

GIURISPRUDENZA

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE LE DECISIONI NEL TRIMESTRE OTTOBRE - DICEMBRE 2005

RAPPORTO DI LAVORO (a cura di Massimo Pallini)

SOMMARIO: 1. Illegittimità dei «reinquadramenti» automatici nel pubblico impiego. — 2. Devoluzione *mortis causa* dell'indennità di fine rapporto ai parenti del pubblico dipendente «non di ruolo». — 3. Discrezionalità del legislatore nel differenziare la disciplina degli ordinamenti del rapporto di lavoro alle dipendenze delle diverse forze di polizia. — 4. Illegittimità costituzionale della disciplina regionale delle professioni sanitarie non-convenzionali. — 5. Illegittimità costituzionale della disciplina regionale degli ordini delle professioni intellettuali. — 6. Competenza statale in materia di «vigilanza» del lavoro e della previdenza sociale ai sensi della legge n. 30/2003.

1. — *Illegittimità dei «reinquadramenti» automatici nel pubblico impiego* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 2 e 3, della legge della Regione Marche 13 maggio 2004, n. 10, nella parte in cui prevede che il personale dipendente dalla Regione, anche se in quiescenza, possa avvalersi, a domanda, dei benefici dell'art. 86 della legge della Regione Marche 1° giugno 1980, n. 47, con l'effetto di essere inquadrato automaticamente «nel livello superiore a quello assegnato in sede di primo inquadramento». Secondo la Presidenza del Consiglio queste leggi regionali comporterebbero, in concreto, il conferimento di qualifiche superiori al personale interessato nel pubblico impiego senza l'espletamento di un pubblico concorso, aperto anche a soggetti esterni all'amministrazione. Inoltre le stesse norme sarebbero irragionevoli in quanto, attraverso un uso abnorme della efficacia retroattiva di una norma abrogata, metterebbero in discussione un procedimento di inquadramento oramai del tutto esaurito, senza che sia possibile cogliere alcun motivato fondamento per la particolare scelta del legislatore regionale. La Corte ha ritenuto la questione fondata (1). Il giudice delle leggi ha ritenuto che le norme

(1) Corte Cost., sentenza 14-28 dicembre 2005, n. 465 – Pres. Madrini; Red. Maddalena –

regionali impugnate, piuttosto che riproporre l'originaria previsione di un concorso speciale per soli interni, realizzano un reinquadramento *ope legis* di una ristrettissima categoria di dipendenti, che determina un automatico e generalizzato scivolamento di soggetti precisamente individuati verso la qualifica superiore, in evidente contrasto con il principio costituzionale del pubblico concorso. Né, ad avviso della Corte, sussistono in questo caso quelle peculiari situazioni che giustificano la deroga al principio stesso. Non si tratta di norme transitorie, né sussistono esigenze specifiche ed eccezionali, legate alla riorganizzazione delle strutture amministrative regionali. Né tanto meno sussiste alcun reale meccanismo di valutazione di requisiti professionali da parte dei dipendenti regionali destinatari delle norme, giacché il disposto di queste prevede l'inquadramento nel livello superiore quale conseguenza automatica della domanda degli aventi diritto (e non dei vincitori di concorso).

2. — *Devoluzione mortis causa dell'indennità di fine rapporto ai parenti del pubblico dipendente «non di ruolo»* — Il T.A.R. del Lazio ha proposto, in relazione agli artt. 3 e 36 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 3, del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 4 aprile 1947, n. 207, nella parte in cui riserva la devoluzione dell'indennità di fine rapporto spettante al dipendente non di ruolo defunto ai soggetti da essa indicati, ovvero al coniuge, ai figli minorenni e ai parenti entro il secondo grado solo se viventi a carico del dipendente stesso, ed esclude pertanto che essa, in difetto di tali soggetti, si devolva secondo le norme che disciplinano la successione *mortis causa*. Il giudice rimettente ha ritenuto la norma censurata lesiva sia del principio di uguaglianza, per l'ingiustificata disparità di trattamento che essa determina per i dipendenti statali non di ruolo rispetto ai lavoratori subordinati privati, i dipendenti statali di ruolo e i dipendenti degli enti locali, sia dell'art. 36 Cost., perché una simile disciplina di un istituto avente natura retributiva priverebbe gli aventi causa del lavoratore della disponibilità di una parte della retribuzione. La Corte ha ritenuto la questione fondata (2). La

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, commi 2 e 3, della legge della Regione Marche 13 maggio 2004, n. 10 (Modifica alla legge regionale 15 ottobre 2001, n. 20, sull'organizzazione e sul personale della Regione e alla legge regionale 30 giugno 2003, n. 14, sulla riorganizzazione della struttura amministrativa del Consiglio regionale).

(2) Corte Cost., sentenza 14-23 dicembre 2005, n. 458 – Pres. Marini, Red. Gazzella –

Corte ha richiamato i suoi orientamenti espressi sulla natura giuridica delle indennità di fine rapporto e della applicabilità alle stesse delle regole sulla successione *mortis causa*, sia nell'ambito del rapporto di lavoro privato (sentenza n. 8 del 1972), sia nell'ambito del pubblico impiego statale (sentenza n. 106 del 1996, in *FI*, 1996, I, c. 1503), sia in quello del rapporto di lavoro con gli enti locali (sentenza n. 319 del 1991, in q. *Riv.*, 1992, II, p. 273; sentenza n. 471 del 1989, in *FI*, 1991, I, c. 50). In tutti questi casi la Corte ha sempre statuito che gli emolumenti comunque riconosciuti al lavoratore alla fine del rapporto abbiano natura di retribuzione differita a fini previdenziali e che di conseguenza tali indennità debbano ritenersi già entrate a far parte del patrimonio del dipendente al momento della sua morte, analogamente a quanto disposto dall'articolo 2122 cod. civ. Corollario di tale principio è che le stesse indennità, in mancanza dei soggetti legittimati individuati dalla legge, debbano devolversi agli eredi secondo le regole successorie. Inoltre, in molte pronunce la Corte Cost. aveva già sottolineato (sentenza n. 156 del 1973; n. 116 del 1976; n. 236 del 1974 e n. 208 del 1986) la progressiva perdita di importanza, nella recente evoluzione normativa e interpretativa, della distinzione tra impiego di ruolo e impiego non di ruolo. Cosicché deve ritenersi ormai pacifico che anche per l'impiego non di ruolo, disciplinato in modo organico dal d.lgs. C.p.S. n. 207 del 1947, presentando i caratteri essenziali del rapporto di lavoro subordinato, non v'è ragione di escludere la spettanza delle medesime voci retributive riconosciute ai lavoratori del settore privato e ai dipendenti pubblici di ruolo. La connotazione unitaria, per natura e funzione, delle varie categorie di indennità di fine rapporto, anche se governate da diversi sistemi di finanziamento e di erogazione dei singoli trattamenti, ha dunque condotto la Consulta a dichiarare l'illegittimità costituzionale di quelle norme che non consentono l'applicabilità delle regole della successione *mortis causa* all'indennità di fine rapporto del personale non di ruolo al fine di evitare il realizzarsi di una inammissibile disparità di trattamento rispetto agli altri dipendenti di ruolo.

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 3, del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 4 aprile 1947, n. 207 (Trattamento giuridico ed economico del personale civile non di ruolo in servizio nelle Amministrazioni dello Stato), nella parte in cui non prevede che l'indennità di fine rapporto spettante al dipendente non di ruolo defunto, in mancanza dei soggetti ivi indicati, si devolva secondo le norme che disciplinano la successione mortis causa.

3. — *Discrezionalità del legislatore nel differenziare la disciplina degli ordinamenti del rapporto di lavoro alle dipendenze delle diverse forze di polizia* — Il T.A.R. della Liguria ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 4, 32, 36, 38 e 97 Cost. – questione di legittimità costituzionale dell'art. 36 della legge 1° aprile 1981, n. 121 (Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza), e dell'art. 2 del d.P.R. 24 aprile 1982, n. 339, nella parte in cui hanno circoscritto al solo personale dei ruoli della Polizia di Stato che espleta funzioni di polizia che abbia riportato un'invalidità non dipendente da causa di servizio, che non comporti l'inidoneità assoluta ai compiti di istituto, la possibilità di essere, a domanda, trasferito nelle corrispondenti qualifiche di altri ruoli della Polizia di Stato o di altre amministrazioni dello Stato, ovvero, per esigenze di servizio, d'ufficio nelle corrispondenti qualifiche di altri ruoli della Polizia di Stato, sempre che l'infermità accertata ne consenta l'ulteriore impiego. Ad avviso del remittente l'esclusione da questa possibilità degli appartenenti alle altre forze di polizia realizzerebbe una ingiustificata disparità di trattamento. La Corte ha ritenuto la questione infondata (3). La Corte ha rilevato che se pur è vero che l'art. 16 della legge n. 121/81 prevede che «ai fini della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, oltre alla Polizia di Stato sono forze di polizia l'Arma dei Carabinieri, quale forza armata in servizio permanente di pubblica sicurezza», la stessa norma però aggiunge un inciso – «fermi restando i rispettivi ordinamenti e dipendenze» – che tiene distinte le attività funzionali dagli aspetti di inquadramento e di *status*. La Corte già in precedenza si era espressa nel senso che tale precisazione legittimava un'ampia discrezionalità del legislatore in materia di collocazione e della progressione in carriera dei dipendenti delle diverse forze di polizia. D'altronde la legge n. 121 del 1981, pur avendo normativamente unificato dal punto di vista funzionale le forze di polizia, ha nello stesso tempo lasciati immutati i rispettivi ordinamenti e dipendenze nel presupposto della di-

(3) Corte Cost., 15 novembre-9 dicembre 2005, n. 442 – Pres. Marini, Red. Gazzella –

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 1, cpv. XX, della legge 1° aprile 1981, n. 121 (Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza), e dell'art. 2 del d.P.R. 24 aprile 1982, n. 339 (Passaggio del personale non idoneo all'espletamento dei servizi di polizia ad altri ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza o di altre amministrazioni dello Stato), sollevata, con riferimento agli artt. 3, 4, 32, 36, 38 e 97 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale della Liguria con l'ordinanza in epigrafe.

somogeneità del personale facente parte di quelle forze, alcune delle quali, come appunto l'Arma dei Carabinieri e la Guardia di finanza, mantengono lo *status* militare, mentre altre per effetto della smilitarizzazione hanno acquisito lo *status* di personale civile.

La Corte ha quindi concluso che l'esistenza di un quadro di piena autonomia tra l'ordinamento della Polizia di Stato e quello degli appartenenti all'Arma dei Carabinieri, pur nella possibile coincidenza di funzioni di sicurezza pubblica, rende del tutto razionale la delimitazione dell'ambito di operatività delle norme impugnate al solo personale della Polizia di Stato e non anche agli appartenenti all'Arma dei Carabinieri, nei cui confronti il legislatore si è mosso seguendo percorsi diversi e più specifici, sulla base di valutazioni discrezionali non prive di ragionevolezza.

4. — *Illegittimità costituzionale della disciplina regionale delle professioni sanitarie non-convenzionali* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato la legge della Regione Piemonte 31 maggio 2004, n. 13 (Regolamentazione delle discipline bio-naturali), ritenendola in contrasto con l'art. 117, comma 3, Cost., poiché realizzerebbe un intervento normativo regionale in materia di professioni sanitarie non convenzionali, la cui individuazione e regolamentazione, con i relativi profili e ordinamenti didattici, spetta invece allo Stato secondo il principio fondamentale stabilito dall'art. 6, comma 3, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (successivamente confermato dall'art. 124, comma 1, lettera *b*, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dall'art. 1, comma 2, della legge 26 febbraio 1999, n. 42). La Corte ha ritenuto la questione fondata (4). Con la legge impugnata la Regione ha provveduto a una sistemazione delle discipline bio-naturali, prevedendo il registro per gli operatori delle discipline bio-naturali, le procedure e i requisiti per l'iscrizione, le sanzioni amministrative per coloro che esercitano l'attività di operatore nelle discipline bio-naturali senza essere iscritti al registro regionale, demandando alla Giunta regionale di identificare dette discipline e le attività specifiche afferenti le pratiche e le discipline individuate, prevedendo altresì l'istituzione di una Commissione permanente per tali

(4) Corte Cost., sentenza 16-25 novembre 2005, n. 424 — Pres. Marini, Red. Bile — dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7 della legge della Regione Piemonte 31 maggio 2004, n. 13 (Regolamentazione delle discipline bio-naturali); dichiara, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale in via consequenziale degli artt. 8 e 9 della medesima legge.

pratiche e discipline. La Corte ha ribadito i suoi orientamenti (sentenza n. 353 del 2003, in *FI*, 2004, I, c. 342; sentenze n. 319 e n. 355 del 2005) secondo cui – anche nel vigore della riforma del Titolo V, Parte seconda, della Costituzione – continua a spettare allo Stato la determinazione dei principi fondamentali nelle materie di competenza concorrente, quale appunto quella delle «professioni». Ha quindi riaffermato che la potestà legislativa delle Regioni in materia di «professioni» deve rispettare il principio secondo cui l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e ordinamenti didattici, e l'istituzione di nuovi albi è riservata allo Stato. Tale principio, al di là della particolare attuazione che recano i singoli precetti normativi, si configura, infatti, quale limite di ordine generale, invalicabile dalla legge regionale. Pertanto, le norme impugnate sono state dichiarate costituzionalmente illegittime.

5. — *Illegittimità costituzionale della disciplina regionale degli ordini delle professioni intellettuali* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 2, 3 e 4 della legge della Regione Toscana 28 settembre 2004, n. 50 (Disposizioni regionali in materia di libere professioni intellettuali), che definisce le modalità di raccordo tra la Regione e le professioni intellettuali regolamentate con la costituzione di Ordini o Collegi e istituisce la Commissione regionale delle professioni e delle associazioni professionali, in riferimento agli articoli 33 e 117, comma 2, lettere *g* e *l*, della Costituzione. Il ricorrente ha censurato la legge regionale, perché, nel prevedere la costituzione da parte degli Ordini e dei Collegi professionali di propri «coordinamenti regionali», che si atteggiavano come vere e proprie «strutture operative degli Ordini e dei Collegi territoriali dotate d'autonomia organizzativa e finanziaria», si porrebbe in contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. *g*, Cost., che attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali». La Corte ha ritenuto la questione fondata (5). La Corte ha preliminarmente rilevato che la vigente normazione ri-

(5) Corte Cost., sentenza 24 ottobre 2005, n. 405 – Pres. Capotosti, Red. Contrì – dichiara l'illegittimità costituzionale degli articoli 2, 3 e 4 della legge della Regione Toscana 28 settembre 2004, n. 50 (Disposizioni regionali in materia di libere professioni intellettuali);

dichiara, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale delle restanti disposizioni della medesima legge.

guardante gli Ordini e i Collegi risponde all'esigenza di tutelare un rilevante interesse pubblico la cui unitaria salvaguardia richiede che sia lo Stato a prevedere specifici requisiti di accesso e a istituire appositi enti pubblici ad appartenenza necessaria, cui affidare il compito di curare la tenuta degli albi nonché di controllare il possesso e la permanenza dei requisiti in capo a coloro che sono già iscritti o che aspirino a iscriversi. Ciò è, infatti, finalizzato a garantire il corretto esercizio della professione a tutela dell'affidamento della collettività. Dalla dimensione nazionale – e non locale – dell'interesse sotteso e dalla sua infrazionabilità deriva che a essere implicata sia la materia «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali», che l'art. 117, comma 2, lettera g, della Costituzione riserva alla competenza esclusiva dello Stato, piuttosto che la materia «professioni» di cui al comma 3 del medesimo articolo 117 della Costituzione, evocata dalla resistente. L'art. 117, comma 3, della Costituzione, invece, attribuisce alle Regioni la competenza a disciplinare – nei limiti dei principi fondamentali in materia e della competenza statale all'individuazione delle professioni (sentenze n. 355 del 2005, n. 319 del 2005 e n. 353 del 2003) – tanto le professioni per il cui esercizio non è prevista l'iscrizione a un Ordine o Collegio, quanto le altre, per le quali detta iscrizione è prevista, peraltro limitatamente ai profili non attinenti all'organizzazione degli Ordini e Collegi. La Corte ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge impugnata.

