsto dall'articolo 9 del Testo Unico è un titolo «unitario» che, conformemente alla versione attuale del dispositivo, il richiedente può chiedere «per sé e per i familiari di cui all'articolo 29, comma 1», ed è prassi abituale che la verifica dell'anzianità di residenza incomba unicamente in capo al richiedente principale, sussistendo gli altri requisiti (in particolare economico e di idoneità abitativa). In tal senso, è persino dubbio che la modifica dell'art. 30, comma 4, del Testo Unico n. 286/98, in ragione delle modifiche apportate dal decreto legislativo n. 3/2007, possa impedire al coniuge ricongiunto di ottenere la concessione dell'omonimo titolo. Infatti, nella sua forma originaria, questo articolo si analizza in una «specificazione» dell'articolo 9, comma 1, del Testo Unico, considerato anche che esso non è altro che espressione del criterio generale posto alla base dell'articolo 30, secondo cui i familiari ricongiunti ricevono un titolo di soggiorno della stessa durata consentita al lavoratore da cui dipendono. Soltanto il Consiglio di Stato (Sentenza n. 5916 del 20 ottobre 2005) ha potuto ritenere che il rilascio della Carta di soggiorno in via derivata è legato, incluso per quanto riguarda i soggetti contemplati dall'articolo 30, comma 4, all'esistenza dei requisiti indicati dall'articolo 9, comma 1, specie il requisito temporale e reddituale (*avendosi altrimenti il rischio di un indiscriminato accesso dei familiari di titolari di Carta di soggiorno alle prestazioni sociali, ai servizi e alle prestazioni erogate dalla pubblica amministrazione ex art. 9, comma 4, del d.lgs. n. 286/98, senza che ciò sia giustificato da un adeguato radicamento nel territorio del soggetto avente diritto alla Carta*). Si deve, tuttavia, precisare che il caso visto dal Consiglio di Stato riguardava la fattispecie del «genitore a carico» (di straniero già titolare della Carta di soggiorno), come tale non incluso tra i familiari aventi diritto alla Carta di soggiorno secondo la versione dell'articolo 9, comma 1, vigente all'epoca (unicamente il «coniuge» e i «figli minori», contro la formulazione ampia voluta dal decreto legislativo n. 3/2007, permettente di comprendere ugualmente i «genitori a carico» e, a determinate condizioni, ugualmente «i figli maggiorenni a carico»). Conseguentemente, la modifica operata in base al decreto legislativo n. 3/2007 non è di lieve importanza, nel senso che essa estende la possibilità di un automatico riconoscimento dello specifico titolo di soggiorno a nuove categorie di familiari, sebbene da questo punto di vista vi sia altresì da considerare l'indiretta incidenza delle nuove modifiche previste dal decreto legislativo n. 160/2008, entrato in vigore il 5 novembre 2008, di modifica del precedente decreto legislativo n. 5/2007 relativo al ricongiungimento familiare (In pratica, la riduzione, in prospettiva, del numero di aventi diritto al ricongiungimento, stante il riporto delle due categorie sensibili considerate alla medesima definizione contenuta nella legge n. 189/2002). Né, d'altra parte, obblighi del genere possono essere fatti discendere direttamente dalla Direttiva n. 109/2003/Ce (Infatti, in base all'articolo 13, la direttiva comunitaria non osta alla concessione di titoli di soggiorno permanenti «a condizioni più favorevoli» di quelle da essa previste). Invece, proprio a ragione del carattere «unitario» che il suddetto titolo riveste nel contesto della disciplina nazionale (Da ultimo confer-

mato anche dal Tar Puglia, seconda Sezione, nelle ordinanze sospensive datate 15-16 maggio 2008 n. 0269 e n. 0270 del 2008), si dovrà piuttosto procedere a esaminare le ricadute ulteriori della sentenza n. 306 del 2008, ugualmente sotto il profilo della possibile esclusione dell'intero nucleo familiare dall'accesso al titolo di soggiorno, a causa dell'assenza del requisito economico (o inerente la condizione abitativa), in conseguenza del computo del familiare inabile al lavoro.

4. — Tornando, invece, alle questioni più essenziali della sentenza n. 306, non può farsi astrazione di alcune considerazioni, in verità assai semplici. La prima attiene alla dignità della persona, la quale non può, evidentemente, essere graduata sul tempo di presenza (Sarebbe come dire che non si è cittadini dalla nascita, ma soltanto da una certa data in poi). In questa ottica, la platea dei diritti economici e sociali comprende una vasta gamma di benefici che sono tutti ugualmente importanti, e ne è una prova la Carta sociale europea riveduta del 3 maggio 1996, la quale ha modificato la Carta sociale del 1961, aggiungendo degli ulteriori nuovi diritti, tra cui il *diritto alla protezione contro la povertà e l'esclusione sociale* e il *diritto all'abitazione* (rispettivamente, agli artt. 30 e 31 della Carta riveduta). Pertanto, quando la Corte insiste nella difesa del criterio della «residenza continuativa» (eventualmente, di lavoro) come condizione basilare per l'accesso agli alloggi dell'edilizia residenziale pubblica, essa non tiene sufficientemente conto di questa evoluzione, ciò che è oltretutto in contrasto con la sentenza n. 217 del 1988, che invece identifica il «diritto all'abitazione» come uno dei «requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione» (E ancora: *creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello dell'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso*). E altrettanto si può dire con riguardo alla condanna dell'Italia in sede di Consiglio d'Europa in relazione proprio all'articolo 31 della Carta sociale. Si tratta, precisamente, della decisione del Comitato europeo dei diritti sociali del 7 dicembre 2005, a cui è seguita la Risoluzione del Comitato dei ministri del 3 maggio 2006 (Da ultimo, vedi anche le conclusioni 2007 dello stesso Comitato europeo dei diritti sociali), in cui si afferma che «ai sensi dell'articolo 31, comma 3, incombe agli Stati di assumere le misure idonee a favorire la costruzione di alloggi, in particolare gli alloggi sociali [...] Inoltre, essi devono garantire l'accesso agli alloggi sociali a tutte le categorie sfavorite, incluso l'accesso in regime paritario ai cittadini delle altre Parti alla Carta che risiedono legalmente o lavorano regolarmente nel paese interessato», tra l'altro con una interpretazione del concetto di *uguaglianza sostanziale* che impone di tenere conto della specificità della popolazione Rom (*il principio di non discriminazione contenuto nell'articolo E ricopre anche la discriminazione indiretta. Omettendo di tenere conto della diversa situazione dei Rom e di assumere misure idonee per migliorare le loro condizioni abitative, inclusa la possibilità di accedere effettivamente agli alloggi sociali, l'Italia viola l'articolo 31, commi 1 e 3, combinati con l'articolo E*). E non va del pari trascurato che diritti analoghi possono essere desunti dall'articolo 19, comma 4, lettera c, valevole per *tutti* gli stranieri in posizione di soggiorno regolare sul territorio, qualunque sia la loro cittadinanza; sicché, proprio con riguardo a tale articolo, all'Italia è stata fatta richiesta di precisare meglio le condizioni di accesso agli alloggi pubblici degli

stranieri, compresa la specifica situazione degli stranieri titolari di un Permesso di soggiorno a validità *infra* biennale, in rapporto alla modifica dell'art. 40, comma 6, del Testo Unico n. 286/98 a opera della legge n. 198/2002. Né, volendo proseguire l'esame sempre su questo terreno, mancano precedenti di «decisioni» o di «conclusioni» del suddetto Comitato europeo, relativamente alla (identica) condizione di durata della residenza, applicata alla sfera delle prestazioni sociali. Così, per esempio le conclusioni del Comitato europeo dei diritti sociali (1998) riferite al Rmi francese (Reddito minimo di inserimento), conseguibile dagli stranieri solamente dopo il terzo rinnovo del titolo di soggiorno originario (quindi, in base a un soggiorno effettivo uguale almeno a tre anni); e la questione è, su altro piano, nuovamente attuale, alla luce del progetto di legge in corso di discussione in Francia, relativo alla generalizzazione della nuova prestazione denominata «reddito di solidarietà attiva», stante l'ipotesi di limitare l'accesso degli stranieri alla condizione del possesso, da almeno cinque anni, di un titolo di soggiorno abilitante al lavoro, definito trattamento discriminatorio in base alla risoluzione del 20 ottobre 2008 a cura della Halde (Autorità francese preposta alla lotta contro la discriminazione).

Sempre da questo punto di vista, va inoltre ritenuta e sottolineata la diversa modalità di approccio delle Corti superiori di Strasburgo e di Lussemburgo, che, per quanto riguarda la prima, fonda la regola dell'uguaglianza di trattamento e il principio di non discriminazione sul combinato disposto dell'art. 14 della Convenzione europea con l'art. 1 del Protocollo 1 addizionale (Sono le prestazioni sociali, anche non contributive, che conferiscono ai beneficiari dei diritti giustiziabili per legge, come tali compresi nella definizione di «beni» tutelati dalla Convenzione), e talvolta anche sul «diritto al rispetto della vita familiare» (Art. 8 Convenzione, in combinato disposto con l'art. 14) (Sono le prestazioni che non originano degli obblighi positivi a norma della Convenzione, ma che, in quanto previste, evidenziano la considerazione che lo Stato ripone per quanto attiene la sfera della vita familiare). La seconda – Corte del Lussemburgo –, come la giurisprudenza comunitaria insegna, muove dichiaratamente in un contesto orientato all'integrazione la più ampia possibile. E, infatti, in questa prospettiva, integrano la natura di «vantaggi sociali» ai sensi dell'art. 7 del Regolamento n. 1612/68/Cee «tutti i vantaggi che, connessi o meno a un contratto di lavoro, sono generalmente attribuiti ai lavoratori nazionali, primariamente per via del loro *status* obiettivo di lavoratori, o per via del semplice fatto della loro residenza sul territorio nazionale» (Questi vantaggi sono inoltre estesi ai familiari dei lavoratori, e nemmeno la più recente sentenza *Geven* del 17 luglio 2007 è tale da modificare questo quadro di principio, atteso che, indipendentemente da ogni altro rilievo di merito, la suddetta sentenza va collocata nella diversa situazione fattuale di persona che non risiede nello Stato membro in cui ha corso la prestazione lavorativa). Pertanto, sebbene il quadro dettato dal Testo Unico n. 286/98 sia ancora altro, è difficile non vedere che quella dell'integrazione è l'unica strada possibile, a partire giustamente dal collegamento col lavoro, ma senza ulteriori «barriere» che mettano in campo l'anzianità della presenza sul territorio. In fondo, anche sul piano della regolazione europea, le sole categorie per le quali si concede, in certa misura, di derogare alla parità di trattamento, sono unicamente quelle *diverse* dai «lavoratori» (e i familiari di tali lavoratori), peraltro unicamente sino al perfezionamento del diritto di soggiorno permanente ai sensi della Direttiva n. 38/2004/Ce. E qui s'impone l'ulteriore considerazione, legata all'attualità

della legge n. 133/2008 di conversione del decreto legge n. 112/2008, che all'art. 20, comma 10, introduce modifiche significative all'assegno sociale, stabilendo: «A decorrere dal 1° gennaio 2009, l'assegno sociale di cui all'articolo 3, comma 6, della legge 8 agosto 1995, n. 335, è corrisposto agli aventi diritto a condizione che abbiano soggiornato legalmente, in via continuativa, *per almeno dieci anni* nel territorio nazionale». Così facendo, si creano le condizioni di un peggioramento della norma verso tutti gli aventi diritto, compresi gli italiani (ai quali in precedenza non era richiesta alcuna condizione salvo la residenza sul territorio), mentre, per quanto riguarda gli stranieri extracomunitari, il richiamo è dovuto anche per le possibili incidenze sulle altre prestazioni che, come l'assegno sociale, sono già subordinate al requisito «Carta di soggiorno», ed è altrettanto evidente che, in questo modo, la barra del diritto viene a essere compressa in un sottile gioco di interpretazione tra «parità formale» e «parità sostanziale». Diciamo «parità formale» in quanto, se è pur vero che il nuovo requisito della residenza continuativa (10 anni) è richiesto indistintamente a tutti, è altrettanto vero che questo requisito sarà più facilmente conseguibile dal cittadino che non ha esercitato il diritto alla libera circolazione, rispetto a colui che invece di tale diritto si è avvalso, italiano o altro comunitario che sia (Vedi inoltre la fattispecie degli italiani rimpatriati da Stati terzi d'oltreoceano). Lo stesso si può dire riguardo agli immigrati extracomunitari, nei cui confronti pesa, in concreto, l'obbligo di una presenza effettiva di almeno 10 anni prima di poter accedere al beneficio (ciò, quale che sia la loro situazione personale o di statuto, nel senso che, per come è scritta, la norma non sconta eccezioni nemmeno per i titolari dello *status* di «rifugiato»), oltre il possesso della Carta di soggiorno/Permesso di soggiorno Ce-Slp, quale requisito implicito nella definizione di «aventi diritto». Le censure che si profilano dal punto di vista del Diritto dell'Unione europea sono già notevoli [Vedi, segnatamente, la disciplina sul diritto di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione, i Regolamenti di sicurezza sociale n. 1408/71/Cee e n. 859/2003/Ce, gli Accordi di associazione Ce-Algeria, Ce-Marocco, Ce-Tunisia e Ce-Turchia in relazione al principio di non discriminazione in materia di sicurezza sociale, e ugualmente le Direttive settoriali n. 109/2003/Ce (soggiornanti di lungo periodo) e n. 83/2004/Ce (rifugiati e altri beneficiari di forme di protezione internazionale)]. Tuttavia, è vero anche che siamo nel campo della discriminazione «indiretta». Di conseguenza, una materia che ancora una volta sottopone la Corte Costituzionale a dura prova, e che forse spiega un altro «particolarismo» della sentenza n. 306 del 2008, consistente nell'invalidare, entro i limiti già descritti, il maggiore criterio posto in essere dall'articolo 80, comma 19, della legge n. 388/2000, esclusivamente per quanto riguarda l'indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18. Cioè, senza considerare l'ampiezza delle prestazioni comprese nel dettato della norma, ossia *l'assegno sociale erogato e le provvidenze che costituiscono diritti soggettivi in base alla vigente legislazione in materia di servizi sociali*, a riprova della volontà di riservarsi la possibilità di una scelta, volta per volta, compreso per quanto riguarda la platea di provvidenze istituite in favore degli invalidi civili, di cui l'indennità di accompagnamento è parte, ma non unicamente.

Gina Turatto

Coordinatrice Uffici Inca – Area Africa

CORTE COSTITUZIONALE, 24 aprile 2008, n. 115, ord. – Pres. Bile, Est. Amirante – L. D. (avv. Assennato) c. Inps (avv. Riccio).

Invalidità civile – Requisito reddituale familiare – Art. 14-septies d.l. 20 dicembre 1979, n. 663 – Artt. 3 e 38 Cost. – Illegittimità costituzionale – Inammissibilità.

È manifestamente inammissibile, per carenza di motivazione sulla rilevanza, la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 14-septies, commi 4 e 5, del decreto legge 20 dicembre 1979, n. 663 (Finanziamento del Servizio sanitario nazionale nonché proroga dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni in base alla legge 1° giugno 1977, n. 285, sulla occupazione giovanile), convertito, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33, nella parte in cui non prevede, anche per il richiedente la pensione di inabilità ex art. 12, legge n. 118/1971, l'esclusione dal computo dei redditi di quelli percepiti dagli altri componenti il suo nucleo familiare. (1)

(Omissis)

Ritenuto che il Tribunale di La Spezia, Sezione lavoro, ha sollevato, in riferimento agli articoli 3, commi 1 e 2, e 38, comma 1, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 14-septies, commi 4 e 5, della legge 29 febbraio 1980, n. 33 – *recte*: del decreto legge 20 dicembre 1979, n. 663 (Finanziamento del Servizio sanitario nazionale nonché proroga dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni in base alla legge 1° giugno 1977, n. 285, sulla occupazione giovanile), convertito, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33 –, «nella parte in cui non prevede, anche per il richiedente la pensione di inabilità, di cui all'art. 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118» (Conversione in legge del decreto legge 30 gennaio 1971, n. 5, e nuove norme in favore dei mutilati e invalidi civili), «l'esclusione dal computo dei redditi di quelli percepiti dagli altri componenti il suo nucleo familiare»;

che, quanto alla rilevanza della questione, il remittente espone che la ricorrente nel giudizio *a quo*, assumendo di essere invalida civile assoluta, ha chiesto la pensione d'inabilità negatale dall'Inps in sede amministrativa in quanto il suo reddito, cumulato con quello del coniuge, superava il limite di legge mentre, se fosse stato escluso il cumulo, l'entità del solo reddito dell'interessata le avrebbe consentito di godere della prestazione assistenziale in argomento;

che la questione sarebbe non manifestamente infondata con riferimento a entrambi i parametri evocati, in quanto, per il soggetto parzialmente invalido, ai fini dell'attribuzione dell'assegno mensile, la legge stabilisce che non

si tenga conto dei redditi degli altri componenti del nucleo familiare, sicché è irragionevole, secondo il remittente, stabilire più restrittivi limiti di reddito per soggetti più gravemente inabili rispetto a chi aspira all'assegno (per esserlo solo parzialmente);

che non ha rilievo l'affermazione, contenuta nella sentenza di questa Corte n. 88 del 1992, secondo cui, anche ai fini dell'attribuzione della pensione d'inabilità, non si deve tener conto del reddito del coniuge dell'interessato, perché si tratta di un'affermazione fatta incidentalmente, non necessaria ai fini della decisione, e costantemente contraddetta dall'orientamento della Corte di Cassazione;

che, ad avviso del remittente, un diverso indirizzo giurisprudenziale, rinvenibile in parte della giurisprudenza di merito, non può essere seguito perché in contrasto con l'univoco dettato normativo;

che il giudice *a quo* sottolinea come la diversità di normativa sulla determinazione del requisito reddituale tra pensione e assegno non sia originaria, bensì insorta successivamente attraverso modifiche non ben coordinate della disciplina, la cui necessità di razionalizzazione era stata posta in evidenza da questa Corte con la suddetta sentenza n. 88 del 1992;

che si sono costituiti in giudizio sia la parte privata sia l'Inps;

che la prima aderisce alle considerazioni del remittente e chiede quindi l'accoglimento della questione;

che l'Istituto previdenziale sostiene, invece, l'infondatezza della questione sul rilievo secondo cui la pensione di inabilità, di importo notevolmente superiore all'assegno, trova la sua giustificazione nella impossibilità di sopperire alle necessità dell'inabile mediante l'attuazione degli obblighi di solidarietà familiare, con la conseguenza che è il reddito familiare a essere rilevante;

che è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, concludendo per la non fondatezza della questione in quanto spetta al legislatore bilanciare le necessità dell'inabile e gli obblighi della solidarietà familiare e dell'intera collettività.

Considerato che alcune carenze di motivazione riscontrabili nell'ordinanza di rimessione in punto di rilevanza non consentono l'esame nel merito della questione di legittimità costituzionale la quale, pertanto, deve essere dichiarata manifestamente inammissibile;

che, anzitutto, se può considerarsi non implausibile la motivazione con cui il giudice remittente ha ritenuto di dover sollevare la questione di legittimità costituzionale ancor prima di disporre consulenza tecnica per la valutazione delle condizioni fisiche della ricorrente, la mancanza di qualsiasi accenno alle medesime e alla relativa documentazione non consente neppure, sotto tale profilo, una delibazione sulla fondatezza della pretesa;

che, in secondo luogo, poiché la Direzione centrale dell'Inps, con messaggio n. 9879 del 17 aprile 2007 – confermativo, però, di un precedente, risalente indirizzo enunciato in altro atto generale, e con riferimento anche alla citata sentenza di questa Corte n. 88 del 1992 – inviato a tutte le sedi regionali, provinciali e alle agenzie, ha affermato che, in tema di pensioni d'inabilità civile, il requisito reddituale va riscontrato tenendo conto del «solo reddito personale del richiedente, come per gli assegni d'inabilità parziale», il remittente avrebbe dovuto chiarire quale fosse a tal riguardo l'atteggiamento in causa dell'Inps, su quale dei requisiti per l'assegnazione della pensione vertessero le sue contestazioni e con quali argomentazioni fossero sostenute.

Per questi motivi
la Corte Costituzionale

dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 14-*septies*, commi 4 e 5, del decreto legge 20 dicembre 1979, n. 663 (Finanziamento del Servizio sanitario nazionale nonché proroga dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni in base alla legge 1° giugno 1977, n. 285, sulla occupazione giovanile), convertito, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33, sollevata, in riferimento agli articoli 3, commi 1 e 2, e 38, comma 1, della Costituzione, dal Tribunale di La Spezia, Sezione lavoro, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

(1) SUL REQUISITO REDDITUALE PER LA PENSIONE DI INVALIDITÀ

Il Tribunale di La Spezia ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, commi 1 e 2, e 38, comma 1, della Costituzione, del combinato disposto dell'art. 14-*septies*, commi 4 e 5, d.l. n. 663 del 20 dicembre 1979, convertito con modificazioni dalla legge n. 33 del 29 febbraio 1980, nella parte in cui non prevede, anche per il richiedente la pensione di inabilità *ex* art. 12, legge n. 118/1971, l'esclusione dal computo dei redditi di quelli percepiti dagli altri componenti il suo nucleo familiare.

La norma di cui trattasi prevede che il limite di reddito per il diritto all'assegno mensile in favore dei mutilati e invalidi civili, di cui agli artt. 13 e 17, legge n. 118/1971, vada calcolato con esclusione del reddito percepito da altri componenti il nucleo familiare del quale il richiedente fa parte, senza nulla esplicitamente disporre in ordine al calcolo del limite reddituale per l'accesso alla pensione di inabilità. Con l'ordinanza in commento la Corte Costituzionale, pur rilevando che «la questione sarebbe non manifestamente infondata», e che «può considerarsi non implausibile la motivazione con cui il giudice remittente ha ritenuto di dover sollevare la questione di legittimità», ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata.

Ciò nonostante rimangono forti i dubbi di legittimità della norma in esame, almeno per quanto concerne l'interpretazione che della stessa è stata espressa dalla Corte di Cassazione e da alcuna giurisprudenza di merito.

L'art. 14-*septies*, commi 4 e 5, d.l. n. 663 del 20 dicembre 1979, è, infatti, al centro di un singolare caso di interpretazione contrastante che vede opposti la Corte di Cassazione, da un lato, e l'Istituto erogante, dall'altro. Al centro fra le due diverse posizioni si pone poi la Corte Costituzionale, la quale, pur dichiarando l'inammissibilità della questione proposta, rileva, nell'ordinanza in commento, la non implausibilità della stessa e, nella precedente sentenza n. 88/1992, delinea i profili dell'istituto affermando che: «per aver diritto alla pensione di inabilità prevista per gli invalidi totali occorre che il soggetto abbia un'età inferiore a 65 anni e un reddito personale non superiore a circa 16 milioni; nessun rilievo ha invece il reddito del coniuge, quale che ne sia l'ammontare».

In argomento l'indirizzo della Suprema Corte è chiaro e costante nell'affermare che ai fini della pensione di inabilità all'invalido civile occorre considerare i redditi dell'interessato e quelli del coniuge (*Ex multis*, Cass. n. 8816/2002; Cass. n. 16263/2003; Cass. n. 11739/2005). Rileva infatti la Corte di Cassazione che «ai fini dell'accertamento del requisito reddituale previsto per l'attribuzione della pensione di inabilità di cui all'art. 12, legge 30 marzo 1971, n. 118, stabilito dall'art. 14-*septies*, comma 4, legge 29 febbraio 1980, n. 33, non può trovare applicazione la regola della esclusione dal computo dei redditi percepiti da altri componenti del nucleo familiare dell'interessato, avendo la Corte Costituzionale (Sentenza n. 88 del 1992) dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 26, legge 30 aprile 1969, n. 152, limitatamente alla parte in cui non prevedeva a favore degli anziani divenuti invalidi dopo il sessantacinquesimo anno di età, e aspiranti alla pensione sociale, un meccanismo differenziato di determinazione del limite di reddito cumulato con quello del coniuge» (Cass. n. 16311 del 19 novembre 2002).