6. — *Competenza statale in materia di «vigilanza» del lavoro e della previdenza sociale ai sensi della legge n. 30/2003* — Le disposizioni della legge delega n. 30 del 2003 in materia di «vigilanza» sul rispetto della normativa lavoristica e previdenziale sono state censurate dalle Regioni Marche, Toscana, Emilia-Romagna, Basilicata, nonché dalla Provincia autonoma di Trento, con riferimento agli artt. 76, 117, 118 della Costituzione, in quanto conterrebbe norme, in materia di competenza legislativa ripartita, e cioè concernenti la tutela e la sicurezza del lavoro, non costituenti principi fondamentali. In particolare oggetto delle censure delle Regioni è stato il comma 2, lettera d, prima parte, dell'art. 1 della legge n. 30 del 2003, ove enuncia tra i principi e criteri direttivi della delega «il mantenimento da parte dello Stato delle funzioni amministrative relative alla vigilanza in materia di lavoro». Le Regioni ricorrenti hanno sostenuto che la vigilanza è un'attività avente caratteristiche proprie rispetto all'oggetto su cui si

esercita, tali da non essere da questo connotata in modo determinante. Secondo le ricorrenti la vigilanza sul lavoro e le ispezioni – che della vigilanza costituiscono una modalità di esercizio – rientrano comunque nella materia «tutela del lavoro» di cui all'art. 117, comma 3, Cost., quale che sia lo specifico oggetto su cui vertono. Solo dopo che siano stati accertati irregolarità o anche inadempimenti, potranno insorgere problemi riguardanti la competenza legislativa e la allocazione delle funzioni amministrative relative ai provvedimenti conseguenti agli esiti delle attività di vigilanza. Le sanzioni prettamente civilistiche, quali la nullità o l'annullabilità di un negozio, o quelle penali, rientreranno nella sfera di competenza statale, mentre tutto ciò che si esaurisce sul piano esclusivamente amministrativo farà parte delle attribuzioni costituzionali delle Regioni e delle Province autonome. Le norme impugnate della legge di delegazione e quelle del decreto delegato che riguardano organi amministrativi e la loro attività sarebbero pertanto illegittime per violazione di queste attribuzioni delle Regioni; in particolare sarebbero costituzionalmente illegittime quelle disposizioni della legge delega e del decreto delegato n. 124/2004 che regolano l'attività di vigilanza e le ispezioni in sede locale a opera di amministrazioni statali locali. Costituirebbe un ulteriore profilo di illegittimità di tutta la normativa impugnata il non aver disposto il trasferimento alle Regioni delle strutture materiali e del personale impiegati in sede locale nella vigilanza. La Corte – integrando la sua decisione n. 50/2005 da cui queste censure in materia di riparto delle competenze in materia di vigilanza erano state separate – ha ritenuto questa tesi delle Regioni infondata (6). La Corte ha

(6) Corte Cost., sentenza 11-14 ottobre 2005, n. 384 – Pres. Capotosti, Red. Amirante –

riuniti i giudizi,

dichiara inammissibile il ricorso proposto dalla Regione Toscana nei confronti degli artt. 1, comma 2, lettera d, prima parte, e 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30 (Delega al governo in materia di occupazione e mercato del lavoro);

dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 10, commi 3 e 4; 15, comma 1, primo periodo; 16, commi 1 e 2; e 17, commi 1 e 2, del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124 (Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30), sollevate, in riferimento agli artt. 117, comma 3, e 118, commi 1 e 2, della Costituzione e all'art. 2 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, dalla Provincia autonoma di Trento con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, del decreto legislativo n. 124 del 2004, limitatamente alle parole: «dal Coordinatore nazionale delle aziende sanitarie locali»;

rammentato che secondo il suo orientamento la regolamentazione delle sanzioni spetta al soggetto nella cui sfera di competenza rientra la disciplina della materia «sostanziale», la cui inosservanza costituisce l'atto sanzionabile (v. sentenza n. 60 del 1993, in *GI*, 1993, I, 1, p. 1607; sentenza n. 28 del 1996, in *FI*, 1997, I, c. 167; sentenza n. 361 del 2003, in *FI*, 2004, I, c. 2317; sentenza n. 12 del 2004, in *GI*, 2004, p. 1795). La regolamentazione delle sanzioni è finalizzata al rispetto di una normativa dalla quale, ai fini del riparto di competenza legislativa, riceve la propria connotazione. La vigilanza, a sua volta, spesso è la fonte dell'individuazione di fattispecie sanzionabili o comunque di carenze che richiedono interventi anche non sanzionatori diretti comunque ad assicurare il rispetto di una determinata disciplina; anch'essa dunque è strumentale rispetto a quest'ultima. Ne discende – ad avviso della Corte – che non è possibile determinare la

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 124 del 2004, limitatamente alle parole: «dal Coordinatore regionale delle aziende sanitarie locali»;

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 3, del decreto legislativo n. 124 del 2004, nella parte in cui non prevede che il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali che definisce lo schema di convenzione sia adottato sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano;

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 1, ultimo periodo, del decreto legislativo n. 124 del 2004, nella parte in cui non prevede che il decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali concernente le modalità di attuazione e funzionamento della banca dati sia adottato previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano;

dichiara non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, lettera d, della legge n. 30 del 2003, sollevate in riferimento agli artt. 117, comma 3, e 118 della Costituzione, dalle Regioni Marche, Basilicata, Emilia-Romagna con i ricorsi indicati in epigrafe;

dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, lettera d, della legge n. 30 del 2003, sollevata, in riferimento all'art. 117, comma 3, della Costituzione, agli artt. 8, n. 29), 9, n. 2), n. 4) e n. 5) del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, e all'art. 3, comma 1, del d.P.R. 26 gennaio 1980, n. 197, dalla Provincia autonoma di Trento con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, della legge n. 30 del 2003, sollevate, in riferimento agli artt. 76, 117, commi 3 e 6, e 118, commi 1 e 2, della Costituzione, dalle Regioni Marche, Basilicata ed Emilia-Romagna con i ricorsi indicati in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, lettere a, f e g, della legge n. 30 del 2003, sollevate, in riferimento agli artt. 117, commi 3 e 6, e 118, commi 1 e 2, della Costituzione, dalla Regione Marche con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, lettere f e g, della legge n. 30 del 2003, sollevate, in riferimento all'art. 117, comma 3, del-

competenza a regolare un'attività di vigilanza indipendentemente dalla individuazione della materia cui essa si riferisce. Dunque nel caso in esame correttamente il legislatore delegante ha attribuito allo Stato la vigilanza sul rispetto della disciplina privatistica dei rapporti di lavoro nonché sul rispetto delle norme previdenziali, giacché tale vigilanza deve esercitarsi su materie di competenza esclusiva dello Stato. Per quanto concerne l'inclusione dell'assistenza obbligatoria tra le materie oggetto della vigilanza, la Corte ha messo in evidenza lo stretto intreccio della medesima con la previdenza sotto i profili contributivo e gestionale, tale da rendere irragionevole la separazione della vigilanza su una materia da quella sull'altra. La Corte ha anche affermato che l'assistenza è attività nella quale vengono in particolare rilievo i diritti sociali cui possono riferirsi i livelli essenziali delle prestazioni da assicurare su tutto il territorio nazionale; livelli essenziali

la Costituzione, agli artt. 8, n. 29), 9, n. 2), n. 4) e n. 5) del d.P.R. n. 670 del 1972, e all'art. 3, comma 1, del d.P.R. n. 197 del 1980, dalla Provincia autonoma di Trento con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 124 del 2004 nel suo complesso, sollevata, in riferimento al principio di leale collaborazione e all'art. 2, comma 3, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, dalla Provincia autonoma di Trento con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 1, primo periodo, e 6, comma 1, del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 117, comma 3, e 118, commi 1 e 2, della Costituzione, dalla Regione Emilia-Romagna con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 1, primo periodo, e 6, comma 1, del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevate, in riferimento all'art. 117, comma 3, della Costituzione, all'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, agli artt. 8, n. 29), 9, n. 4) e n. 5), 10 e 16 del d.P.R. n. 670 del 1972, e agli artt. 3, comma 1, del d.P.R. n. 197 del 1980, e 3, comma 1, numeri 11 e 12, del d.P.R. 28 marzo 1975, n. 474, dalla Provincia autonoma di Trento con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevata, in riferimento all'art. 118, comma 1, della Costituzione, dalla Regione Emilia-Romagna con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2; 3, commi 1, 3 e 4; 4, commi 1, 2, 4 e 5; 5, commi 1, 2 e 3, del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevate, in riferimento artt. 117, comma 3, e 118, commi 1 e 2, della Costituzione, dalla Regione Emilia-Romagna con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2; 3, commi 1, 3 e 4; 4, commi 1, 2, 4 e 5; 5, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevate – in riferimento agli artt. 117, commi 3 e 4, e 118, commi 1 e 2, della Costituzione, all'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001 e agli artt. 2 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, 3, comma 1, del d.P.R. n. 197 del 1980, 3, comma 1,

indicati espressamente sia nella norma di delegazione (art. 8, comma 2, lettera *a*), sia nell'art. 1 del decreto n. 124 del 2004. Rientra, quindi, nel sistema di cui all'art. 117 Cost. che la vigilanza sull'osservanza dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di assistenza sia attribuita allo Stato. Al contrario l'allocatione delle funzioni amministrative in materie di competenza concorrente non spetta allo Stato. Tuttavia la Corte ha osservato, come già nella sentenza n. 13 del 2004, in *FI*, 2004, I, c. 2666, e nella sentenza n. 50 del 2005, che vi sono funzioni e servizi pubblici che non possono essere interrotti se non a costo di incidere su posizioni soggettive e interessi rilevanti. Tali considerazioni comportano che le funzioni dello Stato debbono necessariamente continuare a svolgersi secondo le disposizioni vigenti fin quando le Regioni non le avranno sostituite con una propria disciplina, così come ritenuto con la sentenza n. 50 del 2005 riguardo

numeri 11 e 12, del d.P.R. n. 474 del 1975, e 8, numeri 23 e 29, 9, numeri 4 e 5, 10 e 16 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 – dalla Provincia autonoma di Trento con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 117, comma 3, e 118, commi 1 e 2, della Costituzione, dalla Regione Emilia-Romagna con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 117, comma 3, 118, commi 1 e 2, della Costituzione, e all'art. 2 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, dalla Provincia autonoma di Trento con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8, commi 1, 2, 4 e 5 del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 117, comma 3, e 118, commi 1 e 2, della Costituzione, all'art. 8, n. 29), del d.P.R. n. 670 del 1972 e all'art. 2 del d.lgs. n. 266 del 1992, dalla Regione Emilia-Romagna e dalla Provincia autonoma di Trento con i ricorsi indicati in epigrafe;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 117, comma 3, e 118, comma 2, della Costituzione, dalla Provincia autonoma di Trento con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10, commi 3 e 4, del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 117, comma 3, e 118, commi 1 e 2, della Costituzione, dalla Regione Emilia-Romagna con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 11, commi 1, 4, secondo periodo, 5 e 6 del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 117, comma 3, e 118, commi 1 e 2, della Costituzione, dalla Regione Emilia-Romagna con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 11 del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 117, comma 3, e 118, com-

alla disposizione *sub e* del medesimo comma e numero dell'art. 1. La Corte ha ritenuto fondata, invece, la censura concernente l'inclusione nella Commissione centrale e in quelle regionali, rispettivamente del Coordinatore nazionale e di quelli regionali delle aziende sanitarie locali. Le disposizioni in questione, infatti, prevedenti organi prima non esistenti, attengono soprattutto all'organizzazione della sanità, materia estranea alla delega e di competenza legislativa concorrente. Esse, quindi, comportano un'illegittima intrusione nella sfera di competenza regionale. Sono state altresì ritenute fondate le censure relative alle disposizioni della legge delega concernenti un settore (la banca dati) di una più ampia struttura (borsa continua del lavoro) che, in difformità dalle regole di quest'ultima, escludono le Regioni.

mi 1 e 2, della Costituzione, e all'art. 2 del d.lgs. n. 266 del 1992, dalla Provincia autonoma di Trento con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 12; 14, comma 2; 15, comma 1; 16, commi 1 e 2; e 17, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 117, comma 3, e 118, commi 1 e 2, della Costituzione, dalla Regione Emilia-Romagna con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 12, 13 e 14, comma 2, del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 117, comma 3, 118, commi 1 e 2, della Costituzione e all'art. 2 del decreto legislativo n. 266 del 1992, dalla Provincia autonoma di Trento con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 18 del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 117, comma 4, della Costituzione, dalla Regione Emilia-Romagna con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 18 del decreto legislativo n. 124 del 2004, sollevate, in riferimento all'art. 117, comma 4, della Costituzione, e all'art. 2 del decreto legislativo n. 266 del 1992, dalla Provincia autonoma di Trento con il ricorso indicato in epigrafe.

SICUREZZA SOCIALE

(a cura di Lorenzo Fassina)

SOMMARIO: 1. Indennità di fine rapporto e danno erariale. — 2. Maternità e liberi professionisti. — 3. Pignorabilità delle pensioni dei notai. — 4. Reversibilità per studenti orfani dei sanitari. — 5. Ricongiunzione contributiva per liberi professionisti. — 6. Statali non di ruolo e indennità di fine rapporto. — 7. Stranieri invalidi e trasporto pubblico in Lombardia.

1. — *Indennità di fine rapporto e danno erariale* — In ipotesi di danno erariale, le indennità di fine rapporto spettanti ai lavoratori di enti pubblici diversi dallo Stato sono sequestrabili o pignorabili come quelle spettanti agli statali (con l'osservanza, quindi, dei limiti previsti dall'articolo 545 del codice di procedura civile). La disposizione impugnata dalla Corte dei Conti pugliese (art. 4 della legge 8 giugno 1966, n. 424) è stata quindi dichiarata illegittima, con sentenza n. 438/2006 (1), in ragione dell'ingiustificata disparità di trattamento ai danni dei dipendenti degli enti pubblici rispetto al regime applicabile ai lavoratori statali. A giudizio della Corte Costituzionale, la progressiva eliminazione delle differenze in materia di regime giuridico dell'indennità di fine rapporto che spetta ai dipendenti del settore privato e dell'analogo emolumento erogato ai dipendenti pubblici rende non più tollerabile una disparità di trattamento tra le due categorie in fatto di sequestro e pignoramento di tale indennità (neppure in presenza di un credito della stessa pubblica amministrazione consistente nel risarcimento del cosiddetto danno erariale). In definitiva, non sussiste alcuna ragione che possa

(1) Corte Cost. 9 dicembre 2005, n. 438 – Pres. Marini, Red. Gazzella –
dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 8 giugno 1966, n. 424 (Abrogazione delle norme che prevedono la perdita, la riduzione o la sospensione delle pensioni a carico dello Stato o di altro ente pubblico), nella parte in cui prevede, per i dipendenti degli enti pubblici diversi dallo Stato, la sequestrabilità e la pignorabilità delle indennità di fine rapporto di lavoro, per crediti da danno erariale, senza osservare i limiti stabiliti dall'articolo 545 del codice di procedura civile.

giustificare il più gravoso regime cui sono sottoposti i dipendenti degli enti pubblici diversi dallo Stato che, diversamente dai dipendenti statali, possono veder sequestrata e pignorata l'indennità di fine rapporto senza alcun limite.

2. — *Maternità e liberi professionisti* — Il padre che svolge attività di libero professionista, ed è affidatario in preadozione di un minore, ha diritto all'indennità di maternità in alternativa alla madre, in modo da potersi occupare del bambino nella fase delicata dell'inserimento in famiglia. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 385/2005 (2), ha quindi accolto la questione sollevata dal Tribunale di Sondrio (in relazione agli artt. 70 e 72 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151) al quale si era rivolto un libero professionista che, dopo un provvedimento di affidamento preadottivo, si era visto negare dall'Ente di Previdenza dei Periti Industriali l'indennità di maternità per i primi tre mesi successivi all'arrivo in famiglia del bambino. L'articolo 31 del decreto n. 151/2001, che riconosce al padre lavoratore il diritto al congedo di maternità e il congedo di paternità, è applicabile ai soli lavoratori dipendenti, mentre analogo diritto non viene riconosciuto ai padri liberi professionisti: di qui la prospettata questione di legittimità. La Corte, da un lato, ha ricordato alcuni suoi precedenti diretti a tutelare la «genitorialità», dall'altro, ha evidenziato come la discriminazione nei confronti dei padri liberi professionisti rappresenta un *vulnus* sia del principio di parità di trattamento tra le figure genitoriali e fra lavoratori autonomi e dipendenti, sia del valore della protezione della famiglia e della tutela del minore. In particolare, «nei nuclei familiari in cui il padre esercita una libera professione verrebbe negata ai coniugi la delicata scelta di chi, assentandosi dal lavoro per assistere il bambino, possa meglio provvedere alle sue esigenze».

3. — *Pignorabilità delle pensioni dei notai* — È pignorabile, nei limiti di un quinto, la pensione erogata dalla Cassa nazionale del notariato anche per i crediti diversi da quelli alimentari. La Corte

(2) Corte Cost. 14 ottobre 2005, n. 385 – Pres. Capotosti, Red. Contri – dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (*Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*), nella parte in cui non prevedono il principio che al padre spetti di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima.

Costituzionale, con sentenza n. 444/2005 (3), ha affermato che lo *status* giuridico dei notai non giustifica il trattamento differenziato riservato alle pensioni erogate dalla Cassa nazionale del notariato rispetto a quello previsto per i dipendenti sia pubblici che privati. Poiché l'impignorabilità si risolve in una limitazione della garanzia patrimoniale e in una compressione del diritto dei creditori, non esiste nessuna differenza tra le pensioni spettanti all'una o all'altra categoria di beneficiari sotto il profilo dell'assoggettabilità d'esecuzione forzata. Pertanto la norma impugnata (art. 12 del r.d.l. 27 maggio 1923, n. 1324) è incostituzionale nella parte in cui esclude del tutto la pignorabilità della pensione erogata ai notai, piuttosto che prevedere l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola parte del rateo necessaria per assicurare al pensionato i mezzi adeguati alle esigenze di vita e la pignorabilità nei limiti del quinto della residua parte.

4. — *Reversibilità per studenti orfani dei sanitari* — La pensione di reversibilità per i sanitari spetta anche per gli orfani maggiorenni iscritti alle università o agli istituti superiori. La Corte, con sentenza n. 433/2005 (4), ha quindi accolto la questione sollevata dalla Corte dei Conti del Lazio nella parte in cui le norme, ai fini del trattamento pensionistico di reversibilità, non equiparano ai minorenni gli orfani maggiorenni iscritti a università o a istituti superiori per tutta la durata del corso legale e, comunque non oltre il ventesimo anno di età (artt. 30 e 31 della legge n. 1035 del 1939). A parere della Corte occorre prendere atto del riconoscimento, nei diversi ordinamenti

(3) Corte Cost. 13 dicembre 2005, n. 444 – Pres. Marini, Red. Vaccarella – dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 del regio decreto-legge 27 maggio 1923, n. 1324 (Modificazioni al regio decreto-legge 9 novembre 1919, n. 2239), convertito, con modificazioni, dalla legge 17 aprile 1925, n. 473 (Conversione in legge, con approvazione complessiva, di decreti luogotenenziali e regi aventi per oggetto argomenti diversi), nella parte in cui esclude la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare della pensione erogata dalla Cassa nazionale del notariato, anziché prevedere l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola parte della pensione necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita e la pignorabilità nei limiti del quinto della residua parte.