Appare opportuno indagare l'origine di simile orientamento. Infatti, dopo la prima sentenza, n. 8816 del 2002, nella quale la Suprema Corte si è espressa in modo incidentale sulla questione, riguardando, il caso concreto allora oggetto d'esame, la prova del requisito reddituale mediante il deposito della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, le successive pronunce motivano *per relationem* senza che mai sia stata portata all'attenzione della Corte la diversa interpretazione amministrativa. Tale circostanza è spiegabile rilevando che le sentenze successive al 1998 sono state emesse in controversie che vedevano l'Avvocatura dello Stato difendere il Ministero degli interni allorquando i compiti amministrativi relativi all'erogazione della prestazione in oggetto erano già stati trasferiti all'Inps. Nell'unica controversia in cui risulta essere stata chiamata in causa l'Inps, Cass. n. 11739/05, l'Istituto, pur depositando procura, non ha partecipato alla discussione. Non risultano, quindi, essere stati analizzati dalla S.C. né il diverso orientamento amministrativo né i lavori parlamentari esplicativi della volontà del legislatore originario.

In ogni caso, se tale è l'interpretazione della S.C., ben diversa è, invece, l'interpretazione e applicazione amministrativa. Anche la Corte Costituzionale, nella ordinanza in commento, rileva la necessità di chiarire la posizione in causa dell'Inps stante il contenuto del messaggio n. 9879 del 17 aprile 2007, il quale, richiamando la conforme risalente interpretazione di cui alla Circolare n. 5 del 20 giugno 1980 del Ministero del-

l'interno e la sentenza n. 88/1992 della stessa Corte, afferma che: «il riconoscimento delle pensioni di inabilità civile, di cui all'art. 12, legge 30 marzo 1971, n. 118, deve avvenire – in presenza degli altri requisiti – tenendo conto del solo reddito personale del richiedente, come per gli assegni di invalidità parziale».

Tale è l'applicazione amministrativa della norma da parte dell'Istituto. Lo stesso messaggio Inps n. 9879/2007 si pone nel solco del precedente e conforme indirizzo dettato dal Ministero dell'interno con la Circolare interpretativa n. 5 del 20 giugno 1980, emanata a pochi mesi dall'entrata in vigore della legge n. 33/1980, la quale, per la parte che interessa, prevedeva che «per gli invalidi totali [...] il nuovo limite di reddito di lire 5.200.000 deve essere riferito esclusivamente al reddito proprio e non al reddito cumulato con quello del coniuge, come prevedeva la precedente legislazione». Rimarcava, poi, la Circolare da ultimo citata, sottolineando come «una diversa interpretazione della norma sarebbe illogica e iniqua giacché penalizzerebbe gli invalidi totali rispetto a quelli parziali: difatti per i primi il nuovo limite di reddito di lire 5.200.000 continuerebbe a essere riferito al reddito cumulato con quello del coniuge, mentre per i secondi, in base a quanto espressamente stabilito dal comma 5 dell'art. 14-*septies* della legge n. 33, il nuovo limite di reddito di lire 2.500.000 va riferito esclusivamente al reddito personale dell'invalido». La stessa Circolare ministeriale poneva a fondamento della propria interpretazione, oltre che la *ratio* della norma, la lettura dei lavori parlamentari.

Nella seduta del 28 febbraio 1980, veniva proposto e approvato l'ordine del giorno n. 9/1414/2 Sanese, Cristofari e altri, firmato sia da deputati di maggioranza che di opposizione – erroneamente indicato nella Circolare del Ministero dell'interno come ordine del giorno n. 9/1414/1 –, con il quale il governo si impegnava ad attuare la norma in questione nel senso che: «il limite di reddito di lire 5.200.000 annui, riferito agli invalidi civili gravi, si intende calcolato agli effetti dell'Irpef con l'esclusione del reddito percepito da altri componenti del nucleo familiare di cui il soggetto interessato fa parte».

È evidente, quindi, come la volontà del legislatore originario fosse indirizzata a un'interpretazione della norma in esame nel senso che il reddito da prendere in considerazione ai fini della erogazione della pensione di inabilità fosse quello personale, e non quello coniugale o, tanto meno, familiare.

Ma v'è di più. A ulteriore criterio di analisi della volontà del legislatore sta la circostanza che da oltre 28 anni il Parlamento ratifica annualmente l'applicazione della norma da parte dell'Inps approvando il bilancio annuale e la spesa sostanziale erogata dall'Istituto con importi a carico dello Stato.

La situazione che vede contrapporsi i due orientamenti, amministrativo e giurisprudenziale, oltre a creare problemi di certezza del diritto, va a ledere anche i diritti costituzionalmente garantiti dei cittadini, i quali, a parità di condizioni, si trovano a dover sottostare a requisiti d'accesso alla prestazione diversi a seconda che la stessa venga loro riconosciuta dall'Inps o, in caso di diniego dell'Istituto, dal giudice del lavoro. Più che mai opportuno appare, quindi, un intervento chiarificatore del legislatore, in attesa del quale, però, non peregrina è l'ipotesi di riproposizione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 14-*septies*, commi 4 e 5, legge n. 33/1980, nella parte in cui non prevede, anche per la pensione di inabilità civile, il computo dei redditi del solo richiedente ai fini del superamento della soglia reddituale.

Sia la pensione di inabilità che l'assegno di invalidità rientrano nel novero delle prestazioni assistenziali volte a garantire a chi versa in situazioni di invalidità un sostegno economico teso a realizzare il disposto degli artt. 2 e 38 Cost., ed è difficilmente sostenibile che non abbiano identica *ratio* e finalità. A sostegno di tale argomentazione può essere portato anche l'importo delle stesse, che, contrariamente a quanto erroneamente sostenuto nel giudizio di legittimità costituzionale dall'Inps, è identico per entrambe le prestazioni, a testimonianza della coincidenza della funzione.

Inoltre, diversamente da quanto sostenuto dalla S.C. in alcune sue pronunzie (Arg. ex Cass. n. 11739 del 6 giugno 2005), non necessariamente la pensione di inabilità è un beneficio assistenziale definitivo a fronte della transitorietà dell'assegno mensile; per nulla rari sono, in effetti, i casi di assegnazione definitiva della prestazione agli invalidi parziali o di assegnazione temporanea a i totalmente inabili.

La questione di illegittimità costituzionale potrebbe quindi essere riproposta per violazione degli artt. 3 e 38 Cost. in quanto la norma regola in modo diverso e più sfavorevole una situazione di disagio maggiore attuando in modo contraddittorio i principi di eguaglianza sostanziale e tutela delle situazioni di invalidità. Oltre ai profili già rilevati l'art. 14-*septies*, commi 4 e 5, violerebbe anche l'art. 29 Cost., che «riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», avvantaggiando i *single* e disincentivando la formazione di nuove unioni coniugali. In tal guisa verrebbe violato anche il precetto di cui all'art. 31 Cost. in combinazione con l'art. 3 Cost., in quanto la Repubblica ha il compito di agevolare, anche con misure economiche, la formazione della famiglia senza poter discriminare chi ha contratto matrimonio.

Da ultimo, come valido criterio interpretativo, anche se privo di efficacia cogente, la normativa in questione, prevedendo diverse e più gravose condizioni per l'accesso alla pensione di inabilità a fronte di quelle previste per l'assegno di invalidità, si porrebbe in contrasto con la Convenzione Unicef sui diritti delle persone con disabilità, la quale prevede, all'art. 4, l'obbligo per Stati aderenti «a prendere tutte le misure appropriate per eliminare la discriminazione sulla base della disabilità», rimarcando al contempo che la famiglia è il naturale e fondamentale nucleo della società meritevole di protezione e che «le persone con disabilità e i membri delle loro famiglie dovrebbero ricevere la necessaria protezione e assistenza» (Preambolo lettera x).

Daniele Costanzi

*Dottorando presso la Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Roma «Tor Vergata»*

CASSAZIONE, 13 maggio 2008, n. 11921, Sez. lav., ord. – Pres. Ciciretti, Rel. De Matteis, P.M. Patrone (Concl. Diff.) – N. B. (avv.ti Assennato, Garlatti) c. Ums Generali Marine Spa (avv.ti Guancioli, Bozzo).
Diff. Corte d'Appello di Roma 22 marzo 2004.

Infortuni sul lavoro e malattie professionali – Crediti da risarcimento del danno differenziale subito dal lavoratore in conseguenza di infortunio sul lavoro, vantati nei confronti di datore di lavoro dichiarato fallito – Azione diretta del lavoratore nei confronti dell'assicuratore del datore di lavoro – Mancata previsione secondo il «diritto vivente» – Violazione del principio di uguaglianza per ingiustificata disparità di trattamento rispetto al lavoratore in caso di infortunio *in itinere* in quanto vittima di incidente stradale – Lesione del diritto di azione e difesa in giudizio e del principio del giusto processo – Violazione del principio di tutela del lavoratore – Codice civile, art. 1917, comma 2 – Costituzione, artt. 3, 24, 35 e 111.

*Alla luce del principio di concentrazione delle tutele ex art. 111, comma 2, Cost., che impone – nell'alternatività tra l'azione diretta verso l'assicuratore e l'ammissione al passivo fallimentare dell'assicurato – una risposta giudiziaria contestuale e non limitativa della domanda di giustizia del danneggiato, è rilevante e non manifestamente infondata – in relazione agli artt. 3, 24, 35 e 111 Cost. – la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1917, comma 2, cod. civ., nella parte in cui non prevede azione diretta del lavoratore per il risarcimento del danno conseguente a infortunio sul lavoro nei confronti dell'assicuratore del datore di lavoro, dovendosi ritenere che l'esigenza, posta alla base dell'applicazione dell'art. 3 Cost. e dell'art. 35 Cost. (in relazione alla qualità soggettiva degli infortunati), di attribuire a situazioni identiche trattamenti equipollenti – quali quelli riconosciuti ai dipendenti dell'appaltatore ex art. 1676 cod. civ., al lavoratore in tema di contratto di somministrazione di manodopera e di appalto ex artt. 23, comma 3, e 29, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003, nonché ai danneggiati da sinistro stradale ex art. 18, legge n. 990 del 1969 – ne venga ingiustificatamente lesa, tanto più che la norma presenta ulteriori profili di irrazionalità atteso che, da un lato, il soddisfacimento del credito risarcitorio del lavoratore infortunato resta affidato alla discrezionalità dell'assicuratore o dell'assicurato, per cui, in ragione del momento in cui interviene, può restare sottratto alla par condicio creditorum, mentre, dall'altro, è ravvisabile una irragionevole differenziazione tra la situazione del lavoratore infortunato sul luogo di lavoro e quella del lavoratore infortunato in infortunio *in itinere*, godendo solo quest'ultimo, in quanto vittima della strada, di azione diretta; né vanno sottesi i maggiori tempi processuali per la realizzazione del diritto – ostacoli di fat-*

to la cui considerazione è imposta dall'art. 3 Cost. – conseguenti alla non esperibilità dell'azione diretta, integrandosi anche una lesione degli artt. 24 e 111 Cost. (1)

(*Omissis*)

Il Collegio dubita che l'assetto di tutela del credito del lavoratore per danno differenziale, che deriva dal sistema sopra cennato, sia compatibile con i canoni degli artt. 3 e 35 Cost., in comparazione con altre categorie di soggetti che godono invece di azione diretta verso l'assicuratore o verso altri terzi, e solleva pertanto d'ufficio la relativa questione di illegittimità sotto illustrata.

Tale questione di legittimità costituzionale dell'art. 1917, commi 1 e 2, del codice civile, nella parte in cui non consente al dipendente, danneggiato da un infortunio sul lavoro per violazione del dovere di sicurezza, azione diretta contro la compagnia assicuratrice del datore di lavoro, è stata già proposta alla Corte Costituzionale, la quale, con ordinanza 13 dicembre 2006, n. 457, l'ha dichiarata manifestamente inammissibile.

(*Omissis*) il Collegio ritiene di dover riproporre la questione nel merito, depurata dai profili di inammissibilità.

Quanto al secondo, nella causa odierna non viene prospettata alcuna questione di ordine dei privilegi.

Anzi, la presente ordinanza prende le mosse dalla sentenza della Corte Costituzionale 28 novembre 1983, n. 326, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 3 Cost., l'art. 2751-*bis*, n. 1, cod. civ., nella parte in cui non munisce del privilegio generale istituito dall'art. 2, legge 29 luglio 1975, n. 426, il credito del lavoratore subordinato per i danni conseguenti a infortunio sul lavoro, se e nei limiti in cui il creditore non sia soddisfatto dalla percezione delle indennità previdenziali e assistenziali obbligatorie dovute al lavoratore subordinato in dipendenza dello stesso infortunio. Tale situazione ha due implicazioni: a) l'avvenuta copertura previdenziale dell'evento infortunistico non esclude l'esigenza di particolare tutela della distinta pretesa per danno differenziale derivante dal medesimo evento; b) l'esigenza di attribuire trattamenti soddisfattori equipollenti a tutti i crediti, retributivi e risarcitori, nascenti dal rapporto di lavoro.

Quanto al primo profilo di inammissibilità, ritiene il Collegio che il principio di concentrazione delle tutele derivante dall'art. 111, comma 2, Cost., inserito dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, sul giusto processo e sulla sua ragionevole durata (*ex plurimis*: Cass., Ss.Uu., 15 novembre 2007, n. 23726, Cass., Ss.Uu., 28 febbraio 2007, n. 4636, Cass. 24 gennaio 2007, n. 1540), consenta, e in un certo senso imponga, nell'alternatività tra azione diretta verso l'assicuratore e ammissione al passivo fallimentare del-

l'assicurato (eventualmente per il residuo non coperto dall'assicuratore), una risposta giudiziaria contestuale e coordinata alla domanda di giustizia del danneggiato.

Tale esigenza di concentrazione è a fondamento delle modifiche apportate alla legge fallimentare dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in particolare dell'art. 24, con l'eliminazione delle precedenti limitazioni alla cognizione del Tribunale fallimentare, e della giurisprudenza di questa Corte, che, nell'affermare la mera specialità del rito, con esclusione di qualsiasi profilo di competenza, ammette la trattazione contestuale avanti al Tribunale fallimentare di tutte le questioni, anche nei confronti di terzi, incidenti sulla formazione dello stato passivo (Cass., Ss.Uu., 12 novembre 2004, n. 21499, Cass., Sez. I, 3 maggio 1970, n. 9170).

E non vi è dubbio che l'eventuale azione diretta nei confronti del terzo assicuratore ha incidenze sia sulla formazione dello stato passivo, sia sulla massa attiva.

Nel merito la rilevanza costituzionale del danno del lavoratore infortunato, evidenziata dalla sentenza della Corte Cost. n. 326/1983, cit., si arricchisce ora di nuovi termini di comparazione, al di fuori della tematica dell'ordine dei privilegi.

In primo luogo vi è l'azione diretta riconosciuta dall'art. 1676 cod. civ., dei dipendenti dell'appaltatore, sul debito del committente nei confronti dell'appaltatore. Secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, da considerarsi diritto vivente, l'apertura del procedimento fallimentare nei confronti dell'appaltatore non comporta l'improcedibilità dell'azione precedentemente esperita di dipendenti nei confronti del committente, ai sensi dell'art. 1676 cod. civ., per il recupero dei loro crediti verso l'appaltatore-datore di lavoro, atteso che la previsione normativa di una tale azione risponde proprio all'esigenza di sottrarre il soddisfacimento dei crediti retributivi al rischio dell'insolvenza del debitore e che, d'altra parte, si tratta di una azione «diretta», incidente, in quanto tale, direttamente sul patrimonio di un terzo (il committente) e solo indirettamente su un credito del debitore fallito, sì da doversi escludere che il conseguimento di una somma che non fa parte del patrimonio del fallito possa comportare un nocumento alle ragioni degli altri dipendenti dell'appaltatore che fanno affidamento sulle somme dovute (ma non ancora corrisposte) dal committente per l'esecuzione dell'opera appaltata; né tale situazione suscita sospetti di incostituzionalità, con riferimento all'art. 3 Costituzione (letto in corrispondenza del principio della *par condicio creditorum*), non essendo irrazionale una norma che accorda uno specifico beneficio a determinati lavoratori, anche rispetto ad altri in relazione alla attività lavorativa dai medesimi espletata e dalla quale un altro soggetto (il committente) ha ricevuto un particolare vantaggio (Cass. 10 luglio 1984, n.

401, Cass. 10 marzo 2001, n. 3559, Cass. 23 agosto 2004, n. 16577, Cass. 24 ottobre 2007, n. 22304).

E benché il committente sia figura certamente diversa dall'assicuratore, la struttura del rapporto e la effettività di tutela è la stessa: la possibilità del lavoratore di aggredire il patrimonio di un terzo, debitore nei confronti del suo datore di lavoro, nei limiti di tale debito nonché sottrazione, in tale modo, del credito del lavoratore alla *par condicio creditorum*.

A questo modello effettuale può essere ricondotta la disciplina degli artt. 23, comma 3, per il contratto di somministrazione di manodopera, e 29, comma 2, per il contratto di appalto, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, i quali, nel prevedere la responsabilità solidale rispettivamente dell'utilizzatore e del committente, consente l'azione diretta del lavoratore nei confronti del debitore del suo datore di lavoro, e anche la sottrazione del credito del lavoratore alla *par condicio creditorum* del fallimento dell'utilizzatore o del committente.

Altra categoria che viene in considerazione è quella dei danneggiati da sinistro stradale, i quali hanno azione diretta nei confronti dell'assicuratore del danneggiante, nei limiti delle somme per le quali è stata stipulata l'assicurazione per la responsabilità civile (art. 18, legge 24 dicembre 1969, n. 990). In tal caso, ovviamente, le somme dovute dall'assicuratore al danneggiato sono sottratte alla *par condicio creditorum* del danneggiante dichiarato fallito. In questo caso, la violazione degli artt. 3 e 35 Cost. appare più evidente, per la diversità di trattamento del credito risarcitorio riservato al lavoratore infortunato sul lavoro rispetto agli infortunati vittime di incidenti stradali.

Vi sono ulteriori profili di irrazionalità, rilevanti ai sensi dell'art. 3, Cost., secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, della attuale disciplina dell'art. 1917, comma 2, cod. civ.: a) in relazione al credito risarcitorio del lavoratore infortunato, in quanto affida il soddisfacimento o meno di tale bene primario al libito dell'assicuratore o dell'assicurato che, in ragione del tempo in cui avviene, può essere sottratto alla *par condicio creditorum*; b) in relazione al credito risarcitorio del lavoratore infortunato in infortunio *in itinere* il quale gode di azione diretta in quanto vittima della strada, diversamente dal lavoratore infortunato sul luogo di lavoro. E poiché l'art. 3 Cost. impone di considerare anche gli ostacoli di fatto, non è fuori luogo rilevare che, a distanza di 12 anni dall'evento infortunistico, non vi è stato ancora a favore del N. alcun riparto di attivo da parte del fallimento; in tal modo emerge anche una lesione degli artt. 24 e 111 Cost., perché una azione diretta nei confronti dell'assicurazione consentirebbe tempi processuali più rapidi e minori costi per spese di giustizia.

L'art. 1917, comma 2, cod. civ., appare perciò viziato, sotto i cennati parametri di legittimità costituzionale, nella parte in cui rimette il risarcimen-

to del danno differenziale subito dal lavoratore al libito dell'assicuratore o danneggiato, e non prevede invece azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore.

(*Omissis*)

(1) DANNO DIFFERENZIALE, FALLIMENTO DEL DATORE DI LAVORO:
L'ART. 1917 COD. CIV. ANCORA DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE

1. — *Il caso* — La Corte di Cassazione solleva d'ufficio la questione di legittimità costituzionale della norma dell'art. 1917, comma 2, cod. civ. «nella parte in cui non prevede azione diretta del lavoratore per il credito risarcitorio da danno differenziale per infortunio sul lavoro nei confronti dell'assicuratore del datore di lavoro». Nel caso di specie il lavoratore non aveva ricevuto il risarcimento del danno perché «mai il Fallimento aveva domandato, ai sensi dell'art. 1917, comma 2, cod. civ., all'Assicurazione di pagare direttamente al danneggiato».

2. — *Il contenuto della norma* — Vale la pena ricordare che l'art. 1917, comma 2, cod. civ. così dispone: «l'assicuratore ha facoltà, previa comunicazione all'assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta, ed è obbligato al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede».

Come si vede, la norma esclude il pagamento diretto del risarcimento dell'assicuratore al danneggiato, mentre un rapporto diretto tra assicuratore e danneggiato sorge quando l'assicuratore assuma l'iniziativa di adempiere direttamente nelle mani del danneggiato, oppure quando l'assicurato richieda all'assicuratore il pagamento diretto al danneggiato, ai sensi dell'art. 1917, comma 2, cod. civ., attenendo detta richiesta alle modalità di *esecuzione* della prestazione indennitaria [Cfr., tra le tante, Cass. 26 marzo 1996, n. 2678, in *Mass.*, 1996; Cass. 3 ottobre 1996, n. 8650, in *Resp. civ. prev.*, con nota di Pogliani; Cass. 8 gennaio 1999, n. 103, in *Arch. Civ.*, 1999, p. 437; in *Assicurazione*, 1999, II, p. 208, con nota di Russo, in *Danno e resp.*, 1999, p. 779, con nota di De Matteis, e in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 683, con nota di Sanna; Cass., Sez. III, 12 dicembre 2005, n. 27326, ord., in *Mass.*, 2006, 219; Cass., Sez. III, 15 luglio 2005, n. 15039, in *Mass.*, 2005, 1523; Cass., Sez. III, 12 aprile 2006, n. 8622, in *Mass.*, 2006, 772; Cass., Sez. III, 20 aprile 2007, n. 9516, in *Mass.*, 2007, 687; Cass., Sez. III, 18 aprile 2007, n. 9225, in *Mass.*, 2007, 928].

3. — Segue: *gli effetti* — Secondo tale normativa l'assicurazione della responsabilità civile, pur potendo a norma dell'art. 1917 cod. civ. produrre effetti rispetto al terzo danneggiato, nel caso di specie il lavoratore, non si configura come contratto a favore di terzo; ne consegue che dalla stipulazione non deriva alcun rapporto giuridico diretto e immediato tra terzo danneggiato e assicuratore (*Ex plurimis*: Cass. 27 luglio 1993, n. 8392; Cass. 25 luglio 1990, n. 7510, in *Mass.*, 1990).

Senonché, la giurisprudenza ritiene che l'autonomia delle obbligazioni dell'assicurato e dell'assicuratore, nonostante una certa comunione di interessi alla definizione dei danni dipendenti dal sinistro, impedisce la configurazione di una loro responsabi-

lità solidale nei confronti del danneggiato (Cass. 27 aprile 1973, n. 1149; ma, *contra*, si veda Cass. pen. 12 aprile 1988, in *Arch. circolazione*, 1989, p. 387: «In tema di assicurazione della responsabilità civile prevista dall'art. 1917 cod. civ., la solidarietà tra danneggiante e assicuratore, scaturente dal vincolo contrattuale [...] nei confronti delle pretese di risarcimento del terzo danneggiato, è oggettivamente caratterizzata e limitata dalla identità di prestazione, sicché ciascuno dei debitori può essere costretto all'adempiimento per la totalità e la parte di uno libera gli altri»).

Anzi, è prevalente l'opinione secondo la quale il detto pagamento debba essere ricondotto alla figura dell'espromissione, con la conseguenza che l'assicuratore resta solidalmente obbligato con l'assicurato nei confronti del terzo danneggiato per le somme eventualmente dovute oltre quelle pagate (Cass., Sez. III, 5 aprile 2001, n. 5076, in *Assicurazioni*, 2001, II, 2, p. 173; in dottrina si veda G. Giacobbe, *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo*, *Commentario SB*, Bologna, 1992, e qui i riferimenti bibliografici).