(4) Corte Cost. 2 dicembre 2005, n. 433 – Pres. e Red. Marini – dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 30 e 31 della legge 6 luglio 1939, n. 1035 (Approvazione dell'ordinamento della Cassa di previdenza per le pensioni dei sanitari), nella parte in cui, ai fini del trattamento pensionistico di reversibilità, non equiparano ai minorenni gli orfani maggiorenni iscritti a università o a istituti superiori pareggiati per tutta la durata del corso legale e, comunque, non oltre il ventiseiesimo anno di età.

previdenziali, del diritto alla pensione di reversibilità non solo agli orfani minorenni ma anche agli orfani maggiorenni infraventiseienni impegnati, per tutta la durata legale, in corsi universitari: ne discende la necessaria parificazione tra le due categorie di orfani, in mancanza della quale si sarebbe irragionevolmente escluso dalle funzioni dell'istituto della reversibilità la tutela del diritto allo studio degli orfani maggiorenni del lavoratore.

5. — *Ricongiunzione contributiva per liberi professionisti* — È legittima la norma che non prevede la restituzione dei contributi a favore di quei professionisti che, avendo fatto domanda di ricongiunzione dei contributi, cessino dall'iscrizione alla Cassa di previdenza senza aver maturato i requisiti per il diritto alla pensione (art. 8 della legge 5 marzo 1990, n. 45). La Corte, nel dichiarare non fondata la questione con sentenza n. 439/2005 (5), ha affermato che la ricongiunzione delle posizioni previdenziali è istituto di carattere generale mentre la restituzione dei contributi è di carattere eccezionale, previsto solo a favore di determinate categorie di professionisti, e che escludere la restituzione non determina né un indebito pagamento da parte dell'assicurato, né tanto meno un arricchimento senza causa della Cassa con il trattenimento dei contributi versati dai professionisti. Non bisogna dimenticare, inoltre, che tali «versamenti sono giustificati dalle situazioni esistenti e dalle norme vigenti all'epoca della loro effettuazione, tanto più che in un sistema solidaristico la circostanza che al pagamento dei contributi non corrispondano prestazioni previdenziali non dà luogo ad arricchimento senza causa della gestione destinataria dei contributi».

6. — *Statali non di ruolo e indennità di fine rapporto* — In caso di decesso di dipendenti dello Stato non di ruolo, l'indennità di fine rapporto deve poter essere oggetto di successione legittima e testamentaria, come avviene per i dipendenti di ruolo. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 458/2005 (6), ha così accolto la que-

(5) Corte Cost. 9 dicembre 2005, n. 439 – Pres. Marini, Red. Amirante – dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge 5 marzo 1990, n. 45 (Norme per la ricongiunzione dei periodi assicurativi ai fini previdenziali per i liberi professionisti), sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Tribunale di Torino.

(6) Corte Cost. 23 dicembre 2005, n. 458 – Pres. Marini, Red. Gazzella – dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 3, del decreto legislativo del

stione sollevata dal T.A.R. del Lazio per manifesta irragionevolezza della disparità di trattamento derivante dalla norma impugnata (art. 9, comma 3, del d.lgs. C.p.S. 4 aprile 1947, n. 207). È infatti ormai principio consolidato dalla giurisprudenza costituzionale quello secondo cui qualunque indennità venga corrisposta al lavoratore (pubblico o privato che sia) al termine della attività lavorativa, la funzione di retribuzione differita rivestita dal trattamento prevale su quella previdenziale in caso di inesistenza dei soggetti previsti dalla legge (coniuge, figli minorenni ecc.) ed entra nel patrimonio del dipendente al momento della sua morte. Oltre a ciò, è da rilevare il fatto che oramai tra dipendenti in ruolo e dipendenti fuori ruolo dell'amministrazione statale non vi è più alcuna differenza (esistendo sempre un rapporto di lavoro subordinato) e che quindi deve ritenersi superata la risalente sentenza Corte Cost. n. 179 del 1970 che aveva negato l'illegittimità della norma impugnata.

7. — *Stranieri invalidi e trasporto pubblico in Lombardia* — La gratuità del trasporto pubblico deve essere prevista anche per gli stranieri invalidi civili residenti in Lombardia. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 432/2005 (7), ha quindi accolto la questione sollevata dal T.A.R. Lombardia sulla base del ricorso presentato dalla C.G.I.L. e da un extracomunitario invalido totale (costretto ad andare in ospedale tre volte alla settimana per la dialisi) al quale, dal 31 luglio 2004, era stata ritirata la tessera per circolazione gratuita sui mezzi pubblici in base alla nuova normativa regionale, che esclude chi non sia cittadino italiano. La Regione aveva sostenuto che non c'era stata alcuna volontà discriminatoria nei confronti degli stranieri dal momento che l'agevolazione a fruire di tariffe agevolate non configura «in alcun

Capo provvisorio dello Stato 4 aprile 1947, n. 207 (Trattamento giuridico ed economico del personale civile non di ruolo in servizio nelle Amministrazioni dello Stato) nella parte in cui non prevede che l'indennità di fine rapporto spettante al dipendente non di ruolo defunto, in mancanza dei soggetti ivi indicati, si devolva secondo le norme che disciplinano la successione mortis causa.

(7) Corte Cost. 2 dicembre 2005, n. 432 – Pres. Marini, Red. Flick –
dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, della legge della Regione Lombardia 12 gennaio 2002, n. 1 (Interventi per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale), come modificato dall'art. 5, comma 7, della legge della Regione Lombardia 9 dicembre 2003, n. 25 (Interventi in materia di trasporto pubblico locale e di viabilità), nella parte in cui non include gli stranieri residenti nella Regione Lombardia fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili.

modo una prestazione essenziale o minimale, né si presenta, ovviamente, come una scelta costituzionalmente obbligata» e quindi «non incide sul rispetto del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana». La Corte ha invece ritenuto che la norma (art. 8.2 della legge Regione Lombardia n. 1/2002, modificato dall'art. 5.7 legge della Regione Lombardia n. 25/2003) è in contrasto con l'articolo 3 della Costituzione, dato che «la circolazione gratuita viene assicurata non a tutti gli invalidi residenti in Lombardia che abbiano un grado di invalidità pari al 100 per cento, ma soltanto a quelli, fra essi, che godano della cittadinanza italiana». In sostanza il requisito della cittadinanza non può essere assunto come criterio preliminare di accesso al beneficio: distinguere tra cittadini italiani, stranieri comunitari o extracomunitari o apolidi finisce per introdurre elementi di differenziazione del tutto arbitrari, quindi incostituzionali.

RAPPORTO DI LAVORO

I

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sentenza 14 luglio 2005, causa C-386/2003 – Pres. Timmermans, Rel. Silva de la Puerta, Avv. Gen. Léger – Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica federale di Germania.

Servizi aeroportuali – Direttiva n. 96/67/Ce – Recepimento nazionale – Dipendenti del gestore aeroportuale – Obbligo di assunzione alle dipendenze delle imprese neoentrate nel settore o di misure compensative dei costi sociali – Contrasto con la direttiva.

La normativa tedesca di recepimento della Direttiva n. 96/67/Ce di liberalizzazione dei servizi aeroportuali di terra, nella parte in cui grava le nuove imprese legittimate a prestare tali servizi dell'obbligo o di assumere i lavoratori già alle dipendenze del gestore aeroportuale in misura corrispondente alla quota di mercato conquistata oppure di compensare economicamente lo stesso gestore dei costi conseguenti alla mancata assunzione di quei lavoratori, è in contrasto con il disposto della direttiva in quanto produce effetti restrittivi della concorrenza sproporzionati (1). (Massima non ufficiale)

II

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sentenza 9 dicembre 2004, causa C-460/2002 – Pres. Jann, Rel. Silva de la Puerta, Avv. Gen. Léger – Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana.

Servizi aeroportuali – Direttiva n. 96/67/Ce – Recepimento nazionale – D.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18 – Dipendenti del gestore aeroportuale – Obbligo di assunzione alle dipendenze delle imprese neoentrate nel settore – Contrasto con la direttiva.

La normativa italiana di recepimento della Direttiva n. 96/67/Ce di liberalizzazione dei servizi aeroportuali di terra nella parte in cui grava le nuove imprese legittimate a prestare tali servizi dell'obbligo di assumere i lavoratori già alle dipendenze del gestore aeroportuale in misura corrispondente alla quota di mercato conquistata è in contrasto con il disposto della direttiva in quanto produce effetti restrittivi della concorrenza sproporzionati (2). (Massima non ufficiale)

I

(Omissis)

1. Con il ricorso in oggetto la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica federale di Germania, avendo adottato, con gli artt. 8, n. 2, e 9, n. 3, del regolamento 10 dicembre 1997, relativo ai servizi di assistenza a terra negli aeroporti (*Verordnung über Bodenabfertigungsdienste auf Flugplätzen*, BGBl., 1997, I, p. 2885; in prosieguo: la «BADV»), misure incompatibili con gli artt. 16 e 18 della Direttiva del Consiglio 15 ottobre 1996, n. 96/67/Ce, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità (in *GUCE*, L 272, p. 36), è venuta meno agli obblighi a essa incombenti in forza della direttiva medesima.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

2. La Direttiva n. 96/67 prevede un sistema di progressiva apertura del mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità.

3. Gli artt. 16 e 18 della detta direttiva prevedono disposizioni relative, rispettivamente, all'accesso agli impianti aeroportuali nonché alla protezione sociale e dell'ambiente. I detti articoli così recitano:

«Articolo 16

Accesso agli impianti

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire ai prestatori di servizi e agli utenti che intendono praticare l'autoassi-

stenza l'accesso agli impianti aeroportuali, nella misura in cui detto accesso è una condizione necessaria per l'esercizio delle loro attività. Qualora l'ente di gestione o, all'occorrenza, l'autorità pubblica o un altro ente che lo controlla imponga condizioni all'accesso, queste devono essere pertinenti, obiettive, trasparenti e non discriminatorie.

2. Gli spazi disponibili per l'assistenza a terra nell'aeroporto sono ripartiti tra i diversi prestatori di servizi e tra i diversi utenti che praticano l'autoassistenza, compresi i nuovi operatori, nella misura necessaria all'esercizio dei loro diritti e per consentire una concorrenza effettiva e leale in base a norme e criteri pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori.

3. Qualora l'accesso agli impianti aeroportuali comporti la riscossione di un corrispettivo economico, questo sarà determinato in base a criteri pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori.

[...]

Articolo 18

Protezione sociale e dell'ambiente

Fatta salva l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva e nel rispetto delle altre disposizioni del diritto comunitario, gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori e il rispetto dell'ambiente».

4. La Direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, n. 2001/23/Ce, concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti (in *GUCE*, L 82, p. 16), ha codificato la Direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, n. 77/187/Cee (in *GUCE*, L 61, p. 26), come modificata dalla Direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, n. 98/50/Ce (in *GUCE*, L 201, p. 88).

La normativa nazionale

5. La Direttiva n. 96/67 è stata trasposta nel diritto tedesco, principalmente, per mezzo della legge 11 novembre 1997, sui servizi di assistenza a terra negli aeroporti (*Gesetz über Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen*, BGBl., 1997, I, p. 2694), e dalla BADV. Gli artt. 8 e 9 del detto regolamento prevedono quanto segue:

«Articolo 8

(1) I prestatori di servizi e gli utenti che praticano l'autoassistenza soddisfano i «requisiti relativi alla fornitura di servizi di assistenza a terra» [...]. Nei casi previsti dall'art. 3, nn. 2 e 5, tali requisiti si

collocano nel contesto della gara d'appalto e del procedimento di selezione conformemente all'art. 7.

(2) Il gestore dell'aeroporto può esigere da un prestatore di servizi o da un utente che pratichi l'autoassistenza la riassunzione dei lavoratori, in ragione della quota di servizi di assistenza a terra ceduti. I lavoratori sono scelti in base a criteri pertinenti, con particolare riguardo all'attività esercitata. Fatto salvo l'art. 613-*bis* del codice civile, trova applicazione l'art. 9, n. 3, terza frase.

(3) Oltre a quanto disposto ai precedenti nn. 1 e 2, l'autorità aeronautica può subordinare la fornitura di servizi di assistenza a terra al rispetto di un capitolato d'oneri o di specifiche tecniche. Il detto capitolato o le dette specifiche sono definiti previa consultazione del comitato degli utenti.

(4) I requisiti, i criteri, il capitolato d'oneri, nonché le specifiche tecniche previste dai nn. 1 e 3, sono fissati e applicati in modo pertinente, obiettivo, trasparente e non discriminatorio e sono soggetti a previa notifica da parte dell'impresa di gestione dell'aeroporto.

Articolo 9

(1) Il gestore dell'aeroporto e il prestatore di servizi d'assistenza a terra o l'utente che pratichi l'autoassistenza sono tenuti a stipulare un contratto sull'utilizzazione della parte necessaria e disponibile dell'aeroporto e degli impianti aeroportuali, nonché sui corrispettivi da versare al gestore ai sensi del presente regolamento e sui requisiti che devono essere soddisfatti dai prestatori di servizi o dagli utenti che praticano l'autoassistenza ai sensi dell'art. 8.

(2) Il gestore dell'aeroporto vigila affinché l'accesso agli impianti aeroportuali da parte dei prestatori di servizi e degli utenti di cui al presente regolamento non venga indebitamente ostacolato, nella misura in cui esso è necessario per l'esercizio della loro attività. Nel caso in cui il gestore dell'aeroporto subordini l'accesso a talune condizioni, queste devono essere pertinenti, obiettive, trasparenti e non discriminatorie.

(3) Il gestore dell'aeroporto è legittimato a percepire dai prestatori di servizi e dagli utenti che pratichino l'autoassistenza un corrispettivo per l'accesso, la messa a disposizione e l'utilizzo dei suoi impianti. Tale corrispettivo è fissato, su parere del comitato degli utenti, secondo criteri pertinenti, oggettivi, trasparenti e non discriminatori e, in particolare, può essere destinato, alla stregua di un canone commerciale, ad assicurare l'autofinanziamento dell'aeroporto. Ai fini della determinazione dell'importo di tale corrispettivo, l'ente ge-

store dell'aeroporto può tenere conto, a concorrenza di un importo adeguato, delle spese necessarie per la riattivazione dei servizi di assistenza a terra da parte dei prestatori di servizi o degli utenti che praticano l'autoassistenza e, in particolare, dei costi connessi alla mancata riassunzione dei lavoratori».

6. L'art. 613-*bis* del codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*), cui fa rinvio l'art. 8, n. 2, della BADV, così prevede:

«(1) I diritti e gli obblighi conseguenti da rapporti di lavoro esistenti alla data del trasferimento, per atto scritto, di un'azienda o di una parte di azienda si intendono trasferiti, per effetto del detto trasferimento, al cessionario. Qualora tali diritti e tali obblighi siano disciplinati da un contratto collettivo o da un accordo aziendale, costituiscono parte integrante del rapporto di lavoro tra il nuovo datore di lavoro e il lavoratore e non possono essere modificati *in peius* nei confronti di quest'ultimo nell'anno successivo alla data del trasferimento. La seconda frase non trova applicazione qualora i diritti e gli obblighi siano disciplinati, riguardo al nuovo datore di lavoro, da un altro contratto collettivo o da un altro accordo aziendale. Prima della scadenza del termine previsto alla seconda frase, i diritti e gli obblighi possono essere modificati nel caso in cui il contratto collettivo o l'accordo aziendale non siano più validi, o in assenza di reciproca disciplina convenzionale nel contesto di altro contratto collettivo la cui applicazione sia convenuta tra il nuovo datore di lavoro e il lavoratore.

(2) Il precedente e il nuovo datore di lavoro sono responsabili solidalmente degli obblighi di cui al n. 1 allorché i detti obblighi sono sorti precedentemente alla data del trasferimento e giungono a scadenza prima della fine del periodo di un anno successivo a tale data. Qualora tali obblighi giungano a scadenza successivamente al trasferimento, il precedente datore di lavoro è considerato responsabile solo proporzionalmente alla parte del loro periodo di riferimento scaduta alla data del trasferimento.

[...].».

Fase precontenziosa del procedimento

7. In esito a un'analisi della normativa tedesca, la Commissione riteneva che gli artt. 16 e 18 della Direttiva n. 96/67 non fossero stati correttamente trasposti nel diritto interno. Pertanto, in data 28 febbraio 2000, l'istituzione inviava alla Repubblica federale di Germania una lettera di diffida, invitando il detto Stato membro a presentare osservazioni.

8. Nella sua risposta, in data 16 maggio 2000, la Repubblica federale di Germania contestava le censure di inadempimento formulate nei suoi confronti.

9. Non essendo persuasa dai chiarimenti forniti, la Commissione, con lettera 21 marzo 2002, inviava al governo tedesco un parere motivato, invitandolo a prendere i provvedimenti necessari per conformarsi agli obblighi a essa imposti dalla detta direttiva entro il termine di due mesi a decorrere dalla notifica del parere medesimo.

10. Poiché anche la risposta fornita al parere motivato è stata ritenuta insoddisfacente dalla Commissione, l'istituzione proponeva il presente ricorso.

Sul ricorso

Argomenti delle parti

11. La Commissione rileva che le misure adottate nell'ambito dei poteri riconosciuti agli Stati membri dall'art. 18 della Direttiva n. 96/67 non possono ostare alla progressiva realizzazione del libero accesso al mercato dell'assistenza a terra prevista dagli artt. 6 e 7 della direttiva medesima. Conseguentemente, le misure nazionali adottate al fine di disciplinare le condizioni di lavoro in tale settore non possono operare una discriminazione tra prestatori di servizi e utenti che praticino l'autoassistenza, né falsare la concorrenza tra gli stessi.