4. — *Le conseguenze del fallimento dell'assicurato* — Conseguenze da quanto premesso che, in caso di fallimento dell'assicurato, dichiarato dopo che si sia verificato l'evento dannoso, il risarcimento a lui spettante entra a far parte nella massa attiva e l'assicuratore è tenuto al relativo pagamento nei limiti del massimale, per l'intero ammontare, mentre il danneggiato deve essere ammesso al passivo fallimentare col privilegio di cui all'art. 2676 cod. civ.

5. — *La tutela della par condicio creditorum* — Tale circostanza, secondo la Corte rimettente, rende ammissibile la questione perché la negazione dell'azione diretta collide con il principio della concentrazione delle tutele derivante dagli artt. 24 e 111 Cost., perché imponendo l'ammissione al passivo fallimentare dell'assicurato impedisce una risposta giudiziaria contestuale e coordinata alla domanda di giustizia del danneggiato. Questo comporta, inoltre, che l'apertura del fallimento inibisca la facoltà dell'assicuratore e dell'assicurato di effettuare la scelta a favore del danneggiato, perché le regole del concorso dettate dall'art. 2767 cod. civ. non sono compatibili con la scelta di pagare o far pagare l'indennizzo direttamente al danneggiato, visto che il legislatore riconosce soltanto un privilegio per l'indennità dovuta dall'assicuratore. Insomma la legge fallimentare «non tollera che sia rimessa all'arbitrio dell'assicuratore la sottrazione alla massa di una posta attiva» [Palmieri, *La sfida (in nome della tutela del lavoratore infortunato) al tabù dell'azione diretta nell'assicurazione della responsabilità civile*, nota a Corte d'Appello di Torino 16 novembre 2004, ord., in *Foro it.*, 2005, I, 1914, ivi 1919].

Una volta acquisito alla massa attiva, il credito risarcitorio costituisce un incremento patrimoniale attivo sul quale altri creditori, compresi i lavoratori subordinati per i crediti retributivi o risarcitori ad altro titolo, muniti di privilegio *ex art. 2751-bis* cod. civ., finiscono per soddisfarsi.

6. — *Segue: la tutela del danno differenziale* — La Corte di Cassazione, nell'ordinanza che qui si commenta, critica la norma dell'art. 1917, comma 2, cod. civ., proprio perché rimette al libito dell'assicuratore o del danneggiante il soddisfacimento del credito risarcitorio del lavoratore infortunato.

Come è noto il risarcimento del danno differenziale – sempre che sia accertata la responsabilità colposa del datore di lavoro – consente al lavoratore di ottenere l'integrale risarcimento del danno alla salute, ed è pari alla differenza tra quanto spettante a titolo di liquidazione del danno secondo i criteri civilistici e quanto liquidato dall'Inail nel caso in cui non opera l'esonero da responsabilità *ex art. 10, d.P.R. n. 1124/1965* (Sul danno differenziale la letteratura è vastissima. Per brevità si rinvia a Giubboni, *Infortunio, malattia professionale e risarcimento del danno differenziale*, in *D&L*, 2007, p. 331, e qui i riferimenti bibliografici).

La Corte ritiene che detta possibilità di scelta possa essere eliminata per consentire una più incisiva tutela del lavoratore infortunato cui è destinato il beneficio assicurativo, posto che l'apertura del fallimento impedisce all'assicuratore di operare la scelta in favore del danneggiato.

7. — *La rilevanza della questione* — La questione non è nuova, visto che, come ricorda la stessa Corte di Cassazione, era stata già decisa dalla Corte Costituzionale (Ord., 28 dicembre 2006, n. 457 – Est. Vaccarella –, in *Foro it.*, 2007, I, 332; in *Giur. cost.*, 2006, p. 4620, in *Giust. civ.* 2007, I, p. 799), che l'aveva dichiarata manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza.

Consapevole dei limiti derivanti dalla precedente ordinanza della Corte Costituzionale n. 457/2006, cit., nella quale, tra l'altro, venivano in considerazione questioni relative a rapporti di precedenza e preferenza dei privilegi largamente eccedenti i poteri della Corte, l'ordinanza qui in esame tenta di «aggiustare il tiro» dichiarando espressamente di volere depurare la questione dai profili di inammissibilità già rilevati.

Tuttavia, la rilevanza della questione viene nuovamente motivata con l'assunto di una disparità di trattamento tra i crediti risarcitori del lavoratore subordinato per danno differenziale e l'azione diretta riconosciuta dall'art. 1676 cod. civ. agli ausiliari dell'appaltatore per i crediti retributivi e previdenziali nei confronti del committente, benché si affermi che «il committente sia figura certamente diversa dall'assicuratore» (Per un esame della giurisprudenza sull'art. 1676 cod. civ., e sui limiti derivanti dall'azione diretta, sia consentito il rinvio a Valente, *Appalto lecito e garanzie per gli ausiliari dell'appaltatore e del subappaltatore*, contributo per gli *Scritti in onore di Y. Suwa*, Milano, 2007, p. 369).

La Corte invoca, inoltre, le tutele introdotte dall'art. 23, comma 3, e dall'art. 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, per i crediti retributivi e previdenziali del lavoratore subordinato, rispettivamente per il contratto di somministrazione e per il contratto di appalto (L'ordinanza non cita l'art. 2112 cod. civ., che pure tutela i crediti di lavoro nel trasferimento d'azienda).

Infine, la rilevanza della questione è motivata in riferimento sia ai danneggiati da sinistro stradale i quali hanno azione diretta nei confronti dell'assicuratore del danneggiante (art. 18, legge 24 dicembre 1969, n. 990), sia alla stessa tutela riconosciuta ai lavori vittime di infortunio *in itinere*. Mentre nessun cenno è fatto alla norma dell'art. 32 Cost., che invece tutela il diritto al totale risarcimento del danno alla salute «come bene di interesse collettivo e nello stesso tempo come diritto assoluto della persona» (Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 2006, p. 113).

8. — *Crediti di lavoro, appalto e somministrazione* — Per rispondere al quesito relativo alla fondatezza della questione di legittimità, bisogna chiedersi, preliminarmente, se trattasi di situazioni omogenee. Ciò in quanto la non omogeneità di situazioni comporta la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità (Cass., Sez. I, 14 gennaio 2008, n. 598, in *Mass.*, 2008, 32).

In buona sostanza, occorre chiedersi se il credito risarcitorio per danno differenziale possa essere considerato alla stregua dei crediti retributivi o previdenziali assistiti da garanzia costituzionale (artt. 4, 35, 36, 38 Cost.), e, in quanto tali, tutelati da un insieme di norme che derogano al diritto comune perché consentono ai lavoratori di far valere un diritto proprio che la legge riconosce loro direttamente e non in sostituzione del loro debitore. Tanto è vero che gli effetti economici dell'azione *ex art.* 1676 cod. civ., sempre che esista un credito dell'appaltatore nei confronti del committente, e salvo che il primo non abbia ceduto a terzi il suo credito, si trasmettono automaticamente nella sfera degli ausiliari e non nel patrimonio dell'appaltatore. Analogamente si deve dire per le azioni esperibili da parte dei lavoratori nei confronti dell'utilizzatore, del committente o dell'appaltatore *ex artt.* 23 e 29 del d.lgs. n. 276/03, che consentono la tutela del credito retributivo e previdenziale ponendo a carico del soggetto che utilizza effettivamente i lavoratori dipendenti da altro imprenditore il rischio economico di rispondere in prima persona, senza beneficiare nemmeno del beneficio della escussione, delle eventuali omissioni degli imprenditori effettivi datori di lavoro.

Ciò in quanto, mediante le regole sopra richiamate, il legislatore ha voluto salvaguardare i crediti di lavoro in tutte le forme giuridiche attraverso le quali si realizza la segmentazione del processo produttivo.

Tanto premesso, riteniamo, tuttavia, che nell'ordinanza manchi un adeguato sviluppo argomentativo del denunciato contrasto dell'art. 1917, comma 2, cod. civ., con i parametri invocati; mentre, come già detto, non vi è alcun accenno all'art. 32 Cost.

9. — *Sulla graduazione dei diritti confliggenti* — Ai fini del giudizio di legittimità costituzionale della regola civilistica dell'art. 1917, comma 2, occorre muovere dalla necessaria «identificazione del diritto in conflitto [...] e alla successiva graduazione dei diritti confliggenti»; perché, come è stato osservato, i diritti costituzionali «sono comunque diversamente graduati, alcuni essendo fondamentali e altri no, perché alcuni diritti attengono più di altri all'essenza della persona, con l'effetto di poter essere compressi alla condizione che la motivazione di tale sacrificio dia conto, *in primis*, del loro maggiore peso specifico; successivamente, dei motivi inderogabili che ne giustificano comunque la compressione; in ultimo delle cautele che garantiscono la giusta misura del sacrificio» (Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, 2006, p. 109, e qui i riferimenti bibliografici). Proprio in relazione alla diversa collocazione degli interessi in conflitto riteniamo condivisibile l'opinione secondo la quale (Vallebona, *I crediti di lavoro privilegiati e l'ars distinguendi dimenticata*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 532) «le tutele dei crediti del lavoratore nei confronti di soggetti diversi dal datore di lavoro riguardano solo la retribuzione e la pensione, nonché i risarcimenti sostitutivi di queste».

Sulla base di queste sommarie premesse sembra che le fattispecie messe a confronto non siano tra loro omogenee.

Infatti, il credito risarcitorio del lavoratore subordinato – ancorché riferito al danno differenziale – si colloca in un ambito diverso rispetto al credito retributivo e a quello previdenziale, al punto che per essi la legge accorda una deroga al principio della *par condicio creditorum* (artt. 2741, 2745, 2751-*bis* cod. civ.).

10. — *L'ontologica differenza tra risarcimento e indennizzo* — A questo punto vale la pena ricordare come vi sia una ontologica differenza tra risarcimento e indennizzo e tra risarcimento del danno e retribuzione. La diversa definizione di risarcimento e indennizzo non pare essere una mera questione terminologica, in quanto risponde a una differente *ratio* e finalità. Invero, il risarcimento ha il solo scopo di ristorare il danno provocato da una condotta colposa o dolosa. Esso presuppone la prova della condotta, dell'elemento soggettivo (oltre che, ovviamente, del danno e del nesso causale), e deve garantire il ristoro integrale, trovando limite nella sola parte del danno che è addebitabile alla colpa del danneggiato.

L'indennizzo, invece, previsto nel sistema di assicurazione obbligatoria da infortuni sul lavoro, è corrisposto solo se il danno sia conseguenza di evento avente origine in causa violenta e accaduto in occasione di lavoro, senza che sul suo riconoscimento incidano né la colpa del datore di lavoro né la colpa del lavoratore (Così, in motivazione, Trib. Torino 14 aprile 2006 – Est. Manaletto – in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 77, con nota di D'Avossa, *Danno differenziale ed esonero da responsabilità civile del datore di lavoro per infortunio o malattia professionale: le questioni irrisolte*). Il suddetto indennizzo, che comporta altresì l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile anche per i casi di danno biologico derivante da infortunio o malattia professionale (art. 13, d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38), risponde all'esigenza di tutela della integrità psicofisica del lavoratore, garantita attraverso un sistema di natura pubblicistica in conformità ai principi emergenti dalla Carta costituzionale (in particolare gli artt. 32, comma 1, e 41, comma 2, Cost.) (Per tutti si veda Ghera, *Diritto del lavoro*, cit., p. 111, e qui le indicazioni bibliografiche alle pp. 442-444).

11. — *Segue:... e tra risarcimento e retribuzione* — Per credito retributivo deve invece intendersi il corrispettivo della prestazione lavorativa, e dunque tutti gli elementi che, pur senza trovare riscontro in una precisa ed eseguita prestazione lavorativa, costituiscono adempimento di obbligazioni primarie imposte da leggi o convenzioni e aventi origine e titolo nel contratto di lavoro, restando escluse solo le erogazioni originate da causa autonoma (rimborso spese; liberalità; indennità risarcitoria per obblighi contrattuali inadempiti) (Così Cass. 25 gennaio 2001, n. 1018, in *Lav. prev. oggi*, 2001, p. 360; in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 351; in *Giur. it.*, 2001, p. 2042; in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 719, citata da Ghera, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 24, nota 43). I crediti retributivi sono assoggettati alla prescrizione breve quinquennale.

12. — *Crediti di lavoro privilegiati* — Inoltre, come ricordato, i crediti retributivi e previdenziali sono assistiti da privilegio generale sui mobili del datore di lavoro (artt. 2751-*bis*, 2753, 2754, cod. civ.), cui si aggiungono i crediti risarcitori per infortunio sul lavoro (Corte Cost. 28 novembre 1983, n. 326, in *Foro it.*, 1984, I, 647, con nota di Tucci), per malattie professionali (Corte Cost. 29 maggio 2002, n. 220, in *Foro it.*,

2002, I, 2212) e per danni da demansionamento (Corte Cost. 6 aprile 2004, n. 113, *Foro it.*, 2005, I, 364).

D'altra parte, dal rapporto di lavoro nascono alcuni obblighi secondari o doveri di protezione, distinti anche se collegati all'obbligo di prestazione, tra cui sono ricompresi, tra gli altri, i diritti risarcitori «rinvenienti dall'inadempimento di obblighi contrattuali del datore e, in generale, derivanti dalla violazione di norme protettive della persona del lavoratore oppure limitative dei poteri dell'imprenditore: è il caso del risarcimento del danno alla professionalità (cd. demansionamento), del risarcimento del danno alla persona – nelle sue diverse tipologie del danno alla salute (cd. biologico) e del danno cd. esistenziale» [Così Ghera, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, cit., p. 25, che a nota 45 richiama Mazzioti, *La prescrizione e la decadenza dei diritti del lavoratore nella giurisprudenza costituzionale*, in Scognamiglio (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 1978, p. 298]. Tali diritti sono soggetti alla prescrizione ordinaria decennale.

13. — *La ratio dell'articolo 2751-bis cod. civ.* — Come si vede, anche sul piano della disciplina, non vi è omogeneità tra i diversi crediti: retributivi, previdenziali e risarcitori. Ciò comporta la inammissibilità della questione.

Sulla base di queste brevi premesse, si può condividere l'opinione di chi (Vallebona, *I crediti di lavoro privilegiati...*, cit., p. 534; il saggio commenta le sentenze riportate alle pp. 663-671 della stessa Rivista) ha criticato le sentenze della Corte Costituzionale citate, per non aver compreso «la ferrea e ragionevolissima coerenza di un sistema che, con chiarezza, tutela tutti i crediti del lavoratore esclusivamente nei confronti del debitore datore di lavoro mentre sacrifica gli interessi di soggetti terzi, tra i quali gli altri creditori del datore di lavoro che subiscono il privilegio in esame, solo per garantire retribuzioni e pensioni».

Insomma: l'azione diretta verrebbe a ledere i diritti degli altri lavoratori – subordinati e autonomi – che sul quel credito potrebbero trovare la loro soddisfazione, considerata altresì la collocazione privilegiata degli stessi (2751-bis), in quanto derivanti dalla prestazione di attività lavorativa svolta, e perciò destinati a soddisfare le esigenze di sostentamento del lavoratore anche in ragione della omogeneità della loro causa.

14. — *Il problema della ragionevole durata del processo* — Da ultimo si può rilevare che la questione di incostituzionalità della norma dell'art. 1917 cod. civ., sollevata dal rimettente in riferimento al principio di concentrazione, attiene una questione di rito, squisitamente processuale.

Secondo il rimettente, infatti, «l'eventuale azione diretta [del lavoratore] nei confronti del terzo assicuratore ha incidenza sia sulla formazione dello stato passivo, sia sulla massa attiva...». Pertanto reputa il rimettente che «il principio di concentrazione [...] consenta, e in un certo senso imponga, [...] una risposta giudiziaria contestuale e coordinata alla domanda di giustizia del danneggiato».

Sennonché resta da dimostrare che «la possibilità per il lavoratore di aggredire il patrimonio del terzo, debitore nei confronti del suo datore di lavoro», riduca effettivamente i tempi della durata del processo e riduca i costi della giustizia.

Invero, la presunta violazione dell'art. 111 della Costituzione, e la sua evocazione da parte del rimettente, non sembra incidere sulla concentrazione del procedimento né

garantire la riduzione dei termini processuali, posto che le norme considerate (art. 24, d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, e art. 1917, comma 2, cod. civ.) attengono non già al rito, ma alle modalità in cui si concretizzano due diversi rimedi di tutela del credito con presupposti e condizioni differenti. La soluzione, come prospettata dal giudice rimettente, richiederebbe, per i motivi ora sommariamente esposti, il necessario – e forse meritorio – intervento del legislatore, il quale, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrebbe stabilire le necessarie forme di coordinamento tra i diversi rimedi offerti dall'ordinamento a tutela dei crediti del lavoratore nelle crisi d'impresa.

Lucia Valente

Ricercatrice presso l'Università degli Studi di Roma «La Sapienza»

**ANALITICO-ALFABETICO
DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI**

CONDOTTA ANTISINDACALE

Ex art. 28 Stat. lav. – Comando unilaterale lavoratori – Art. 45 Ccnl – Effettività diritto di sciopero (Cassazione, 26 novembre 2007, n. 24581, Sez. lav.). 979

CONTRATTO A TERMINE

Condizioni legittimanti la clausola limitativa della durata – Mancanza – Conseguenze – Nullità del contratto *ex art. 1419, comma 1, cod. civ. – Esclusione – Trasformazione a tempo indeterminato – Configurabilità (Cassazione, 21 maggio 2008, n. 12985).* 861

DIMISSIONI

Annullamento – Ricostituzione del rapporto – Messa in mora – Diritto alle retribuzioni – Non sussiste – Diritto al risarcimento del danno – Non sussiste (Tribunale Lecce, 31 ottobre 2007, Sez. lav.). 958

DISCRIMINAZIONI

Direttiva n. 2000/43/Ce – Dichiarazioni pubblicamente rese di fare uso di criteri discriminatori di selezione del personale – Assenza di una vittima identificabile – Discriminazione diretta: sussistenza (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 10 luglio 2008, causa C-54/07, Sez. II). 788

Direttiva n. 2000/43/Ce – Dichiarazioni pubblicamente rese di fare uso di criteri discriminatori di selezione del personale – Esistenza di una politica di assunzione direttamente discrimina-

- toria – Onere della prova (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 10 luglio 2008, causa C-54/07, Sez. II). 788
- Direttiva n. 2000/43/Ce – Dichiarazioni pubblicamente rese di fare uso di criteri discriminatori di selezione del personale – Sanzioni (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 10 luglio 2008, causa C-54/07, Sez. II). 788
- Discriminazione di genere – Azione individuale sommaria *ex art.* 38, d.lgs. n. 198/2006 – Modalità di calcolo indennità di maternità – Retribuzione imponibile (Tribunale Venezia, 2 aprile 2008). 820
- Discriminazioni di genere – Accertamento progressione automatica di carriera – Accertamento riconoscimento periodi di astensione facoltativa ai fini dell'anzianità – Retribuzione – Azione collettiva di discriminazione *ex art.* 4, legge n. 125/1991 (Tribunale Prato, 21 novembre 2007). 811
- Discriminazioni di genere – Attività di selezione del personale – Esercizio abusivo di intermediazione – Sanzioni penali – Risarcibilità del danno (Tribunale Firenze, 10 dicembre 2007, Sez. I pen.). 810
- Discriminazioni di genere – Bando di concorso per la copertura di sei posti per agenti di Polizia municipale – Divieto di discriminazione indiretta – Esclusione del *part-time* – Onere della prova – Requisito essenziale – Appropriatezza e necessità – Non sussistono (Tar Sardegna, 29 novembre 2007, n. 2181, Sez. II, decr.). 830
- Discriminazioni di genere – Inquadramento – Computo del periodo di astensione obbligatoria per maternità ai fini della progressione di carriera – Diritto alla valutazione per il periodo lavorato – Mancata valutazione funzionale alla progressione – Violazione contrattuale – Comportamento discriminatorio (Corte d'Appello Torino, 14 maggio 2008, Sez. lav.). 810
- Discriminazioni di genere – Inquadramento – Progressione di carriera – Accertamento discriminazione per effetto di esclusione da percorso formativo previsto da procedura di selezione professionale interna (Tribunale Treviso, 22 settembre 2006). 811
- Licenziamento discriminatorio – Condizione di lavoratrice madre – Nullità del licenziamento – Riassunzione – Deroga al di-

vieto di licenziamento per cessazione dell'attività aziendale – Non sussiste (Tribunale Forlì, 22 marzo 2007, n. 75, ord.). 839

Licenziamento discriminatorio – Condizione di lavoratrice madre – Onere della prova – Nullità del licenziamento – Reintegrazione nel posto di lavoro (Tribunale Milano, 9 agosto 2007, Sez. lav.). 839

INFORTUNI SUL LAVORO E MALATTIE PROFESSIONALI

Crediti da risarcimento del danno differenziale subito dal lavoratore in conseguenza di infortunio sul lavoro, vantati nei confronti di datore di lavoro dichiarato fallito – Azione diretta del lavoratore nei confronti dell'assicuratore del datore di lavoro – Mancata previsione secondo il «diritto vivente» – Violazione del principio di uguaglianza per ingiustificata disparità di trattamento rispetto al lavoratore in caso di infortunio *in itinere* in quanto vittima di incidente stradale – Lesione del diritto di azione e difesa in giudizio e del principio del giusto processo – Violazione del principio di tutela del lavoratore – Codice civile, art. 1917, comma 2 – Costituzione, artt. 3, 24, 35 e 111 (Cassazione, 13 maggio 2008, n. 11921, Sez. lav., ord.). 1016

INVALIDITÀ CIVILE

Indennità di accompagnamento – Esclusione per stranieri extracomunitari privi dei requisiti di reddito stabiliti per la Carta di soggiorno (ora Permesso Ce per soggiornanti di lungo periodo) – Illegittimità costituzionale (Corte Costituzionale, 30 luglio 2008, n. 306). 991

Requisito reddituale familiare – Art. 14-*septies* d.l. 20 dicembre 1979, n. 663 – Artt. 3 e 38 Cost. – Illegittimità costituzionale – Inammissibilità (Corte Costituzionale, 24 aprile 2008, n. 115, ord.). 1010

LAVORO PUBBLICO

Diritto alla scelta e al mantenimento della sede di lavoro *ex* art. 33, comma 5, legge n. 104/92 – Requisiti espressamente previsti dalla legge – Continuità dell'assistenza prestata a congiunto disa-

bile – Requisiti ulteriori – Interpretazione dell'inciso «ove possibile» – Verifica di compatibilità con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro – Rilevanza dell'interesse comune (Cassazione, 7 marzo 2008, n. 7945, Ss.Uu. civili). 886

LAVORO SUBORDINATO

Estinzione del rapporto – Licenziamento individuale per giusta causa – Congedo parentale *ex art.* 32, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 151 del 2001 – Natura e funzione – Diritto potestativo diretto al soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e del suo inserimento nella famiglia – Utilizzazione del congedo per finalità diverse (nella specie, attività lavorativa in esercizio commerciale di proprietà del coniuge) – Abuso per sviamento dalla funzione del diritto – Configurabilità – Conseguenze – Licenziamento per giusta causa – Configurabilità (Cassazione, 16 giugno 2008, n. 16207, Sez. lav.). 853

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Giusta causa – Insussistenza – Violazione dell'obbligo di segnalazione di operazioni sospette *ex art.* 3, legge 5 luglio 1991, n. 197 – Insussistenza – Scissione cliente/dipendente di un istituto di credito – Assenza di esplicita precisazione nella motivazione – Operazione di frazionamento di denaro contante – Divieto – Obbligo di fedeltà (Tribunale Asti, 31 luglio 2007). 967