12. Secondo la Commissione, la normativa tedesca di cui trattasi non soddisfa tali esigenze, dal momento che essa opera una distinzione tra il gestore dell'aeroporto, da una parte, e gli altri prestatori di servizi e gli utenti che praticano l'autoassistenza, dall'altra, ostacolando in tal modo l'accesso al mercato per questi ultimi e falsando la concorrenza fra tali diverse categorie di operatori. Infatti, l'ente gestore potrebbe legittimamente far ricadere sui nuovi operatori che accedono al mercato – del tutto o quanto meno in parte – i costi relativi ai lavoratori che non può più impiegare a causa della perdita di quote di mercato per effetto del processo di liberalizzazione.

13. La Commissione sostiene che le misure di protezione generale adottate dagli Stati membri ai fini della trasposizione della Direttiva n. 2001/23 si applicano anche al settore dell'assistenza a terra. Conseguentemente, qualora l'apertura di un mercato di assistenza a terra come quella prevista dalla Direttiva n. 96/67 determini la cessione di un'azienda ai sensi dell'art. 1, n. 1, della Direttiva n. 2001/23, i diritti e gli obblighi risultanti, per il cedente, da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data dell'operazione di cui trattasi si intendono conseguentemente trasferiti al cessionario.

14. La Commissione sottolinea che i provvedimenti previsti agli artt. 8, n. 2, e 9, n. 3, della BADV producano effetti discriminatori, nei casi non ricompresi dalla Direttiva n. 2001/03, tra l'ente gestore dell'aeroporto, da una parte, e gli altri prestatori di servizi e gli utenti che praticino l'autoassistenza, dall'altra, riguardo ai costi sociali, quando vengano trasferiti servizi di assistenza a terra.

15. La Commissione osserva parimenti che la possibilità di trasferire taluni costi sociali, prevista dall'art. 9, n. 3, della BADV, non può giustificarsi in base all'art. 16, n. 3, della Direttiva n. 96/67. È pur vero che tale ultima disposizione consentirebbe all'ente gestore dell'aeroporto di percepire da altri prestatori di servizi e da utenti che praticano l'autoassistenza un corrispettivo per l'accesso agli impianti aeroportuali. Tuttavia, l'importo di tale retribuzione dovrebbe essere fissato secondo criteri pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori.

16. La Commissione deduce che l'espressione «impianti aeroportuali», di cui alla detta disposizione, va intesa nel contesto dell'infrastruttura dell'aeroporto e che l'importo del corrispettivo percepito può essere pertinente e obiettivo solo se si fonda sui costi sostenuti dall'ente gestore dell'aeroporto al fine di garantire agli altri prestatori di servizi e agli utenti che praticano l'autoassistenza l'accesso all'infrastruttura di cui trattasi. Conseguentemente, le spese che l'ente gestore deve sostenere a causa della mancata riassunzione dei lavoratori non figurano tra i costi di cui tener conto ai fini della fissazione del corrispettivo previsto dall'art. 16, n. 3, della Direttiva n. 96/67.

17. Il governo tedesco rileva che l'art. 8, n. 2, della BADV, instaurando un sistema basato sulla negoziazione tra l'ente gestore dell'aeroporto e il nuovo operatore, istituisce un meccanismo teso, per quanto possibile, al mantenimento dei contratti di lavoro nel contesto del trasferimento dell'attività. Secondo tale regime, un nuovo operatore che intenda fornire in nome proprio o per conto di terzi servizi di assistenza a terra dovrebbe accordarsi con l'ente gestore al fine di garantire la tutela dei diritti dei lavoratori. Solo a condizione che tale ente abbia imposto che i propri lavoratori divenuti eccedenti vengano riassunti e che il nuovo operatore abbia rifiutato tale riassunzione l'ente stesso potrebbe legittimamente ripartire i conseguenti costi sociali fra tutti i prestatori di servizi del mercato di cui trattasi.

18. Secondo il detto governo, il combinato disposto degli artt. 8, n. 2, e 9, n. 3, della BADV, nonché la possibilità che ne discende di ripartire equamente, tra i prestatori di servizi di assistenza a terra, i

costi sociali derivanti da licenziamenti di lavoratori, costituiscono meccanismi di tutela sociale ricompresi nel contesto previsto dall'art. 18 della Direttiva n. 96/67.

19. Il detto governo precisa che, laddove, nell'ambito della liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra, il trasferimento delle attività dei dipendenti e di altri elementi dell'ente gestore dell'aeroporto a un nuovo operatore sia accompagnato da un trasferimento di impresa, le disposizioni di cui alla Direttiva n. 2001/23 prevalgono in ogni caso. Peraltro, in situazioni non ricomprese nella sfera di applicazione della detta direttiva, gli artt. 8, n. 2, e 9, n. 3, della BADV sarebbero conformi al principio di proporzionalità, poiché sarebbero finalizzati all'instaurazione di un corretto equilibrio tra la tutela dei lavoratori e l'obiettivo della liberalizzazione dei servizi di cui trattasi.

20. Secondo il governo tedesco, l'art. 8, n. 2, della BADV si limita a prevedere, nei confronti del nuovo operatore e dell'ente gestore dell'aeroporto, un obbligo di concertazione riguardo alla riasunzione dei lavoratori. Solo a titolo residuale tale normativa prevede che l'ente gestore dell'aeroporto possa ripartire in modo proporzionale tra gli operatori di mercato i costi sociali prodotti dalla liberalizzazione e dal rifiuto di riassumere i lavoratori secondo criteri pertinenti, obiettivi, trasparenti e non discriminatori.

21. Secondo il detto governo, infine, l'art. 16, n. 3, della Direttiva n. 96/67 non osta alla normativa nazionale *de qua*, trattandosi di una disposizione che disciplina il diritto dell'ente gestore dell'aeroporto di esigere un corrispettivo per l'accesso agli impianti aeroportuali. L'art. 9, n. 3, della BADV non si limiterebbe all'accesso agli impianti aeroportuali, ma dovrebbe costituire uno stimolo per i nuovi operatori del mercato a negoziare con l'ente gestore le condizioni di ripresa dell'attività in questione nell'interesse dei lavoratori.

22. A tale riguardo, il detto governo ritiene che la normativa tedesca di cui trattasi non costituisca una trasposizione dell'art. 16, n. 3, della Direttiva n. 96/67, ma si fondi sull'art. 18 della direttiva medesima.

Giudizio della Corte

Sull'oggetto della controversia

23. *In limine*, deve rilevarsi che l'oggetto del presente ricorso verte sulla compatibilità della normativa tedesca di cui trattasi con gli artt. 16 e 18 della Direttiva n. 96/67 esclusivamente riguardo a fattispecie non previste dalla Direttiva n. 2001/23. Infatti, come risul-

ta dagli argomenti dedotti dinanzi alla Corte, è pacifico *inter partes*, da un lato, che la Direttiva n. 2001/23 si applica alle operazioni di trasferimento effettuate nel settore dell'assistenza a terra e, dall'altro, che i diritti e gli obblighi che discendono da quest'ultima direttiva trovano piena attuazione ogni qual volta un'operazione di apertura di mercato in tale ambito implichi un trasferimento ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva medesima.

24. Riguardo alla normativa nazionale di cui trattasi, è parimenti pacifico che la sua sfera di applicazione è più ampia di quella della Direttiva n. 2001/23 e che essa riguarda ogni fattispecie in cui un settore di attività viene abbandonato da parte dell'ente gestore di un aeroporto a favore di un nuovo operatore economico. Conseguentemente, occorre accertare se gli artt. 8, n. 2, e 9, n. 3, della BADV siano conformi agli artt. 16 e 18 della Direttiva n. 96/67.

Sulla censura relativa all'obbligo di riassunzione dei lavoratori

25. La censura della Commissione riguarda l'art. 8, n. 2, della BADV, ai termini del quale l'ente gestore dell'aeroporto può esigere da un prestatore di servizi, ovvero da un utente che pratici l'autoassistenza, la riassunzione dei lavoratori in funzione della quota di servizi di assistenza a terra cedutagli.

26. A tale riguardo va osservato che, anche accogliendo la tesi del governo tedesco, secondo cui tale disposizione non comporta un obbligo assoluto di riassunzione dei lavoratori in tutti i casi di apertura del mercato dell'assistenza a terra a nuovi prestatori o utenti, resta il fatto che tale disposizione, per la sua stessa esistenza, consente agli enti gestori di aeroporti in Germania di esercitare una certa pressione sulle imprese o sugli utenti che intendano inserirsi in tale mercato, incitandoli a riassumere i lavoratori in attività dei servizi di assistenza a terra.

27. Una siffatta disposizione può pertanto rendere più onerosa l'immissione di nuovi prestatori di servizi nel settore interessato sfavorendoli rispetto alle imprese già stabilite.

28. Riguardo alla questione se una siffatta normativa possa giustificarsi ai sensi dell'art. 18 della Direttiva n. 96/67, deve ricordarsi che la Corte ha ritenuto che, pur essendo vero che gli Stati membri conservano il potere di garantire un adeguato livello di protezione sociale al personale delle imprese che forniscono servizi di assistenza a terra, è anche vero che tale potere non comporta una competenza normativa illimitata e deve essere esercitato in modo tale da non pregiudicare l'effetto utile della direttiva medesima e gli

obiettivi da essa perseguiti (v. sentenza 9 dicembre 2004, causa C-460/02, Commissione c. Italia, Racc., p. I-0000, punti 31 e 32).

29. Riguardo alla normativa nazionale di cui trattasi, deve rilevarsi che, a motivo delle sue implicazioni finanziarie, essa rischia di pregiudicare l'uso razionale delle infrastrutture aeroportuali e la riduzione dei costi dei servizi implicati per gli utenti, compromettendo in tal modo l'apertura dei mercati dell'assistenza a terra e l'effetto utile della Direttiva n. 96/67 (v. sentenza Commissione c. Italia, cit., punti 33 e 34).

30. Conseguentemente, l'art. 8, n. 2, della BADV non può essere ritenuto conforme ai poteri conferiti agli Stati membri ai termini dell'art. 18 della Direttiva n. 96/67.

31. Alla luce delle suesposte considerazioni, la censura relativa all'obbligo di riassunzione dei lavoratori è fondata.

Sulla censura relativa alle modalità di remunerazione per l'accesso, la messa a disposizione e l'uso degli impianti aeroportuali

32. La censura della Commissione riguarda l'art. 9, n. 3, della BADV, vertente sulla fissazione delle modalità relative al corrispettivo che l'ente gestore di un aeroporto può richiedere ai prestatori di servizi e agli utenti che praticano l'autoassistenza per l'accesso, la messa a disposizione e l'uso degli impianti aeroportuali.

33. Si deve osservare che tale disposizione costituisce il fondamento normativo che consente all'ente gestore di imporre taluni oneri finanziari ai detti operatori economici.

34. Riguardo alla conformità con la Direttiva n. 96/67 della facoltà di esigere un corrispettivo, occorre ricordare che la Corte ha ritenuto che il riferimento a impianti concerne manifestamente le infrastrutture e le attrezzature messe a disposizione dall'aeroporto (v. sentenza 16 ottobre 2003, causa C-363/01, Flughafen Hannover-Langenhagen, Racc., p. I-11893, punto 40).

35. La Corte ha inoltre precisato che la facoltà, per l'ente gestore di un aeroporto, di percepire un canone di accesso in aggiunta a un canone di utilizzo degli impianti aeroportuali non solo non sarebbe idonea a facilitare l'accesso al mercato di cui trattasi, ma si porrebbe inoltre direttamente in contrasto con l'obiettivo della riduzione dei costi di gestione delle compagnie aeree e, in taluni casi, sfocerebbe persino in un aumento di tali costi (v. sentenza Flughafen Hannover-Langenhagen, cit., punto 44).

36. Dalle suesposte considerazioni risulta che l'importo del corrispettivo di cui trattasi deve costituire una contropartita esattamente

corrispondente all'uso degli impianti aeroportuali e deve essere calcolato, conformemente ai criteri enunciati all'art. 16, n. 3, della direttiva, tenendo conto dell'interesse a realizzare utili dell'ente in questione (v. sentenza Flughafen Hannover-Langenhagen, cit., punto 62).

37. Tuttavia, nella controversia in oggetto, la normativa nazionale *de qua* prevede che una parte del corrispettivo possa essere destinata a compensare i costi causati dalla mancata riassunzione di lavoratori all'atto dell'apertura di un mercato di assistenza a terra.

38. Ebbene, come correttamente rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 69 delle conclusioni, la presenza di un simile elemento dimostra che tale corrispettivo, come previsto nell'ordinamento tedesco, oltrepassa i limiti entro cui esso è stato invece concepito dal legislatore comunitario, ovvero sia esclusivamente quale contropartita per l'uso degli impianti aeroportuali da parte dei prestatori di servizi o degli utenti che praticino l'autoassistenza.

39. I costi causati dalla mancata riassunzione dei lavoratori non sono, infatti, in alcun modo connessi con i costi relativi alla messa a disposizione, da parte dell'ente gestore dell'aeroporto, dei propri impianti e non si può pertanto ritenere che rientrino tra i criteri di cui all'art. 16, n. 3, della Direttiva n. 96/67.

40. Inoltre, quanto all'argomento del governo tedesco secondo cui l'art. 9, n. 3, della BADV non è volto a trasporre l'art. 16, n. 3, della Direttiva n. 96/67, ma è conforme, complessivamente, all'art. 18 della direttiva medesima, è sufficiente rilevare che il detto articolo della BADV prevede un corrispettivo per l'accesso, la messa a disposizione e l'uso degli impianti aeroportuali, mentre l'art. 16, n. 3, della Direttiva n. 96/67 concerne specificamente l'ipotesi del percepimento di un corrispettivo per l'accesso ai detti impianti. Ciò premesso, l'argomento del governo tedesco deve essere respinto.

41. Riguardo al medesimo argomento del governo tedesco, deve aggiungersi, *ad abundantiam*, che, come correttamente rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 50 e 51 delle conclusioni, un onere finanziario che l'ente gestore dell'aeroporto può imporre ai nuovi operatori economici, a causa della mancata riassunzione di lavoratori all'atto della cessione di un mercato di assistenza a terra, costituisce un vantaggio finanziario per il detto ente ed è volto a tutelare interessi non ricompresi tra quelli di cui all'art. 18 della Direttiva n. 96/67.

42. La censura relativa alla violazione dell'art. 16 della Direttiva n. 96/67 è, pertanto, parimenti fondata.

43. Da tutte le suesposte considerazioni emerge che il ricorso della Commissione va considerato fondato *in toto*.

44. Conseguentemente, si deve dichiarare che la Repubblica federale di Germania, avendo adottato, con gli artt. 8, n. 2, e 9, n. 3, della BADV, provvedimenti in contrasto con gli artt. 16 e 18 della Direttiva n. 96/67, è venuta meno agli obblighi a essa incombenti in forza della direttiva medesima.

Sulle spese

45. Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ha chiesto la condanna della Repubblica federale di Germania, che è risultata soccombente, quest'ultima va condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara e statuisce:

1) La Repubblica federale di Germania, avendo adottato, con gli artt. 8, n. 2, e 9, n. 3, del regolamento 10 dicembre 1997, relativo ai servizi di assistenza a terra negli aeroporti (*Verordnung über Bodenabfertigungsdienste auf Flugplätzen*), provvedimenti in contrasto con gli artt. 16 e 18 della Direttiva del Consiglio 15 ottobre 1996, n. 96/67/Ce, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, è venuta meno agli obblighi a essa incombenti in forza della direttiva medesima.

2) La Repubblica federale di Germania è condannata alle spese.

II

(Omissis)

1. Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che, in quanto il decreto legislativo 13 gennaio 1999, n. 18, recante attuazione della Direttiva n. 96/67/Ce relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità (in *GURI*, Supplemento ordinario al n. 28 del 4 febbraio 1999; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 18/99»),

– non ha stabilito il periodo di durata massima di sette anni per la selezione di prestatori di servizi di assistenza a terra, di cui all'art. 11, n. 1, lett. *d*, della Direttiva del Consiglio 15 ottobre 1996, n. 96/67/Ce (in *GUCE*, L 272, p. 36),

– ha introdotto, al suo art. 14, una misura sociale incompatibile con l'art. 18 di tale direttiva e

– ha previsto, al suo art. 20, disposizioni di carattere transitorio non consentite dalla medesima direttiva,

la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che a essa incombono in forza della detta direttiva.

Contesto normativo

La disciplina comunitaria

2. La Direttiva n. 96/67 prevede un sistema di graduale apertura del mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti comunitari.

3. Le disposizioni dell'art. 2, lett. *e* e *f*, di tale direttiva definiscono le nozioni di «assistenza a terra» e di «autoassistenza a terra» nel modo seguente:

«e) assistenza a terra, i servizi resi in un aeroporto a un utente, quali descritti nell'allegato;

f) autoassistenza a terra, situazione nella quale un utente fornisce direttamente a sé stesso una o più categorie di servizi di assistenza e non stipula alcun contratto con terzi, sotto qualsiasi denominazione, avente per oggetto la prestazione di siffatti servizi. In base alla presente definizione non sono considerati terzi fra loro gli utenti:

– di cui uno detiene una partecipazione maggioritaria nell'altro, ovvero

– la cui partecipazione in ciascuno degli altri è detenuta a titolo maggioritario da uno stesso ente».

4. Ai sensi degli artt. 6, n. 1, e 7, n. 1, della Direttiva n. 96/67, gli Stati membri devono adottare le misure necessarie per garantire, in maniera generale, il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra a terzi e la libera effettuazione dell'autoassistenza a terra negli aeroporti comunitari.