Lavoratrice madre – Divieto – Deroghe – Onere della prova (Corte d'Appello Torino, 24 aprile 2008). 895

Lavoratrice madre – Stato oggettivo della gravidanza – Nullità – Risarcimento danni (Cassazione, 3 marzo 2008, n. 5749, Sez. lav.). 895

MANSIONI E QUALIFICHE

Art. 2103 cod. civ. – Adibizione del lavoratore a mansioni inferiori – Illegittimità – Risarcimento del danno da dequalificazione professionale (anche biologico ed esistenziale) – Onere incombente sul prestatore di lavoro subordinato – Ricorso alla prova per presunzioni – Ammissibilità (Cassazione, 26 marzo 2008, n. 7871, Sez. lav.). 878

PERSONALITÀ (DIRITTI DELLA)

Segretezza della corrispondenza – Assenza del lavoratore – Casella di posta elettronica del dipendente – Accesso da parte del datore di lavoro – Reato *ex art.* 616, comma 1, cod. pen. – Configurabilità – Esclusione (Cassazione, 19 dicembre 2007, n. 47096, Sez. V penale). 907

RETRIBUZIONE

Fiscalizzazione degli oneri sociali e sgravi – Presupposto – Applicazione di condizioni non inferiori a quelle previste dal contratto collettivo – Regole aziendali – Trattamenti non inferiori a quelli collettivi solo in caso di superamento di determinati livelli di cottimo – Presupposto per la fiscalizzazione – Inesistenza (Corte d'Appello Bologna, 17 dicembre 2007, Sez. lav.). 919

SICUREZZA SUL LAVORO

Obbligo di prevenzione dai rischi da rapine – Insufficienza di adeguate misure di tutela – Richiesta di astensione dalla prestazione lavorativa nei turni di lavoro oggetto di episodi criminosi – Ripartizione dell'onere della prova – Responsabilità del datore di lavoro per inadempimento dell'obbligo di sicurezza per l'attività criminosa di terzi – Sussistenza (Tribunale Torino, 27 marzo 2008, Sez. lav.; Tribunale Torino, 27 marzo 2008, Sez. lav.; Tribunale Torino, 5 maggio 2008, Sez. lav.). 932

SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

Forma – Contenuto vincolato – Omissione – Sanzioni – Nullità – Possibilità di integrazione – Esclusione (Tribunale Bologna, 8 febbraio 2008). 946

Specificazione delle causali – Necessità – Specificazione mediante rinvio alla contrattazione collettiva – Insufficienza – Sanzioni – Nullità (Tribunale Bologna, 8 febbraio 2008). 946

CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

2006

SETTEMBRE

Tribunale Treviso, 22 settembre 2006 – Giud. Parise – L. C. e C. V., in qualità di Consigliera di parità della Provincia di Treviso (avv. Melchiori) c. Ministero delle politiche agricole e forestali (funzionario delegato dell'Ispettorato centrale repressione frodi). 811

2007

MARZO

Tribunale Forlì, 22 marzo 2007, ord. – Est. Allegra – F. (avv. Graziani) e Consigliera di parità della Provincia di Forlì Cesena (avv. Graziani) c. Biemme Elettrocambi Srl (avv.ti Dolcini e Beleffi). 839

LUGLIO

Tribunale Asti, 31 luglio 2007 – Est. Gibelli – S. C. (avv.ti Martino e Occhionero) c. Banca Bipop-Carire Spa filiale di Asti (avv.ti Benzi e Provera). 967

AGOSTO

Tribunale Milano, 9 agosto 2007, Sez. lav. – Est. Ravazzoni – P. (avv.ti Chessa e Coccia) e Consigliere di parità della Provincia di Milano (avv. Mottalini) c. CM Sistemi Spa (avv.ti Prosperetti, Dal Bo e Del Pennino). 839

OTTOBRE

Tribunale Lecce, 31 ottobre 2007, Sez. lav. – Est. Bellanova – G. P. (avv. Dell'Anna) c. N. R. Mic e Mic di N. R. Srl (avv. Sodo). 958

NOVEMBRE

Tribunale Prato, 21 novembre 2007 – Giud. Rizzo – B. M., B. M., N. S. e, nella qualità di Consigliera di parità della Regione Toscana, C. M. (avv.ti Rusconi e Valenti), C. R., G. S., G. E., L.

A., L. L. F., M. E., P. C., S. D., M. C. e, in qualità di Consigliera di parità della Regione Toscana, C. M. (avv. Bologni) c. Cariprato Spa (avv.ti Papaleoni e Cappellini). 811

Cassazione, 26 novembre 2007, n. 24581, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Balletti – Syndial Spa (avv. Ciabattini) c. Cgil territoriale di Sassari, Filcea Cgil territoriale di Sassari (avv. Petrocelli). Cassa app. Sassari 24 giugno 2004. 979

Tar Sardegna, 29 novembre 2007, n. 2181, Sez. II, decr. – Pres. Tosti – B. (avv. Pilia) c. Comune di Cagliari (avv.ti Farci e Melis). 830

DICEMBRE

Tribunale Firenze, 10 dicembre 2007, Sez. I pen. – Giud. Boscherini – imputati C. F. (avv. Del Core), C. A. e R. A. (avv. Bestini), P. A. (avv. De Luca); parti civili S. F. e, in qualità di Consigliera di parità della Regione Toscana, C. M. (avv. Guidotti). 810

Corte d'Appello Bologna, 17 dicembre 2007, Sez. lav. – Pres. Castiglione, Est. Migliorati – Inps (avv.ti Barusi e Fonzo) c. Max Mara Fashion Group Srl (avv.ti Persiani e Spaggiari). Riforma Pret. Reggio Emilia 30 dicembre 1994, n. 572 (non definitiva), e Trib. Reggio Emilia 11 gennaio 2002, n. 56. 919

Cassazione, 19 dicembre 2007, n. 47096, Sez. V pen. – Pres. Pizzuti, Est. Nappi, P.M. Consolo – P. M. c. T. G. Conf. Trib. Torino, Sez. distaccata di Chivasso, 15 settembre 2006. 907

2008

FEBBRAIO

Tribunale Bologna, 8 febbraio 2008 – Est. Della Casa – M. F. (avv.ti Passante e Gavaudan) c. Telecom Italia Spa (avv.ti Chiello e Pozzoli). 946

MARZO

Cassazione, 3 marzo 2008, n. 5749, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. Stile – V. S. (avv. Celata) c. Dental Biemme di Matarrelli Italia Sas (avv.ti Esposito e Giannelli). 895

- Cassazione, 7 marzo 2008, n. 7945, Ss.Uu. civ. – Pres. Carbone, Est. Vidiri, P.M. Iannelli – Ministero dell'economia e delle finanze, Agenzia delle entrate c. D. L., B. A., A. A. 886
- Cassazione, 26 marzo 2008, n. 7871, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Maiorano, P.M. Fuzio (Concl. Conf.) – Denso Thermal Systems Spa (avv. Gentilli) c. U. A. (avv.ti Bussa e Pini). Conf. Corte d'Appello di Torino n. 511/04. 878
- Tribunale Torino, 27 marzo 2008, Sez. lav. – Est. Lanza – C. Z. (avv.ti Martino, Distasio) c. Autogrill Spa (avv. Lavizzari). 932
- Tribunale Torino, 27 marzo 2008, Sez. lav. – Est. Denaro – P. S. (avv.ti Martino, Distasio) c. Autogrill Spa (avv. Lavizzari). 932
- APRILE
- Tribunale Venezia, 2 aprile 2008 – Giud. Calzavara – Consigliera provinciale di parità Provincia di Venezia (avv. Capuozzo) c. Ipsema (avv. Alessandri). 820
- Corte d'Appello Torino, 24 aprile 2008 – Pres. Girolami, Est. Grillo Pasquarelli – B. S. A. (avv.ti E. e F. Gliozzi) c. Belle Epoque Srl (avv. Pecoraro). Diff. Tribunale Torino 23 ottobre 2007. 895
- Corte Costituzionale, 24 aprile 2008, n. 115, ord. – Pres. Bile, Est. Amirante – L. D. (avv. Assennato) c. Inps (avv. Riccio). 1010
- MAGGIO
- Tribunale Torino, 5 maggio 2008, Sez. lav. – Pres. Ciocchetti, Est. Bianco – P. S. e C. Z. (avv.ti Martino, Distasio) c. Autogrill Spa (avv. Lavizzari). Conferma Trib. Torino. 932
- Cassazione, 13 maggio 2008, n. 11921, Sez. lav., ord. – Pres. Ciciretti, Rel. De Matteis, P.M. Patrone (Concl. Diff.) – N. B. (avv.ti Assennato, Garlatti) c. Ums Generali Marine Spa (avv.ti Guancioli, Bozzo). Diff. Corte d'Appello di Roma 22 marzo 2004. 1016
- Corte d'Appello Torino, 14 maggio 2008, Sez. lav. – Pres. Peyron, Est. Traficquet – Comune di Orbassano (avv. Bosco) c. R. D. (avv.

Caffaratti) e c. L. C., Consigliera di parità della Provincia di Torino (avv. Caffaratti). 810

Cassazione, 21 maggio 2008, n. 12985 – Pres. Mattone, Est. Nobile, P.M. Patrone – Poste Italiane Spa (avv. Trifirò) c. O. I. e altri.
Conf. Corte d'Appello Milano 26 ottobre 2004. 861

GIUGNO

Cassazione, 16 giugno 2008, n. 16207, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Balletti, P.M. Riello (Diff.) – Electrolux Home Products Italy Spa (avv.ti Trifirò, Favalli, Zucchinali) c. M. G. (avv.ti Bologna, Petrino).
Diff. Corte d'App. Milano 30 agosto 2004. 853

LUGLIO

Corte di Giustizia delle Comunità europee, 10 luglio 2008, causa C-54/07, Sez. II – Pres. Timmermans, Est. Bonichot, Avv. Gen. Poirares Maduro – Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (avv. Bayart) c. Firma Feryn NV. 788

Corte Costituzionale, 30 luglio 2008, n. 306 – Pres. Bile, Est. Amirante – S. T. c. Inps (avv. Valente). 991

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

– art. 2	923, 991, 1015
– art. 3	877, 887, 901, 921, 991, 1010, 1016
– art. 4	1023
– art. 10	991
– art. 11	992
– art. 15	907
– art. 24	877, 1016
– art. 29	1015
– art. 31	854, 1015

– art. 32	939, 991, 1022
– art. 35	992, 1016
– art. 36	927, 1023
– art. 37	901
– art. 38	991, 1010, 1023
– art. 39	921, 988
– art. 40	982
– art. 41	884, 934, 981, 1024
– art. 76	863
– art. 111	1016
– art. 117	877, 992

PRELEGGI

– art. 12	854, 861
-----------------	----------

CODICE CIVILE

– art. 428	960
– art. 1175	943, 976, 986
– art. 1176	941
– art. 1206	963
– art. 1218	881, 896, 965
– art. 1222	882
– art. 1223	835, 879, 896
– art. 1224	965
– art. 1226	879, 896
– art. 1227	960
– art. 1324	961
– art. 1339	867
– art. 1362	980
– art. 1375	943, 976, 986
– art. 1418	955
– art. 1419	861, 955
– art. 1427	960
– art. 1460	876
– art. 1564	973
– art. 1676	1016
– art. 1917	1016
– art. 2043	883, 890, 966, 987
– art. 2049	917
– art. 2059	890
– art. 2087	883, 890, 932, 981
– art. 2094	950

– art. 2096	868
– art. 2103	868, 878
– art. 2104	854, 914, 977
– art. 2105	967
– art. 2110	900
– art. 2112	1022
– art. 2119	973
– art. 2125	868
– art. 2126	869, 955
– art. 2676	1021
– art. 2697	879, 922, 962
– art. 2727	890
– art. 2729	771, 785, 882, 890
– art. 2741	1024
– art. 2745	1024
– art. 2751- <i>bis</i>	1017
– art. 2753	1024
– art. 2754	1024
– art. 2767	1021
– art. 2909	817

CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 115	861, 878
– art. 116	885
– art. 360	896, 983
– art. 378	896, 980
– art. 379	980
– art. 384	889, 898
– art. 410	878
– art. 414	897, 951
– art. 429	841
– art. 700	816, 934, 992

CODICE PENALE

– art. 2	803
– art. 388	818
– art. 616	907
– art. 650	818

LEGGI E DECRETI

legge del 1924, n. 1825	900
-------------------------------	-----

legge del 1950, n. 860	834
legge 2 agosto 1952, n. 1305	993
legge del 1960, n. 1369	950
legge 18 aprile 1962, n. 230	861, 953
– art. 1	870
legge 9 gennaio 1963, n. 7	
– art. 1	868, 962
d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124	944
– art. 10	1022
legge 15 luglio 1966, n. 604	834
– art. 2	842
– art. 3	973
– art. 4	841
– art. 6	835
legge del 1968, n. 1089	920
legge 30 aprile 1969, n. 152	
– art. 26	1013
legge 24 dicembre 1969, n. 990	
– art. 18	1016
legge 20 maggio 1970, n. 300	
– art. 2	910
– art. 3	910
– art. 4	910
– art. 7	976
– art. 8	910
– art. 13	883
– art. 15	805, 841
– art. 18	834, 900, 960
– art. 28	809, 816, 979
– art. 38	802
d.l. 30 gennaio 1971, n. 5	1010
legge 30 marzo 1971, n. 118	
– art. 12	994, 1010
– art. 13	1012
– art. 17	1012
legge 30 dicembre 1971, n. 1204	
– art. 2	834, 895
– art. 6	805
– art. 7	805
– art. 15	811
– art. 16	823
– art. 32	897
– art. 33	834
legge 29 luglio 1975, n. 426	

– art. 2	1017
d.P.R. 25 novembre 1976, n. 1026	
– art. 2	896
– art. 4	835, 896
d.l. 7 febbraio 1977, n. 15	923
legge 7 aprile 1977, n. 102	923
legge 1° giugno 1977, n. 285	1010
legge 9 dicembre 1977, n. 903	799, 840
– art. 1	781, 802, 831
– art. 5	820
– art. 9	800
– art. 15	813
– art. 16	802
legge 5 agosto 1978, n. 502	
– art. 4	922
decreto-legge 20 dicembre 1979, n. 663	
– art. 1	822
– art. 14- <i>septies</i>	1010
legge 11 febbraio 1980, n. 18	
– art. 1	992
legge 29 febbraio 1980, n. 33	822
– art. 14- <i>septies</i>	1010
legge 28 novembre 1980, n. 782	
– art. 1	921
legge 10 aprile 1981, n. 158	994
d.l. 24 marzo 1982, n. 91	922
legge 21 maggio 1982, n. 267	922
d.l. 3 luglio 1986, n. 328	922
legge 31 luglio 1986, n. 440	922
T.U. del 1986, n. 917	
– art. 48	822
legge del 1987, n. 56	
– art. 23	863
legge 11 maggio 1990, n. 108	
– art. 3	834
legge 10 aprile 1991, n. 125	779, 799
– art. 4	771, 805, 814, 825, 834
– art. 9	805
legge 5 luglio 1991, n. 197	
– art. 1	970
– art. 3	967
– art. 5	971
legge 23 luglio 1991, n. 223	898
– art. 9	823

legge 5 febbraio 1992, n. 104	
– art. 33	886
legge 8 agosto 1995, n. 335	
– art. 3	1009
legge del 1996, n. 662	
– art. 1	831
legge del 1997, n. 196	
– art. 1	947
– art. 3	951
– art. 11	949
d.lgs. 2 settembre 1997, n. 314	822
legge 27 dicembre 1997, n. 449	
– art. 39	831
d.lgs. del 1998, n. 80	
– art. 45	887
d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286	
– art. 2	994
– art. 9	992
– art. 29	1006
– art. 30	995
– art. 40	1008
– art. 41	994
– art. 44	769
legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2	1017
d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38	
– art. 13	1024
legge 8 marzo 2000, n. 53	799, 853
– art. 1	854
– art. 7	806
– art. 18	836, 962
– art. 19	891
– art. 20	891
d.lgs. del 2000, n. 196	814
– art. 1	811
– art. 2	811
– art. 3	807
legge 7 dicembre 2000, n. 397	917
legge 23 dicembre 2000, n. 388	
– art. 80	992
legge del 2000, n. 422	
– art. 1	863
d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151	805
– art. 7	822
– art. 12	822

– art. 16	821
– art. 22	820
– art. 23	820
– art. 32	853
– art. 34	806, 855
– art. 54	833, 898
– art. 55	962
– art. 86	834
d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165	
– art. 36	866
– art. 63	886
– art. 69	887
d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368	953
– art. 1	861
– art. 3	875
– art. 3- <i>bis</i>	876
– art. 4	862
– art. 5	862
– art. 10	865
– art. 11	865
legge 30 luglio 2002, n. 189	
– art. 9	992
legge del 2002, n. 198	1008
decreto del giudice del lavoro 2 dicembre 2002 ...	979
d.lgs. del 2003, n. 5	
– art. 19	817
legge del 2003, n. 30	950
d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66	832
d.lgs. 23 aprile 2003, n. 115	
– art. 1	854
– art. 2	822
– art. 32	854
d.lgs. del 2003, n. 196	910
– art. 1	911
– art. 4	911
– art. 13	914
– art. 23	913
– art. 24	917
– art. 111	911
– art. 113	914
– art. 114	914
– art. 184	911
d.lgs. del 2003, n. 215	
– art. 4	771, 784

– art. 5	769
d.lgs. del 2003, n. 216	
– art. 4	771
d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276	
– art. 4	803
– art. 10	802
– art. 18	802, 954
– art. 20	949
– art. 21	946
– art. 23	1016
– art. 27	802, 951
– art. 29	950, 1016
– art. 32	949
– art. 86	947
legge comunitaria del 2003, n. 306	
– art. 17	826
d.lgs. 19 luglio 2004, n. 213	832
d.lgs. del 2004, n. 251	951
d.lgs. del 2005, n. 145	806, 825
delibera del Comune di Cagliari	
del 25 maggio 2005, n. 258	830
regolamento speciale del Corpo di Polizia municipale	
del Comune di Cagliari	825
– art. 1	832
– art. 22	832
– art. 41	832
legge 5 dicembre 2005, n. 251	
– art. 10	803
d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5	
– art. 24	1018
d.lgs. del 2006, n. 198	799
– art. 4	841
– art. 25	825
– art. 27	781, 820, 828
– art. 35	960
– art. 37	818, 827
– art. 38	813
– art. 39	816
– art. 40	771, 832, 837
– art. 41	802
– art. 42	804
– art. 43	808
– art. 51	836
– art. 55- <i>bis</i>	836

d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3	
– art. 1	1001
– art. 2	998
d.lgs. del 2007, n. 5	1006
provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 1° marzo 2007, n. 13	908
legge Regione Sardegna del 22 agosto 2007, n. 9	
– art. 12	831
– art. 19	831
d.lgs. del 2007, n. 196	836
d.lgs. del 2007, n. 231	
– art. 42	970
legge 24 dicembre 2007, n. 247	
– art. 1	950
– art. 39	861
d.l. del 2008, n. 59	772
– art. 8- <i>quater</i>	836
– art. 8- <i>sexies</i>	836
– art. 8- <i>septies</i>	836
legge 6 giugno 2008, n. 101	772
8- <i>sexies</i>	784
d.l. 25 giugno 2008, n. 112	834, 876, 1009
– art. 21	877
legge 6 agosto 2008, n. 133	834, 876
– art. 20	1009
d.lgs. del 2008, n. 160	1006

LEGGI DEL BELGIO

legge 15 febbraio 1993	790
legge 25 febbraio 2003	790
– art. 2	791
– art. 19	791
– art. 20	791
legge 20 luglio 2006	790

LEGGI DEL REGNO UNITO

Race Relations Act 1976

– sec. 29	782
– sec. 63	782

UNIONE EUROPEA

Trattato Ce

– art. 6	1003
----------	------

– art. 13	779
– art. 249	865
Commissione europea	
Direttiva n. 76/207	837
Direttiva n. 92/85/Ce	837
Direttiva n. 96/34/Ce	858
Direttiva n. 97/80	771
Direttiva n. 1999/70/Ce	861
– Considerando 14	864
– clausola 3	870
– clausola 5	865
Direttiva del Consiglio 29 giugno 2000, n. 2000/43/Ce	765, 776
– art. 1	789
– art. 2	766, 778
– art. 2.2	766
– art. 2.4	769
– art. 3	789
– art. 3.1	766
– art. 4	774
– art. 6	769
– art. 7	766, 778
– art. 7.2	769
– art. 8	766, 784
– art. 13	790
– art. 15	766, 777
– Considerando 8	767, 778
– Considerando 12	767, 780
Direttiva n. 2000/78/Ce	771, 779
Direttiva n. 2002/73/Ce	812, 825
– art. 2	836
– art. 8- <i>sexies</i>	827
Direttiva n. 2003/109/Ce	998
Direttiva n. 2004/38/Ce	1008
Direttiva n. 2004/83/Ce	1009
Direttiva n. 2004/113/Ce	836
Direttiva n. 2006/54/Ce	836
– art. 17	818
Regolamento n. 1968/1612/Cee	
– art. 7	1008
Regolamento n. 1971/1408/Cee	1003
Regolamento del Consiglio del 14 maggio 2003, n. 2003/859/Ce	
– art. 1	998

Decisione del Comitato europeo dei diritti sociali
del 7 dicembre 2005 1007

Risoluzione del Comitato dei ministri
del 3 maggio 2006 1007

CCNL E ACCORDI SINDACALI

Ccnl Acri del 19 dicembre 1994
– art. 10 811
– art. 98 805
Ccnl Acri dell'11 luglio 1999
– art. 97 811
Ccnl addetti alla industria della calzatura
dell'11 luglio 1979 921
Ccnl Avr 821
Ccnl comparto Ministeri 2002-2005 816
Ccnl imprese esercenti servizi di telecomunicazioni
del 28 giugno 2000
– art. 17 951
Ccnl industria chimica – Federazione nazionale
dell'industria chimica e Filcem-Cgil, Femca-Cisl
e Uilcem Uil – 12 febbraio 2002
– art. 45 979

ACCORDI INTERCONFEDERALI

Accordo interconfederale del dicembre 1993 988
– punto 6 989

CONVENZIONI E ACCORDI INTERNAZIONALI

Accordo di associazione Ce-Algeria 1009
Accordo di associazione Ce-Marocco 1009
Accordo di associazione Ce-Tunisia 1009
Accordo di associazione Ce-Turchia 1009
Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato .. 862
– clausola 1 864
– clausola 2 864
– clausola 3 864
– clausola 4 864
– clausola 5 864
– clausola 6 864

– clausola 7	864
– clausola 8	865
Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea	779
Carta sociale europea del 18 ottobre 1961	
Carta sociale europea del 3 maggio 1996	1007
– art. 19	1007
– art. 30	1007
– art. 31	1007
– art. E	1007
Convenzione europea dei diritti dell'uomo	
– art. 8	1008
– art. 14	1004
Protocollo addizionale n. 1	
– art. 1	1004
Convenzione Oil del 1949, n. 97	
– art. 6	993
Convenzione Oil del 1975, n. 143	
– art. 10	994
Convenzione Unicef sui diritti delle persone con disabilità	
– art. 4	1015
Preambolo, lett. x	1015
CIRCOLARI MINISTERIALI	
Circolare Ministero dell'interno del 20 giugno 1980, n. 5	1013
Circolare Ministero della pubblica amministrazione del 2008, n. 7	891
Circolare Ministero della pubblica amministrazione del 2008, n. 8	891
CIRCOLARI ISTITUTI PREVIDENZIALI	
Circolare Ipsema n. 10/06	822

pubblicità
Unipol

Quella nuova:
SALVADANAIO

pubblicità
Unipol

ALTERNARE
LE MANI /
LA BAMBINA

Finito di stampare
nel mese di dicembre 2008
dalla Tipografia O.GRA.RO.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