5. L'art. 6, n. 2, della medesima direttiva prevede le seguenti deroghe al libero accesso al mercato della prestazione di servizi di assistenza a terra a terzi:

«Gli Stati membri possono limitare il numero dei prestatori autorizzati a fornire le seguenti categorie di servizi di assistenza a terra:

– assistenza bagagli,

– assistenza operazioni in pista,

– assistenza carburante e olio,

– assistenza merci e posta per quanto riguarda, sia in arrivo che in partenza o in transito, il trattamento fisico delle merci e della posta tra l'aerostazione e l'aereo.

In ogni caso, gli Stati membri non possono limitare il loro numero a meno di due, per ciascuna categoria di servizio».

6. L'art. 9, n. 1, della Direttiva n. 96/67 stabilisce:

«Laddove in un aeroporto, per vincoli specifici di spazio o di capacità disponibile, specialmente in funzione della congestione e del coefficiente di utilizzazione delle superfici, risulti impossibile un'apertura del mercato e/o l'effettuazione dell'autoassistenza ai livelli previsti dalla presente direttiva, lo Stato membro di cui trattasi può decidere:

[...]

b) di riservare a un solo prestatore una o più categorie di servizi di assistenza di cui all'articolo 6, paragrafo 2;

[...]».

7. L'art. 14, n. 1, della medesima direttiva prevede la possibilità di subordinare l'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra all'ottenimento di un «riconoscimento di idoneità» rilasciato da un organismo indipendente. Tale disposizione recita:

«Gli Stati membri possono subordinare l'attività di un prestatore di servizi di assistenza o di un utente che effettua l'autoassistenza in un aeroporto all'ottenimento di un riconoscimento di idoneità rilasciato da un'autorità pubblica indipendente dall'ente di gestione di tale aeroporto.

I criteri per il rilascio del riconoscimento di idoneità devono riferirsi a una situazione finanziaria sana e a una copertura assicurativa sufficiente, alla sicurezza degli impianti, degli aeromobili, delle attrezzature e delle persone nonché alla tutela dell'ambiente e all'osservanza della legislazione sociale pertinente.

I criteri devono rispettare i seguenti principi:

a) devono essere applicati in modo non discriminatorio ai diversi prestatori e utenti;

b) devono essere in rapporto con l'obiettivo perseguito;

c) non possono portare a una riduzione di fatto dell'accesso al mercato o dell'effettuazione dell'autoassistenza sino a un livello inferiore a quello previsto dalla presente direttiva.

Tali criteri devono essere resi pubblici e il prestatore o l'utente che effettua l'autoassistenza deve essere previamente informato circa la procedura di rilascio».

8. L'art. 18 della Direttiva n. 96/67 prevede:

«Fatta salva l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva e nel rispetto delle altre disposizioni del diritto comunitario, gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori e il rispetto dell'ambiente».

La disciplina nazionale

9. La Direttiva n. 96/67 è stata recepita nell'ordinamento giuridico italiano con il decreto legislativo n. 18/99.

10. L'art. 14 del detto decreto legislativo, che riguarda il regime di protezione sociale, così stabilisce:

«1. Nel garantire il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra, nei trenta mesi successivi alla data di entrata in vigore del presente decreto si deve salvaguardare il mantenimento dei livelli di occupazione e della continuità del rapporto di lavoro del personale dipendente dal precedente gestore.

2. Salva restando l'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, ogni trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra di cui agli allegati A e B comporta il passaggio del personale, individuato dai soggetti interessati d'intesa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, dal precedente gestore del servizio stesso al soggetto subentrante, in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo».

11. L'art. 20 dello stesso decreto legislativo contiene la seguente norma transitoria:

«Restano salve le situazioni contrattuali del personale dei servizi di assistenza a terra, in atto al 19 novembre 1998, che prevedono diversi assetti organizzativi o contrattuali, sino alla scadenza dei relativi contratti, senza possibilità di proroga, e in ogni caso per un periodo non superiore a sei anni».

Fase precontenziosa del procedimento

12. In seguito a una denuncia, la Commissione ha concluso che la normativa italiana non era compatibile con il diritto comunitario in diversi punti. Essa ha allora inviato alla Repubblica italiana una lettera di diffida in data 3 maggio 2000. Il governo italiano ha risposto con una nota del 18 luglio 2000.

13. Considerando tale risposta insufficiente, la Commissione ha inviato alla Repubblica italiana un parere motivato in data 24 luglio 2001. La risposta del governo italiano è stata fornita con una nota del 31 ottobre 2001. A tale nota ha fatto seguito un'altra comunicazione del 5 dicembre 2001.

14. Vari incontri si sono svolti tra i rappresentanti dei servizi competenti della Commissione e gli esperti del Ministero italiano delle infrastrutture e dei trasporti, nel corso dei quali il governo italiano ha presentato alcune proposte di emendamento delle disposizioni del decreto legislativo n. 18/99. Poiché nessun'altra informa-

zione è stata comunicata alla Commissione, quest'ultima ha deciso di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

Sulla prima censura

15. Con lettera del 19 gennaio 2004, il governo italiano ha informato la Corte che l'art. 11, n. 1, del decreto legislativo n. 18/99, è stato modificato dalla legge 31 ottobre 2003, n. 306 (in *GURI* del 15 novembre 2003). Date tali circostanze, la Commissione, con lettera del 23 marzo 2004, ha rinunciato alla prima censura, pur mantenendo la sua domanda di condanna della convenuta alle spese.

Sulla seconda censura

Argomenti delle parti

16. La Commissione ritiene che l'art. 14 del decreto legislativo n. 18/99 sia incompatibile con l'art. 18 della Direttiva n. 96/67, poiché impone ai prestatori di servizi di assistenza a terra l'obbligo di garantire il passaggio del personale dal precedente prestatore del servizio al soggetto subentrante, in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo, ogniqualvolta vi sia un «trasferimento di attività» concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra di cui agli allegati del detto decreto.

17. La Commissione sottolinea che la protezione dei diritti dei lavoratori è ammessa in forza dell'art. 18 della Direttiva n. 96/67, sempre che non sia contraria all'applicazione effettiva di quest'ultima per quanto riguarda i servizi di assistenza a terra. Ora, l'art. 14, n. 1, del decreto legislativo n. 18/99 oltrepasserebbe manifestamente la protezione già garantita dalla Direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, n. 77/187/Cee, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti (in *GUCE*, L 61, p. 26), come modificata dalla Direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, n. 98/50/Ce (in *GUCE*, L 201, p. 88), e codificata dalla Direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, n. 2001/23/Ce (in *GUCE*, L 82, p. 16).

18. La Commissione ritiene che una disposizione nazionale quale quella contestata nella fattispecie potrebbe essere giustificata sulla base dell'art. 18 della Direttiva n. 96/67 solo se fosse applicata in caso di trasferimento d'impresa ai sensi della Direttiva n. 2001/23. Ora, per poter applicare quest'ultima direttiva, il trasferimento dovrebbe riferirsi a un'entità economica, ossia a un complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività

economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo. Tuttavia, per poter determinare se sussistano le caratteristiche di un trasferimento di entità dovrebbe essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi.

19. Secondo la Commissione, la mera circostanza che i servizi forniti dal prestatore precedente e quelli forniti dal nuovo sono analoghi non consente di concludere che sussista il trasferimento di un'entità economica tra le due imprese. In effetti, un'entità non può essere ridotta all'attività che le era affidata e la sua identità emerge anche da altri elementi quali il personale che la compone, i suoi quadri, l'organizzazione del suo lavoro, nonché i suoi metodi e mezzi di gestione.

20. La Commissione fa presente che, perché vi sia trasferimento d'impresa, manca nel caso di specie l'elemento chiave della cessione dell'impresa, cioè un accordo negoziato implicito o esplicito, ovvero un atto d'imperio della potestà pubblica. Il prestatore subentrante, infatti, accedrebbe alle strutture aeroportuali in base a un titolo autonomo, indipendentemente da ogni sorta di rapporto o contatto con il prestatore uscente. Tale titolo sarebbe costituito dalla stipulazione di un contratto con il gestore dell'aeroporto interessato.

21. La Commissione fa valere che la misura adottata dal governo italiano implica una vera e propria traslazione dell'onere sociale dallo Stato italiano alle imprese prestatrici subentranti, le quali vengono così penalizzate. Se le autorità nazionali vogliono adottare misure sociali nell'ambito dell'applicazione del processo di liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra, l'art. 18 della Direttiva n. 96/67 potrebbe costituire un fondamento normativo appropriato, ma a condizione che le misure in questione rispettino lo spirito di tale direttiva, nonché i principi generali del diritto comunitario.

22. Secondo la Commissione, l'art. 14, n. 1, del decreto legislativo n. 18/99 impedisce ai prestatori di servizi aspiranti ad accedere al mercato di cui trattasi di scegliere il proprio personale e conseguentemente il tipo di organizzazione dei servizi che intendono fornire per poter operare su tale mercato. Ora, l'obiettivo della Direttiva n. 96/67 sarebbe proprio quello di incoraggiare la concorrenza in mercati precedentemente chiusi e di tipo monopolistico, riducendo i costi di esercizio delle compagnie aeree e migliorando la qualità dei servizi forniti agli utenti degli aeroporti.

23. Il governo italiano rileva che la Direttiva n. 96/67 lascia un margine di discrezionalità agli Stati membri sulle modalità e i tempi

di adozione delle misure richieste per la realizzazione del nuovo sistema, in quanto ogni Stato ha sue peculiarità specifiche. In tale ottica, il legislatore nazionale avrebbe adottato la normativa di cui trattasi nella consapevolezza del fatto che il libero accesso al mercato può essere compatibile con il buon funzionamento degli aeroporti comunitari e attuato in maniera progressiva e adeguata alle esigenze del settore. Le misure di protezione sociale previste dall'art. 14 del decreto legislativo n. 18/99 non ostacolerebbero la liberalizzazione del settore dell'assistenza a terra e rappresenterebbero l'espressione di un potere attribuito allo Stato dall'art. 18 della Direttiva n. 96/67.

24. Il governo italiano ritiene che il rispetto delle disposizioni di tale direttiva e quello di altre norme di diritto comunitario, in particolare di quelle sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda, non significa che il grado di tutela accordabile dagli Stati membri debba essere espresso solo nei limiti consentiti dall'armonizzazione del diritto comunitario. Se così fosse, l'art. 18 della Direttiva n. 96/67 sarebbe una norma del tutto inutile, perché non lascerebbe allo Stato membro alcun margine per offrire ai lavoratori una garanzia che non discende da una norma comunitaria.

25. Secondo il governo italiano, quest'ultima disposizione deve essere interpretata nel senso che una tale garanzia, per sua stessa natura «aggiuntiva», non deve tradursi in una violazione delle norme comunitarie specificamente dettate dalla Direttiva n. 96/67 o più in generale da altri atti comunitari. Poiché un'effettiva garanzia per i lavoratori deve tradursi in un vincolo economico e in un impegno per il datore di lavoro, la sua ammissibilità andrebbe valutata attraverso un'accorta analisi comparata degli interessi in gioco.

26. Il governo italiano fa altresì valere che, ferma restando l'identità o almeno l'analogia del servizio fornito dal precedente prestatore, il criterio determinante per la definizione di un trasferimento di azienda non consiste necessariamente in un trasferimento di elementi materiali e patrimoniali. Anche l'organizzazione di un'attività idonea ad assumere uno specifico rilievo economico rientrerebbe nel campo di applicazione della nozione di «trasferimento».

27. In considerazione delle particolarità del settore di cui trattasi e dell'organizzazione delle imprese in questione, il governo italiano sottolinea che il trasferimento di «attività» aeroportuali potrebbe rientrare nella nozione più ampia di «trasferimento di azienda». In realtà, sarebbe proprio la continuità dell'attività, che

passa da un prestatore all'altro, a rendere la situazione del tutto assimilabile a un vero e proprio trasferimento di azienda.

28. Il governo italiano precisa che è certamente vero che l'art. 14 del decreto legislativo n. 18/99 menziona specificamente il «trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra», ma è evidente che nella prassi tale trasferimento si accompagna al passaggio di un certo numero di beni e strutture necessarie allo svolgimento dell'attività da parte del nuovo prestatore. In tale contesto, si sarebbe in presenza di un trasferimento di ramo aziendale o quanto meno di una successione tra aziende sostanzialmente assimilabile a un trasferimento. A giusto titolo quindi la normativa nazionale si sarebbe data carico di garantire la tutela di lavoratori in un ragionevole temperamento degli opposti interessi.

29. Per quanto riguarda l'argomento secondo cui la trasposizione nella legislazione nazionale della Direttiva n. 96/67 potrebbe distorcere la concorrenza sul mercato dei servizi aeroportuali a favore delle imprese già insediate e a danno dei concorrenti potenziali, il governo italiano osserva che il principio della libertà di concorrenza implica che le imprese interessate godano di un'effettiva parità di opportunità, nell'ambito delle condizioni, anche restrittive, previste dalla normativa sociale applicabile.

Giudizio della Corte

30. Con la sua argomentazione, il governo italiano fa valere in sostanza che l'art. 14 del decreto legislativo n. 18/99 ha come suo fondamento normativo l'art. 18 della Direttiva n. 96/67 e che la disposizione controversa rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva n. 2001/23.

31. Per quanto riguarda la compatibilità dell'art. 14 con la Direttiva n. 96/67 e alla luce della formulazione dell'art. 18 di quest'ultima, si evince dal ventiquattresimo considerando della detta direttiva che gli Stati membri conservano il potere di garantire un adeguato livello di protezione sociale al personale delle imprese che forniscono servizi di assistenza a terra.

32. Per quanto concerne la definizione di un siffatto «livello adeguato», occorre sottolineare che, come giustamente rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 33 delle sue conclusioni, tale potere non comporta una competenza normativa illimitata e deve essere esercitato in modo tale da non pregiudicare l'effetto utile della Direttiva n. 96/67 e gli obiettivi da essa perseguiti. Come sottolineato, infatti, dalla Corte nella sentenza 16 ottobre 2003, causa C-363/01,

Flughafen Hannover-Langenhagen (Racc., p. I-11893, punto 43), la detta direttiva mira ad assicurare l'apertura del mercato dell'assistenza a terra; apertura che, secondo il quinto considerando della medesima direttiva, deve tra l'altro contribuire a ridurre i costi di gestione delle compagnie aeree.

33. L'interpretazione dell'art. 18 della Direttiva n. 96/67 fornita invece dal governo italiano, in particolare per quanto riguarda la presa in considerazione di preoccupazioni di ordine sociale, renderebbe oltremodo difficile l'accesso ai mercati di assistenza a terra di nuovi prestatori di servizi, essendo questi ultimi tenuti a riassumere il personale impiegato dal precedente prestatore. Di conseguenza, si metterebbero in discussione l'uso razionale delle infrastrutture aeroportuali e la riduzione dei costi dei servizi implicati per gli utenti.

34. Infatti, l'obbligo imposto alle imprese interessate a norma dell'art. 14 del decreto legislativo n. 18/99 di riassumere il personale del precedente prestatore di servizi svantaggia i nuovi concorrenti potenziali rispetto alle imprese già operanti e compromette l'apertura dei mercati dell'assistenza a terra, con la conseguenza di nuocere all'effetto utile della Direttiva n. 96/67.

35. Ne risulta che la normativa controversa pregiudica la finalità perseguita da tale direttiva, cioè l'apertura dei mercati interessati e la creazione delle condizioni adeguate in vista di una concorrenza intracomunitaria in questo settore.

36. Poiché la normativa controversa è incompatibile con la Direttiva n. 96/67, non è pertinente affermare, come fa il governo italiano, che l'art. 14 del decreto legislativo n. 18/99 non contrasta con la Direttiva n. 2001/23.

37. Il governo italiano, comunque, non può sostenere che l'art. 14 del detto decreto legislativo si basa sulla nozione di «trasferimento di attività» che rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva n. 2001/23.

38. Occorre, infatti, ricordare che, ai sensi del suo art. 1, n. 1, tale direttiva si applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti a un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione. Risulta dalla giurisprudenza della Corte a tale riguardo che il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento ai sensi di tale direttiva consiste nella circostanza che l'entità in questione conservi la propria identità, che risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa (v., in particolare, sentenze 18 marzo

1986, causa 24/85, Spijkers, Racc., p. 1119, punti 11 e 12, nonché 11 marzo 1997, causa C-13/95, Süzen, Racc., p. I-1259, punto 10).

39. Per determinare se sussistano le caratteristiche di un trasferimento di un'entità del genere, la Corte ha dichiarato che deve essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di dette attività. Tali elementi costituiscono tuttavia soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente (v., in particolare, le menzionate sentenze Spijkers, punto 13, e Süzen, punto 14).

40. Si evince da tale giurisprudenza che la rispettiva importanza da attribuire ai vari criteri in grado di dimostrare l'esistenza di un trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ai sensi della Direttiva n. 2001/23 varia alla luce di moltissimi parametri.

41. Di conseguenza, occorre considerare che solo alla luce delle caratteristiche di ogni trasferimento di attività concernenti una o più categorie di servizi di assistenza a terra si può stabilire se la transazione interessata costituisce un trasferimento ai sensi della Direttiva n. 2001/23.

42. Orbene, è importante constatare che l'art. 14 del decreto legislativo n. 18/99 si applica, indipendentemente dalle caratteristiche dell'operazione di cui trattasi, a «ogni trasferimento di attività» nel settore in questione e che, alla luce della giurisprudenza sopra menzionata, un siffatto concetto di trasferimento eccede manifestamente quello stabilito dalla Direttiva n. 2001/23, come è stato interpretato dalla Corte.

43. Pertanto occorre dichiarare che la seconda censura è fondata, in quanto il regime di protezione sociale previsto all'art. 14 del decreto legislativo n. 18/99 è incompatibile con la Direttiva n. 96/67.

Sulla terza censura

44. La Commissione ritiene che l'art. 20 del decreto legislativo n. 18/99 sia incompatibile con la Direttiva n. 96/67 in quanto

consentirebbe a imprese aventi assetti organizzativi particolari di operare nel comparto dell'autoassistenza in parallelo ad altri prestatori selezionati e/o autorizzati conformemente alle disposizioni di tale direttiva.

45. La Commissione precisa che l'art. 20 del detto decreto legislativo fa riferimento a contratti di lavoro in atto al 19 novembre 1998, che prevedono diversi assetti organizzativi e contrattuali. Questi contratti di lavoro riguardano il personale di utenti che praticano l'autoassistenza diversi da quelli definiti nella Direttiva n. 96/67. Essi dovrebbero rimanere in vigore nella loro attuale configurazione fino alla loro scadenza e in ogni caso per un periodo non superiore a sei anni. In pratica, queste imprese sarebbero autorizzate a operare nella prestazione di servizi di autoassistenza in parallelo ad altre imprese del comparto dell'autoassistenza e a prestatori di servizi di assistenza a terra a terzi.

46. Ora, secondo la Commissione, la Direttiva n. 96/67 enuncia chiaramente le categorie di imprese prestatrici di servizi di assistenza a terra che possono qualificarsi come soggetti prestatori di servizi di assistenza a terzi e come utenti che praticano l'autoassistenza. Le entità che non soddisfano i criteri per l'autoassistenza di cui all'art. 2, lett. f, della Direttiva n. 96/67 potrebbero operare soltanto in qualità di prestatori di servizi a terzi. Inoltre, gli artt. 6 e 7 della medesima direttiva prevederebbero l'obbligo di seguire procedure specifiche per la selezione degli utenti che praticano l'autoassistenza e dei prestatori di assistenza a terzi.

47. La Commissione aggiunge che la Direttiva n. 96/67 non prevede misure transitorie per le imprese aventi diversi assetti organizzativi. La validità delle relazioni contrattuali andrebbe valutata alla luce della normativa applicabile e in particolare delle disposizioni di tale direttiva. Infatti, il legislatore nazionale non potrebbe intervenire sulla durata massima di vigenza delle relazioni contrattuali come se queste ultime fossero esonerate dagli obblighi previsti dalle dette disposizioni.

48. Il governo italiano ritiene che la norma controversa abbia una portata non solo transitoria, ma anche assai limitata. Essa andrebbe letta nello spirito di salvaguardia dei diritti acquisiti, e ciò per un tempo relativamente breve, ossia fino alla scadenza dei contratti in questione e comunque per non oltre sei anni. Peraltro, si intenderebbe proporre la soppressione della norma nell'ambito della prossima legge annuale comunitaria.

Giudizio della Corte

49. Occorre rilevare che le disposizioni della Direttiva n. 96/67 definiscono in modo preciso le categorie di imprese che possono essere qualificate come prestatori di servizi di assistenza a terra a terzi e come utenti che praticano l'autoassistenza. Ne deriva che le entità che non soddisfano i criteri di autoassistenza previsti da tale direttiva possono operare soltanto come prestatori di servizi a terzi. Inoltre, come giustamente sottolineato dall'avvocato generale al paragrafo 49 delle sue conclusioni, la detta direttiva non prevede la possibilità per gli Stati membri di adottare misure transitorie a tale riguardo.

50. Orbene, istituendo siffatte misure transitorie, l'art. 20 del decreto legislativo n. 18/99 comporta un regime normativo incompatibile con la Direttiva n. 96/67.

51. La censura della Commissione è pertanto fondata.

52. Da tutto quanto precede, occorre dichiarare che, in quanto il decreto legislativo n. 18/99 ha introdotto, al suo art. 14, una misura sociale incompatibile con l'art. 18 della Direttiva n. 96/67 e ha previsto, al suo art. 20, un regime a carattere transitorio non consentito da tale direttiva, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che a essa incombono in forza della detta direttiva.

*Decisione relativa alle spese**Sulle spese*

53. Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese, se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ne ha fatto domanda, la Repubblica italiana, rimasta soccombente, va condannata alle spese.

Dispositivo

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara e statuisce:

1) In quanto il decreto legislativo 13 gennaio 1999, n. 18, recante attuazione della Direttiva n. 96/67/Ce relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, ha introdotto, al suo art. 14, una misura sociale incompatibile con l'art. 18 della Direttiva del Consiglio 15 ottobre 1996, n. 96/67/Ce, e ha previsto, al suo art. 20, un regime a carattere transitorio non consentito da tale direttiva, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che a essa incombono in forza della detta direttiva.

2) La Repubblica italiana è condannata alle spese.

(1-2) IL DIRITTO DEL LAVORO E LIBERTÀ DI CONCORRENZA:
IL CASO DEI SERVIZI AEROPORTUALI

1. — Nelle due sentenze in commento la Corte di Giustizia Ce è stata chiamata dalla Commissione a valutare la compatibilità delle disposizioni volte ad assicurare la continuità dell'impiego dei lavoratori occupati nei servizi aeroportuali adottate dalla legge italiana e da quella tedesca di recepimento della Direttiva n. 96/67 con l'obiettivo primario della stessa direttiva di «liberalizzazione» del settore.

La Direttiva n. 96/67 ha dettato le condizioni di una progressiva apertura alla concorrenza del mercato dei servizi aeroportuali di assistenza a terra, che in passato in quasi tutti gli aeroporti europei erano offerti da un soggetto pubblico o privato, concessionario in esclusiva di tali servizi per tutti i vettori che utilizzavano l'aeroporto. L'Italia ha recepito la direttiva con il d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18; la Germania l'ha recepita con la legge 11 novembre 1997 e il regolamento attuativo 10 dicembre 1997.

Entrambi i legislatori hanno ritenuto di avvalersi della facoltà di adottare «le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori», espressamente prevista dall'art. 18 della direttiva, prevedendo nelle norme nazionali di recepimento delle tutele volte a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato alle dipendenze degli enti o delle imprese che in precedenza erano concessionari esclusivi dei servizi di assistenza a terra in ciascun aeroporto. In modo assolutamente speculare sia la disciplina italiana che quella tedesca hanno previsto dei meccanismi che gravano le nuove imprese che entrano nel mercato dei servizi di assistenza a terra di un aeroporto nazionale, anche ove non ricorrano gli estremi di un trasferimento di azienda, dell'onere di assumere alle proprie dipendenze il personale impiegato dal precedente gestore in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita. Mentre nella disciplina italiana quest'onere trova applicazione automatica in ogni caso, nella disciplina tedesca viene attribuita all'originario gestore-monopolista dei servizi a terra di ciascun aeroporto la facoltà di decidere se esigere dalle imprese neoentrate la riassunzione dei propri dipendenti in ragione della quota dei servizi di assistenza a terra ceduta a quest'ultime o, invece, ricevere dalle stesse imprese un corrispettivo compensativo dei costi (per incentivi all'esodo incentivato, licenziamenti, ammortizzatori sociali o ancora per il mantenimento in servizio) che il gestore dovrà sopportare a seguito della mancata assunzione dei suoi dipendenti in esubero da parte delle imprese neoentrate.

La Commissione aveva immediatamente espresso l'avviso che queste disposizioni nazionali fossero in contrasto con la finalità della Direttiva n. 96/67 di realizzare progressivamente il libero accesso al mercato e introdurre una concorrenza effettiva nel mercato dell'assistenza a terra negli aeroporti. Secondo la Commissione queste previsioni finirebbero per costituire un rilevante ostacolo all'accesso al mercato nazionale dei servizi aeroportuali di nuovi operatori e per falsare la concorrenza a favore delle imprese già operanti in questo mercato a svantaggio dei concorrenti potenziali. Questi ultimi, infatti, si vedrebbero preclusa la possibilità di scegliere liberamente il proprio personale e sarebbero fortemente condizionati nella quantificazione del proprio organico e nella loro organizzazione imprenditoriale, o quanto meno – nel caso tedesco – potrebbero essere gravati di costi aggiuntivi impropri dovendosi far carico delle spese che il gestore aeroportuale dovrà sostenere per «gestire» il problema del suo personale divenuto in esubero.

Le medesime argomentazioni della Commissione sono state spese dall'Avv. Gen. Léger che ha concluso in entrambi i casi nel senso dell'incompatibilità di tali disposizioni nazionali con il dettato della direttiva, giacché, nonostante mirino a tutelare i livelli e le condizioni di occupazione che indubitabilmente rientrano tra gli obiettivi propri del Trattato, perseguirebbero tali fini con modalità che producono effetti restrittivi della concorrenza «sproporzionati». Ad avviso dell'avvocato generale la soluzione prospettata nella fase precontenziosa (ma poi non adottata) dal governo italiano di sostituire il diritto all'assunzione alle dipendenze delle imprese subentranti (art. 14 del d.lgs. n. 18/99), con una norma che si limitasse ad attribuire ai lavoratori in esubero un diritto di preferenza nelle assunzioni alle dipendenze di queste nuove imprese, avrebbe, invece, realizzato un corretto bilanciamento tra tutela della concorrenza e tutela dell'occupazione, concedendo una maggiore elasticità organizzativa alle nuove imprese concorrenti (v. punto 45 delle conclusioni dell'Avv. Gen. Léger).

La Corte di Giustizia Ce ha ritenuto fondate le censure avanzate dalla Commissione e ha dichiarato le previsioni «sociali» italiane e tedesche incompatibili con le previsioni della Direttiva n. 96/67 proprio in ragione della non proporzionalità degli effetti restrittivi della concorrenza tra imprese nel mercato dei servizi aeroportuali rispetto al fine di garantire la stabilità occupazionale dei lavoratori già occupati in precedenza in quello stesso settore dai concessionari in esclusiva di ogni aeroporto.

La Corte ha disatteso la difesa principale dei due governi secondo cui le misure di protezione sociale introdotte dalle norme nazionali di recepimento sarebbero frutto dell'esercizio della sovranità statale in materia di tutela lavoristica che permette in ogni caso agli Stati membri di offrire ai propri cittadini una tutela «aggiuntiva» rispetto a quella «minima» garantita dal diritto comunitario «armonizzato». Secondo le difese dei due paesi, inoltre, le disposizioni nazionali incriminate avrebbero assicurato una tutela sostanzialmente coincidente con quella assicurata dalla Direttiva n. 2001/23 in materia di trasferimento di azienda, in quanto, seppur queste misure sociali formalmente potrebbero trovare applicazione anche nel caso di mera successione nello svolgimento della medesima «attività economica» e non solo qualora si realizzi un trasferimento di un'«entità economica», intesa quale complesso organizzato di persone ed elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica, in concreto a ogni trasferimento di attività non potrebbe che accompagnarsi anche la cessione di beni e strutture dall'impresa uscente a quella subentrante e, quindi, perfezionarsi necessariamente anche la fattispecie del trasferimento di azienda. La Corte ha ritenuto irrilevante questa circostanza fattuale e ha – del tutto correttamente – rilevato l'eccedenza del concetto di «trasferimento di attività» rispetto a quello di «trasferimento di azienda» (Cfr. Corte di Giustizia Ce, sentenza 18 marzo 1986, C-24/85, *Spijkers*, Racc. 1986, p. 1119; Corte di Giustizia Ce, sentenza 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*, Racc. 1995, I, p. 1259; Corte di Giustizia Ce, sentenza 10 dicembre 1998, C-173 e 247/96, *Hidalgo*, Racc. 1998, I, p. 8237; Corte di Giustizia Ce, sentenza 25 gennaio 2001, C-172/99, *Oy Liikenne Ab*, Racc. 2001, I, p. 745).

2. — Queste due pronunce rappresentano dei casi emblematici in cui la Corte è chiamata a operare una sostanziale valutazione di «costituzionalità comunitaria» delle leggi nazionali a tutela del lavoro. La proporzionalità degli effetti restrittivi della libertà di mercato che queste norme sono destinate – in atto o in potenza – a produrre è elevato dalla Corte a parametro fondamentale di tale valutazione.

L'esito dei giudizi può risultare sorprendente se esaminato esclusivamente alla luce della gerarchia di valori dettata dalle Carte costituzionali nazionali. Sebbene in questi casi la Corte di Giustizia Ce abbia formalmente valutato la compatibilità delle previsioni nazionali con il disposto di una specifica direttiva, al ragionare dei giudici di Lussemburgo sottende una concezione della tutela della concorrenza che è andata assumendo nel diritto comunitario una *ratio* radicalmente diversa da quella cui risponde negli ordinamenti degli Stati europei continentali. La concorrenza di mercato, infatti, ormai da tempo è stata trasformata dagli orientamenti della Corte da principio di regolazione delle condotte delle imprese in una condizione di «legittimità comunitaria» della stessa sovranità statale nel decidere sia gli ambiti da destinare al «mercato», sia le modalità di funzionamento di questo.

In realtà la Corte di Giustizia Ce ha dapprima tentato di preservare immune la legislazione statale dalla portata degli artt. 81 ss. del Trattato, optando per un'interpretazione restrittiva di questi articoli secondo cui la legge nazionale potrebbe ritenersi in contrasto con essi soltanto qualora favorisca o rafforzi delle condotte di concorrenza sleale tra imprese o di abuso di posizione dominante, ma non già anche qualora sia la legge stessa la causa esclusiva della restrizione della concorrenza (Corte di Giustizia Ce, sentenze 17 novembre 1993, C-185/91, *Reiff*, Racc., I-5801; *Meng*, C-2/91, Racc., I, p. 5751; sentenza *Ohra*, C-254-91, in Racc., I-5851; tutte anche in *FI*, 1994, IV, c. 457; Corte di Giustizia Ce, sentenza 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, in *FI*, 1992, IV, c. 225; Corte di Giustizia Ce, sentenza 12 febbraio 1998, C-163/96, *Raso*, in *FI*, 1998, IV, c. 196; Corte di Giustizia Ce, sentenza 18 giugno 1998, C-266/96, *Corsica ferries*, Racc. 1998, I, p. 3949). Questa distinzione, però, si è rivelata alla prova dei fatti di dubbia capacità discrezionale nel riparto degli ambiti di competenza in materia dell'Unione europea e degli Stati membri, soprattutto se esaminati nella prospettiva funzionalistica del «mutuo riconoscimento» delle normative nazionali tra gli Stati membri (Cfr. P. Oliver, W. Roth, *The internal market and the four freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 411; Corte di Giustizia Ce, sentenza 11 luglio 1974, C-8/74, *Dassonville*, Racc. 1974, p. 837; Corte di Giustizia Ce, sentenza 20 febbraio 1979, C-120-78, *Cassis de Dijon*, Racc. 1979, p. 649) che ha continuamente sollecitato l'ordinamento comunitario in direzione di una maggiore integrazione degli Stati membri ottenuta inevitabilmente a spese degli ambiti di sovranità esclusiva di questi (cfr. N. Reich, *The november revolution of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi revisited*, in *Common Market Law Review*, 1993, 31, pp. 459 ss.; L. Gyselen, *State action and the effectiveness of the EEC Treaty's competition provisions*, in *Common Market Law Review*, 1989, pp. 55 s.; G. M. Roberti, A. Tizzano, *Tariffe e prezzi amministrati: profili di diritto comunitario*, in *FI*, 1995, IV, c. 320).

La dottrina ha sottolineato come la Corte di Giustizia Ce nella motivazione delle proprie sentenze sia stata sempre estremamente attenta a indicare quale oggetto del proprio sindacato a norma degli artt. 81 e 82 T.C.E. la condotta delle imprese e mai in via diretta, ma soltanto in via incidentale, le misure normative nazionali. La stessa dottrina ha però dato univocamente atto che la sussistenza di un collegamento tra norma e condotta negoziale delle imprese (che siano accordi, pratiche concordate oppure condotte abusive di una posizione dominante legale o fattuale) è ormai ridotta in realtà a un mero simulacro «formale», che è stato agevolmente superato in numerosi casi dalla Corte attribuendo in via ermeneutica rilevanza a collegamenti del tutto indiretti e artificiosi (cfr. G. Tesaro, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, p. 634; M.

Todino, *L'Autorità e l'applicazione decentrata degli artt. 85 e 86 del Trattato Ce, L'Autorità e l'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 del Trattato Ce*, in *Temi e Problemi*, a cura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 1997, n. 6, pp. 16 s.; L. Gyselen, *Towards a substantive legality standard*, in *European Law Review*, 1994, p. 55) oppure, in modo più ortodosso, facendo ricorso alle disposizioni di cui agli artt. 86 o 87-89, o ancora agli artt. 28, 49 e 87 T.C.E., che sono direttamente applicabili nei confronti delle norme adottate dagli Stati membri e ormai intimamente intrecciate con le previsioni degli artt. 81 e 82, cosicché è assai difficile individuarne distinti ambiti di applicazione (cfr. G. Tesauro, *op. cit.*, pp. 633 s.; S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesauro e M. D'alberti (a cura), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 15; M. De Vita, *Misure normative e applicabilità alle imprese della legge antitrust*, in *Temi e problemi*, pubblicazione a cura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 1997, n. 5, p. 22; M. Slotboom, *State aid in Community law: a broad or narrow definition*, in *European Law Review*, 1995, vol. 20, pp. 298 ss.). Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, si registra ormai negli orientamenti della Commissione e nella giurisprudenza della Corte un'inversione dell'originario rapporto di ancillarità dei principi *antitrust* all'obiettivo dell'integrazione nel mercato unico e alla libera circolazione delle persone, merci, servizi e capitali al suo interno: le libertà di circolazione si atteggiano ora come diritti strumentali all'omogeneizzazione delle regolazioni nazionali dei rapporti economici e commerciali nel senso del loro progressivo adeguamento al «principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» dettato espressamente dall'art. 4 del Trattato (cfr. G. Amato, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, pp. 46 s., L. Di Via, *Considerazioni sulle «mobili frontiere» del diritto della concorrenza*, in *Contratto Impresa Europa*, 2000, pp. 1 ss.; C. D. Elhermann, *The contribution of the EC competition policy to single market*, in *Common Market Law Review*, 1992, pp. 272 s.; A. Tizzano, *Diritto comunitario e sviluppo del principio di libera concorrenza in Italia*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1996, pp. 745 ss.; L. Cassetti, *La cultura del mercato fra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, pp. 198 ss.; L. Ammannati, *Diritto e mercato. Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di «transaction» di Commons*, in *Diritto pubblico*, 2003, 1, pp. 129 ss.).

Il Trattato di Maastricht non ha soltanto indicato espressamente tra le condizioni indefettibili per il raggiungimento dei fini istitutivi della Comunità di cui all'art. 2 quello dell'instaurazione di un regime che garantisca la concorrenza nel mercato interno (cfr. art. 3 lett. g), ma ha anche attribuito a tale principio un'efficacia precettiva diretta – seppur quale «limite negativo» – rispetto sia alle altre libertà economiche dettate dall'ordinamento comunitario, sia alle politiche con cui la Comunità, quale istituzione sovranazionale, e i singoli Stati membri intendono perseguire gli altri obiettivi indicati nell'art. 2 T.C.E., ivi compresi quelli di coesione e di protezione sociale (R. Lane, *New community competences under the Maastricht Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1993, pp. 939 ss.; S. Cassese, *La riforma costituzionale, in RTDP*, 1992, p. 306; G. Guarino, *Verso l'Unione economica e monetaria*, in *Riv. dir. pubbl. sc. pol.*, 1993, pp. 5 ss.). Come è stato condivisibilmente osservato, in virtù della centralità attribuita dal Trattato di Maastricht alla libertà di concorrenza questa «...finisce di essere relegata a categoria giuridico-economica delle relazioni tra produttori e diviene modello ordinante ogni relazione avente rilievo economico» (L. Di Via, *op. cit.*, p. 2). D'altronde si era già espresso in termini sostanzialmente analoghi Massimo D'Antona

rilevando che «La crescita dell'Unione europea come organismo democratico solleva la questione della "costituzione economica". Il trattato di Maastricht sancisce il principio incondizionato dell'economia aperta e del mercato libero e concorrenziale, ma nella tradizione costituzionale della maggior parte dei paesi europei, il riconoscimento della libertà di mercato non è incondizionato, è bilanciato dal principio dello stato sociale o quanto meno della tutela del lavoro» (M. D'Antona, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 695; v. anche Idem, *Chi ha paura della sussidiarietà*, in *LD*, 1994, pp. 565 ss.; L. Cassetti, *op. cit.*, p. 199; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, 2003, pp. 202 s.). È questa la naturale conseguenza del mutamento dell'obiettivo principale della Comunità dalla costituzione di un mercato «coordinato», che poteva costituirsi con un processo di integrazione negativa di soppressione degli ostacoli legali al libero commercio interstatale, alla costituzione di un mercato «unico», che quindi impone una regolazione comune delle forme di esercizio delle attività economiche e degli scambi commerciali (cfr. G. Tesauro, *op. cit.*, *Diritto comunitario, op. cit.*, p. 242; L. Ammannati, *op. cit.*, pp. 134 s.).

3. — Orbene nelle pronunce in esame il governo italiano, aderendo a un'impostazione prettamente «soggettiva» della concorrenza, volta cioè alla mera regolazione delle condotte e pratiche delle imprese sul mercato, ha argomentato che le misure sociali adottate non potrebbero comportare una distorsione della concorrenza – come lamentato dalla Commissione – in quanto «...il principio della libertà di concorrenza implica che le imprese interessate godano di un'effettiva parità di opportunità, nell'ambito delle condizioni, anche restrittive, previste dalla normativa sociale applicabile», quasi che quest'ultima rappresenti una «pre-condizione» insindacabile e in ogni caso incompressibile della libertà di concorrenza.

Al contrario la Corte, coltivando una tutela della concorrenza in senso «oggettivo», nel senso cioè di principio che governa anche le scelte dello stesso legislatore nazionale circa la qualificazione e regolazione dei mercati economici, ha ritenuto incompatibili le misure di ordine sociale della legge italiana proprio perché «...metterebbero in discussione l'uso razionale delle infrastrutture aeroportuali e la riduzione dei costi dei servizi implicati per gli utenti».

La Corte ha in questo modo operato un ennesimo bilanciamento «nascosto» tra tutela della concorrenza e tutela dell'occupazione, tra interessi dei consumatori e interessi dei lavoratori (cfr. P. Davies, *Market integration and social policy in the Court of Justice*, in *Industrial Law Journal*, 1995, vol. 24, p. 62; J. H. H. Weiler, *A quiet revolution. The European Court of Justice and its interlocutors*, in *Comparative Political Studies*, vol. 26, 1994, p. 514). L'esito di questo bilanciamento non ha una rilevanza circoscritta all'ordine sistematico nei rapporti di sovranità tra Unione europea e Stato nazionale, ma è destinato a produrre effetti diretti nei confronti delle posizioni giuridiche individuali dei lavoratori e delle imprese interessate dalle misure sociali dettate dalle leggi nazionali di recepimento della direttiva.

Ciò che desta preoccupazione è l'assenza di sicuri riferimenti normativi su cui si possa fondare un «esplicito» bilanciamento di valori nell'ordinamento comunitario in assenza – allo stato attuale – di una previsione di diritti sociali comuni dotata di effettività giuridica in tutto il territorio dell'Unione. La Corte, infatti, è stata costretta a «creare» con la sua giurisprudenza i parametri sociali con cui bilanciare le libertà economiche garantite dal Trattato dell'Unione, enucleando di volta in volta i diritti costi-

tuzionali comuni degli Stati membri ed elevando anch'essi a fonti del diritto comunitario (Cfr. Corte di Giustizia Ce, sentenza 12 gennaio 1969, C-29/1969, Stauder c. Città di Ulm, Racc. 1969, p. 419; sentenza 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Racc. 1970, p. 1125). In tutti i casi in cui ha potuto, però, la Corte ha sempre preferito utilizzare nella motivazione espressa delle sue pronunce solo criteri formali di determinazione delle materie di competenza statale e comunitaria. Quest'ultima soluzione, sebbene abbia lasciato la Corte libera di procedere a progressivi adeguamenti della sua giurisprudenza senza esser vincolata dai propri precedenti, ha finito per delegittimarla almeno parzialmente in quanto rimane per lo più inespressa la gerarchia di valori che la ispira e che può essere invocata dagli Stati e dai cittadini comunitari a sostegno della legittimità delle loro scelte e condotte future. Soprattutto continua a rimanere quanto mai incerto quale sia il punto di equilibrio tra tutela della concorrenza e dei diritti sociali nazionali rinvenuto dalla Corte laddove vengano sottoposte al suo sindacato – come nelle pronunce in esame – delle misure normative nazionali a elevata rilevanza sociale e con una altrettanto elevata potenzialità di distorsione della concorrenza di mercato (cfr. P. Davies, *op. ult. cit.*, pp. 75 ss.).

Massimo Pallini

Ricercatore in diritto del lavoro presso l'Università degli studi di Milano

CASSAZIONE, 8 agosto 2005, n. 16634, Sez. lav. – Pres. Mileo, Est. Balletti, P.M. Napoletano, (Diff.) – Boemi e altri (avv.ti Muggia e Ciccio) c. Fondazione Teatro alla Scala di Milano (avv. Ichino). Cassa appello Milano 29 novembre 2002.

Festività infrasettimanali – Diritto soggettivo del lavoratore all'astensione dal lavoro – Conseguenze.

Atteso che la legge n. 260/49, come modificata dalla legge n. 90/1954, relativa alle festività infrasettimanali celebrative di ricorrenze civili o religiose, riconosce al lavoratore il diritto soggettivo di astenersi dal lavoro in occasione di tali festività, regolando compiutamente la materia, non è consentita – ai sensi dell'art. 12 delle preleggi – l'applicazione analogica delle eccezioni al divieto di lavoro domenicale e deve escludersi che il suddetto diritto possa essere posto nel nulla dal datore di lavoro, essendo rimessa la rinunciabilità al riposo nelle festività infrasettimanali solo all'accordo tra datore di lavoro e lavoratore (1).

(*Omissis*) Del tutto erroneamente, la Corte d'Appello di Milano ha ritenuto che «il diritto del lavoratore all'astensione dal lavoro nelle festività infrasettimanali non è espressamente previsto» ma può «ricavarsi dal comma 1 dell'articolo 5 della legge n. 260/49» e che, non essendo stata dettata in materia una compiuta disciplina legislativa, possono applicarsi in via analogica alle festività infrasettimanali le eccezioni al divieto di lavoro domenicale di cui alla legge n. 370/34, sicché – pur non potendosi «rintracciare la valvola di sfogo del sistema nella contrattazione collettiva» – «è valida la regola contrattuale ex articolo 110 del c.c.n.l. degli enti lirici (il cui contenuto e i cui criteri di interpretazione e di applicazione non sono affatto indicati nella sentenza impugnata) che ha legittimamente disciplinato diversamente le fruizioni delle assenze del lavoro nelle festività settimanali degli attori».

Al riguardo questa Corte non può che confermare la propria giurisprudenza a mente della quale è stato statuito che ai lavoratori viene riconosciuto il «diritto soggettivo» di astenersi dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali celebrative di ricorrenze civili o religiose (Cassazione n. 4435/04, Cassazione n. 9176/77, Cassazione n. 5712/86). In particolare: a) con la più remota di tali decisioni è stato significativamente e pragmaticamente affermato che «la possibilità di svolgere attività lavorativa nelle festività infrasettima-

nali non può giustificare la illazione del Tribunale che tale trasformazione da giornata festiva a lavorativa possa avvenire “evidentemente” per libera scelta del datore di lavoro; altrettanto “evidentemente” – potrebbe sostenersi – la trasformazione dovrebbe avvenire per libera scelta del lavoratore: in verità, se alle parole della legge “giorni festivi” e alla frase “agli effetti della osservanza del completo orario festivo” si dà il senso che a esse è proprio, non può che concludersi che il legislatore ha voluto attribuire al lavoratore il diritto di astenersi dal lavoro in quei giorni [...] e del resto, in varie occasioni questa Suprema Corte ha affermato che le norme sopra citate hanno attribuito a tutti i lavoratori indistintamente il diritto soggettivo di astenersi dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali» (Cassazione n. 5712/86); b) con la sentenza n. 9176/97 è stato più ampiamente statuito che «il senso proprio delle parole “giorni festivi” e la frase agli effetti della osservanza del completo orario festivo, adoperate dall’articolo 2 della legge n. 260/49, non poteva che essere quello di attribuire al lavoratore il diritto di astenersi dal lavoro nei giorni indicati dalla stessa legge, e doveva escludersi che siffatta volontà della legge potesse essere posta nel nulla dal datore di lavoro, e che la rinunciabilità al riposo nelle festività infrasettimanali non è rimessa né alla volontà esclusiva del datore di lavoro, né a quella del lavoratore ma al loro accordo».

In tal senso la normativa (specie legge n. 260/49), che ha individuato le festività celebrative di ricorrenze civili e religiose con il conseguente diritto del lavoratore di astenersi dal prestare lavoro in dette festività, è su tale punto completa e non necessita di integrazione in sede di applicazione giudiziaria.

A questo proposito – avendo, invece, la Corte Territoriale ritenuto di utilizzare in sede interpretativa della normativa sulle festività infrasettimanali il procedimento analogico – si innesta il prospettato profilo dell’«analogia», sicché (per approfondire tale profilo) è da rilevare che, secondo la definizione dottrinale più accreditata, l’interpretazione, o applicazione, analogica, o per analogia, è costituita da quel procedimento mediante il quale chi interpreta e applica il diritto può sopperire alle eventuali deficienze di previsione legislativa (cd. lacuna dell’ordinamento giuridico) facendo ricorso alla disciplina normativa prevista per un caso «simile» ovvero, alla stregua dell’equivoca terminologia aggiunta alternativamente dal capoverso dell’articolo 12 cod. civ., per «materie analoghe»: ciò in forza dei principi fondamentali del nostro ordinamento secondo cui il giudi-

ce deve decidere ogni caso che venga sottoposto al suo esame («obbligo di non denegare giustizia») e deve assumere la relativa decisione applicando una norma dell'ordinamento positivo («obbligo di fedeltà del giudice alla legge»). Segnatamente, per poter ricorrere al procedimento per analogia, è necessario che: a) manchi una norma di legge atta a regolare direttamente un caso su cui il giudice sia chiamato a decidere; b) sia possibile ritrovare una o più norme positive (cd. analogia *legis*) o uno o più principi giuridici (cd. analogia *iuris*) il cui valore qualificatorio sia tale che le rispettive conseguenze normative possano essere applicate alla fattispecie originariamente carente di una specifica regolamentazione, sulla base dell'accertamento di un rapporto di somiglianza tra alcuni elementi (giuridici o di fatto) della fattispecie regolata e alcuni elementi di quella non regolata: costituendo il fondamento dell'analogia la ricerca del cd. *quid* comune mediante il quale l'ordinamento procede alla propria «autointegrazione».

Che nella specie non possa parlarsi di *casus omissis* e, conseguentemente, non sussista alcun presupposto per fare ricorso al procedimento per analogia appare oltremodo evidente in quanto il legislatore ha espressamente limitato (*ex* commi 2 e 3 dell'articolo 5 della legge n. 260/49) il suo intervento alla regolamentazione del trattamento economico dovuto al lavoratore nel caso in cui «presti la sua opera nelle festività infrasettimanali» [non sussistendo (sia detto *per incidens*) il divieto assoluto a prestare lavoro in dette festività, giacché è possibile derogarvi mediante accordo tra le parti] e, per escludere una deroga «generale» in forza di legge, ha (anche qui) espressamente fatto carico (articolo unico della legge n. 520/52) soltanto al «personale dipendente delle istituzioni sanitarie pubbliche e private» l'eventuale obbligo di prestare lavoro nelle suddette festività per ragioni inerenti alle esigenze di servizio.

Si tratta, di conseguenza, di applicazione di una normativa da interpretarsi nel suo effettivo contesto «letterale» e «sostanziale»: per cui, nella specie, non manca una norma di legge atta a regolare compiutamente la materia e non deve ricercarsi un *quid* comune per integrare una lacuna dell'ordinamento, in quanto nella legge da interpretare e da applicare vi è la disciplina normativa idonea a una corretta attività dell'interprete e, poi, del giudice.

Considerata l'assorbente ragione della verificata impossibilità *ab imis* di ricorrere al procedimento analogico per essere la normativa nella specifica materia completa, non occorre accertare se sussista u-

na identità di *ratio* tra «riposo settimanale» – o, secondo la Corte milanese, quale terza ipotesi, «riposo coincidente con la domenica» – e «riposo infrasettimanale» al mero fine di sostenere che il «riposo per le festività» – così come il «riposo domenicale» – non avrebbe funzione «di ristoro» bensì «di fruizione di tempo libero qualificato», e, conseguentemente (essendo le situazioni asseritamene «molto vicine»), di tentare impropriamente di utilizzare in sede interpretativa il procedimento analogico.

Accertamento, questo, superfluo rispetto al fine postosi dalla Corte Territoriale – e, vale ribadire, per escluderne la praticabilità –, in quanto per poter fare ricorso all'analogia *ex* articolo 12, capoverso, cod. civ., bisogna anzitutto verificare se la controversia non possa essere «decisa con una precisa disposizione» e, come si è dinanzi verificato, nella specie esiste proprio una normativa compiuta per il riconoscimento effettivo del diritto soggettivo del lavoratore di astenersi dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali: non sussiste, quindi, una carenza di normativa in materia, per cui il giudice – e, nel presente giudizio, questa Suprema Corte «che deve assicurare, con l'osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale» – nell'applicare la legge «non può a essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore» (comma 1 dell'articolo 12, cit.).

È, pertanto, errato ritenere che l'asserita carenza normativa possa individuarsi nella pretesa (o, *vulgus*, nel «beneplacito») della parte datoriale di far fruire, o meno, materialmente al lavoratore il riposo nelle festività infrasettimanali poiché – per ripetere quanto già affermato incisivamente da questa Corte circa vent'anni or sono – sarebbe «assurdo pensare che varie leggi siano poste nel nulla dalla mera volontà del datore di lavoro essendo ovvio che diversa sarebbe stata la formulazione della norma se il legislatore avesse voluto dire soltanto che la festa si celebra se lo vuole il datore di lavoro» (così, testualmente, Cassazione n. 5712/86).

In siffatta ipotesi (già definita) assurda si pretenderebbe di non rendere possibile la regolamentazione di una fattispecie non altrimenti regolata da una norma presente nell'ordinamento, ma di estendere *practer* (o, più correttamente, *contra*) *legem* la normativa compiutamente esistente in base all'interesse «particolare» (che verrebbe ad assumere un ruolo decisivo predominante) di una delle parti del rapporto già completamente regolamentato *in subiecta mate-*

ria. Né è possibile fare riferimento, per siffatta illegittima estensione, a cd. «conseguenze socialmente rilevanti» perché di esse il giudice può tenere conto solo e in quanto il legislatore ne abbia trasfuso sostanzialmente il contenuto nella norma, non potendo certo avvenire altrimenti a causa dei diversi ruoli istituzionali ricoperti dai differenti «poteri» nell'esercizio delle funzioni fondamentali dello Stato.

Nella specie, la normativa sulle festività infrasettimanali celebrative di ricorrenze civili o religiose (legge n. 260/49) è stata emanata successivamente alla normativa sul riposo domenicale e settimanale (legge n. 370/34) e in essa non solo non sono state estese alle festività infrasettimanali le eccezioni all'inderogabilità previste *ex lege* esclusivamente per il riposo domenicale, ma con successiva norma (legge n. 520/52) è stato sancito che solo per «il personale di qualsiasi categoria alle dipendenze delle istituzioni sanitarie pubbliche e private» sussiste l'obbligo («il personale per ragioni inerenti all'esercizio deve prestare servizio nelle suddette giornate») della prestazione lavorativa durante le festività («nel caso che l'esigenza del servizio non permetta tale riposo») su ordine datoriale in presenza, appunto (anche in questa specifica ipotesi), di «esigenze di servizio».

Di conseguenza appare evidente, sotto qualsivoglia profilo, che non sussiste un obbligo «generale» a carico dei lavoratori di effettuare la prestazione nei giorni destinati *ex lege* per la celebrazione di ricorrenze civili o religiose, per cui si conferma l'erroneità di fare ricorso al procedimento analogico per stabilire giudizialmente la sussistenza di siffatto (inesistente) obbligo.

Da quanto statuito deriva l'erroneità della sentenza impugnata pure nel punto in cui viene affermato che «la regola contrattuale collettiva contenuta nell'articolo 110, cit. (citazione che si limita esclusivamente al seguente rilievo: “secondo il Tribunale, la clausola di cui all'articolo 110 c.c.n.l. degli enti lirici, che tale obbligo prevede, è nulla in quanto incide sul diritto dei lavoratori di astenersi dal lavoro, cui è consentito derogare per il solo lavoratore domenicale”), che ha legittimamente disciplinato la fruizione delle assenze dal lavoro nelle festività infrasettimanali degli attori, è valida e deve applicarsi ai rapporti in questione».

Per vero, a parte l'assoluta carenza motivazionale del percorso argomentativo alla base del *decisum* – ove non è dato conoscere quale sia il contenuto della disposizione del contratto collettivo (meramente citata) e non è possibile comprendere quali siano stati i canoni ermeneutici adottati per pervenire all'applicazione di detta disposizio-

ne (definita *tout court* «valida») – che vizia anche tale «capo» della sentenza, questa Corte ha già affermato che in nessun caso una norma di un contratto collettivo «possa comportare il venir meno di un diritto già acquisito dal singolo lavoratore (come il diritto ad astenersi dal lavoro nelle festività infrasettimanali), non trattandosi di diritto disponibile per le organizzazioni sindacali» (Cassazione n. 9176/97, cit.).

Nella già menzionata più recente decisione di questa Corte in argomento è stato, altresì, precisato che – nel caso, trattato in quel particolare giudizio, di contrattazione collettiva di categoria che aveva espressamente previsto che la fruizione delle festività infrasettimanali fosse subordinata alle esigenze aziendali – «il rapporto tra norma legale e norma contrattuale rispetta la dicotomia regola-eccezione: la regola generale (di fonte legale) è quella dell'astensione dal lavoro; l'eccezione (di fonte contrattuale collettiva) è quella dell'obbligo per il lavoratore di effettuare la prestazione lavorativa anche nel giorno festivo, (per cui) l'esistenza di "esigenze aziendali", prevista dalla normativa contrattuale collettiva, costituisce il presupposto perché dall'applicazione della regola si passi all'applicazione dell'eccezione, talché chi invoca la norma contrattuale (di eccezione) per paralizzare la norma legale (di riconoscimento in generale del diritto del lavoratore ad astenersi dalla prestazione lavorativa) deve provarne i presupposti: dall'evidenziato rapporto regola-eccezione discende che è il datore di lavoro che alleggi l'applicazione della norma contrattuale, che tale eccezione rechi alla regola legale, a dover provare la sussistenza del presupposto di fatto, ossia le esigenze aziendali» (Cassazione n. 4435/04, cit.).

Nella specie non è stata allegata dal soggetto interessato l'esistenza di una disposizione del contratto collettivo di contenuto strettamente analogo a quello di cui alla cennata fattispecie giudiziaria, sicché – a parte l'inesistenza assoluta di riscontri probatori (neppure adottati processualmente) sul punto considerato nella citata decisione – vale confermare l'indirizzo giurisprudenziale a mente del quale le associazioni sindacali non possono derogare in senso peggiorativo a un diritto del singolo lavoratore, se non nel caso in cui il titolare del diritto abbia conferito esplicito mandato (cfr., *ex plurimis*, Cassazione n. 6749/99, Cassazione n. 6150/90, Cassazione n. 537/87), non appartenendo all'autonomia sindacale il potere di disporre di diritti già sorti in capo ai lavoratori per l'avvenuto perfezionamento delle relative fattispecie costitutive.

Per completezza di disamina si precisa che il d.lgs. n. 66/2003 (in «attuazione della Direttiva n. 93/104/Ce e della Direttiva n. 2000/34/Ce concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro») – richiamata dall'attenta difesa della controricorrente nella memoria *ex* articolo 378 cod. proc. civ. ad asserita conferma della sentenza impugnata – nulla aggiunge alla specifica normativa sulle festività infrasettimanali in quanto la normativa comunitaria (che, comunque, non potrebbe rivestire efficacia retroattiva) si riferisce espressamente al riposo settimanale e alla possibilità che siffatto riposo (e non certo il diritto di astensione dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali celebrative di ricorrenze civili o religiose) possa essere calcolato in giorno diverso dalla domenica. (*Omissis*)

(1) ANCORA SUL DIRITTO DI ASTENSIONE DAL LAVORO
NEI RIPOSI FESTIVI INFRASETTIMANALI

1. — *La vicenda all'origine del giudizio della Corte* — Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione, Sezione lavoro, affronta la nota problematica relativa alla garanzia del godimento effettivo delle festività infrasettimanali celebrative di ricorrenze civili o religiose.

Nella specie, la Corte d'Appello di Milano, in riforma della decisione di primo grado, aveva accolto il ricorso originariamente proposto dalla «Fondazione Teatro alla Scala» contro 159 dipendenti tecnici di palcoscenico, inteso a far accertare l'obbligo di detti dipendenti a rendere la prestazione lavorativa anche nelle giornate festive secondo la turnazione e l'organizzazione normale del lavoro e dei riposi (nella specie, i tecnici si erano astenuti dal lavoro, il 2 giugno 2001 (festa della Repubblica), in occasione della rappresentazione di un balletto).

La Corte d'Appello così argomentava: esiste una analogia per identità di *ratio* tra le due situazioni del riposo domenicale (che non rappresenta solo «una modalità di fruizione del riposo settimanale», come sostenuto dai resistenti) e del riposo festivo infrasettimanale, ambedue avendo una funzione (non di ristoro, coma tale ottenibile anche in giorno differente, ma) «di fruizione di tempo libero qualificato» (cioè di tempo di vita «che deve poter essere speso insieme al coniuge, ai figli, o ad altre persone con cui il lavoratore stesso intrattienga una relazione associativa o di altro genere»: P. Ichino, *L'orario di lavoro e i riposi*, in F. Schlesinger (dir.), *Commentario al codice civile. Sub artt. 2107-2109*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 154-155.); le due situazioni sono «molto vicine», «e pertanto appare utilizzabile in sede interpretativa *ex* art. 12, comma 2, disp. prel. cod. civ. il procedimento analogico»; è una forzatura escludere la derogabilità mediante contratto collettivo «della disciplina in tema di festività infrasettimanali quando è invece ammessa la deroga della disciplina della coincidenza della domenica con il riposo settimanale, espressione di un diritto costituzionalmente garantito» (cfr. il combinato disposto dell'art. 3, comma 1, e degli artt. 5 ss. della legge n. 370 del 1934, applicabile al caso di specie *ratione temporis*; si rammenta che

le lett. da *a* a *e* dell'art. 9, comma 3, del d.lgs. n. 66/2003, già modificato dal d.lgs. n. 213/2004, ricalcano in buona parte il contenuto dell'ormai abrogato art. 5, comma 1, legge n. 370/1934. Inoltre il comma 4 dello stesso art. 9 prevede che «sono fatte salve le disposizioni speciali che consentono la fruizione del riposo settimanale in giorno diverso dalla domenica, nonché le deroghe previste dalla legge 22 febbraio 1934, n. 370». Il d.lgs. n. 66/2003 nulla aggiunge, invece, alla specifica normativa sulle festività infrasettimanali; perciò – pur non potendosi «rintracciare la valvola di sfogo del sistema nella contrattazione collettiva» – deve riconoscersi la validità e l'applicabilità ai rapporti di lavoro dei tecnici resistenti della clausola contenuta nell'art. 110 c.c.n.l. enti lirici «che ha legittimamente disciplinato diversamente la fruizione delle assenze dal lavoro nelle festività settimanali degli attori».

Avverso la decisione del giudice d'appello i tecnici hanno proposto ricorso per Cassazione.

2. — *Il diritto di astensione dal lavoro festivo. Le argomentazioni della Suprema Corte* — È tuttora controverso se l'ordinamento garantisca il godimento effettivo delle festività infrasettimanali. Pur regolandone dettagliatamente l'aspetto economico, infatti, la legge non stabilisce con chiarezza se in tali giorni l'effettuazione della prestazione lavorativa sia vietata oppure, se consentita, sia rimessa alla scelta discrezionale del lavoratore o del datore di lavoro (art. 5, legge n. 260 del 1949, modificato dall'art. 1, legge 31 marzo 1954, n. 90, e dagli artt. 2, 3 e 4 di quest'ultima legge).

Secondo la tesi ancora oggi prevalente in dottrina e giurisprudenza, è legittima la prestazione di lavoro festivo, adombrata nella previsione *ad hoc* di una maggiorazione specifica (art. 5, legge n. 260/1949), ma al dipendente spetta un vero e proprio diritto soggettivo di astensione dal lavoro festivo (diritto indisponibile per le organizzazioni sindacali: v. oltre), implicante la facoltà di rifiutarne insindacabilmente l'effettuazione, mantenendo pur sempre il diritto alla normale retribuzione globale fissa, ove retribuito in misura fissa; tale diritto, tuttavia, ha carattere disponibile, deducibile dall'art. 5, legge n. 260, cit., il quale consente al lavoratore (con il consenso del datore di lavoro) di rinunciare al godimento della pausa e di trasformarla in giornata lavorativa (v. in tal senso Cass. 4 marzo 2004, n. 4435, in *NGL*, 2004, p. 518; Cass. 15 settembre 1997, n. 9176, in *FI*, 1999, I, c. 894, con nota di Casola; Cass. 23 settembre 1986, n. 5712, in *FI*, 1987, I, c. 855, con nota di Lambertucci; in dottrina si rinvia a P. Ichino, V. Rucci, *Festività*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Utet, Torino, VI, 1991, pp. 80 ss.).

A tale dominante orientamento aderisce la Suprema Corte nel caso di specie.

I giudici, accogliendo il ricorso dei dipendenti tecnici avverso la decisione della Corte d'Appello di Milano, hanno ribadito che: a) è configurabile per legge il «diritto soggettivo» del lavoratore all'astensione dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali; b) tale diritto non è espressamente previsto, ma può ricavarsi dal comma 1 dell'art. 5, legge n. 260 del 1949 (modificato dall'art. 3, legge n. 90 del 1954); c) la rinunciabilità al riposo nelle festività infrasettimanali non è rimessa né alla volontà esclusiva del datore di lavoro né a quella del lavoratore, ma al loro accordo; d) la normativa è su questi punti «completa e non necessita di integrazione in sede di applicazione giudiziaria», come invece argomentato sia dalla resistente (nel giudizio di Cassazione) «Fondazione Teatro alla Scala di Milano», sia dalla Corte d'Appello.

Sostiene in proposito la Corte Suprema che non sussiste alcun presupposto per fare ricorso al procedimento per analogia in sede interpretativa della disciplina sulle fe-

stività infrasettimanali, in quanto il legislatore ha espressamente limitato (*ex art. 5, commi 2 e 3, legge n. 260/1949*) il suo intervento alla regolamentazione del trattamento economico dovuto al lavoratore nel caso in cui «presti la sua opera nelle festività infrasettimanali» e, per escludere una deroga «generale» in forza di legge, ha (anche qui) espressamente fatto carico (art. unico, legge n. 520/1952) soltanto al «personale dipendente delle istituzioni sanitarie pubbliche e private» l'eventuale obbligo di prestare lavoro nelle suddette festività per ragioni inerenti alle esigenze di servizio.

3. — *Disponibilità in sede collettiva del diritto di astensione e onere probatorio* — Appare dunque evidente che non sussiste un obbligo «generale» a carico dei lavoratori di effettuare la prestazione nei giorni destinati *ex lege* per la celebrazione di ricorrenze civili e religiose.

Si pone a questo punto il quesito se una regola contrattuale collettiva (nella specie, la clausola di cui all'art. 110 c.c.n.l. enti lirici, invocata dalla Fondazione resistente) possa legittimamente prevedere un siffatto obbligo.

Vale forse la pena di precisare che se certamente la contrattazione collettiva non può restare prigioniera della legge o del suo stesso passato e che, in questo secondo caso, non vi è ragione che ciò accada, dal momento che il mandato attribuito al sindacato dalla volontà dei lavoratori non potrebbe che essere pieno e senza riserve, tuttavia la sfera della possibile disposizione di posizioni individuali deve essere definita con una certa cautela, non solo per quanto attiene alle tradizionali spettanze patrimoniali già maturate (si pensi, ad esempio, a una transazione su arretrati fatta con contratti collettivi), ma anche per quel che riguarda certi poteri di disposizione dei rapporti di lavoro (cfr. P. Lambertucci, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Cedam, Padova, 1990, *passim*).

Un simile atteggiamento di rispetto, se da una parte sembra porre al sindacato un compito più arduo, dall'altra costituisce incentivo a una azione più intensa e fruttuosa, giacché la possibilità di una critica giudiziaria, dall'esterno, al proprio operato, condotta in nome di diritti individuali violati, costituisce indubbiamente uno sprone all'acquisizione di consensi effettivi a una azione sindacale che sconta sacrifici momentanei in vista di un miglioramento della situazione futura dei prestatori di lavoro (cfr., sul punto, M. Dell'Olio, *Sindacato dei lavoratori (diritto vigente)*, in *ED*, XLII, Milano, 1990, pp. 668 ss., nota 6).

Ma torniamo al nostro commento.

In una decisione di alcuni anni fa, richiamata nella motivazione della sentenza in commento, la Suprema Corte ha precisato che — nel caso, trattato in quel particolare giudizio, di contrattazione collettiva di categoria che aveva espressamente previsto che la fruizione delle festività infrasettimanali fosse subordinata alle esigenze aziendali — «il rapporto tra norma legale e norma contrattuale rispetta la dicotomia regola-eccezione: la regola generale (di fonte legale) è quella dell'astensione dal lavoro; l'eccezione (di fonte contrattuale collettiva) è quella dell'obbligo per il lavoratore di effettuare la prestazione lavorativa anche nel giorno festivo, (per cui) l'esistenza di "esigenze aziendali", prevista dalla normativa contrattuale collettiva, costituisce il presupposto perché dall'applicazione della regola si passi all'applicazione dell'eccezione, talché chi invoca la norma contrattuale (di eccezione) per paralizzare la norma legale (di riconoscimento in generale del diritto del lavoratore ad astenersi dalla prestazione lavorativa) deve provarne i presupposti: dall'evidenziato rapporto regola-eccezione discende che è il datore di lavoro che allegghi l'applicazione della norma contrattuale, che tale

eccezione rechi alla regola legale, a dover provare la sussistenza del presupposto di fatto, ossia le esigenze aziendali» (Cass. 4 marzo 2004, n. 4435, cit.).

Orbene, nel caso di specie – osservano i giudici della S.C. – non è stata allegata dalla Fondazione ricorrente l'esistenza di una disposizione del contratto collettivo di contenuto strettamente analogo a quello di cui alla fattispecie giudiziaria da ultimo citata, sicché – a parte «l'inesistenza assoluta di riscontri probatori sul punto considerato» nella fattispecie giudiziaria stessa – non possono i giudici che aderire all'indirizzo giurisprudenziale a mente del quale un contratto collettivo non può «comportare il venir meno di un diritto già acquisito dal singolo lavoratore (come il diritto ad astenersi dal lavoro nelle festività infrasettimanali), non trattandosi di diritto disponibile per le organizzazioni sindacali», se non nel caso in cui il titolare del diritto stesso abbia conferito mandato *ad hoc* (v., per il virgolettato, Cass. 15 settembre 1997, n. 9176, cit.).

Bisogna peraltro ricordare che anche altre posizioni individuali hanno suscitato gravi perplessità sia in dottrina che in giurisprudenza (cfr. P. Lambertucci, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, cit., p. 14), e riguardano, ad esempio, tutte quelle ipotesi in cui l'associazione sindacale finirebbe con l'esercitare poteri di modifica del rapporto individuale a cui tradizionalmente è legittimato solo il singolo: ridurre l'orario al di sotto dei limiti convenuti pattiziamente, o sospendere del tutto il rapporto di lavoro ai fini del ricorso alla Cassa integrazione guadagni (cfr., da ultimo, Cass. 27 febbraio 2004, n. 2362, secondo cui è peraltro indispensabile, per la validità di tali accordi, che i lavoratori interessati – anche se iscritti alle associazioni sindacali stipulanti – abbiano conferito ai rappresentanti sindacali l'incarico di stipularlo, oppure che provvedano a ratificare l'operato, trattandosi di accordo che incide immediatamente sulla disciplina dei contratti individuali di lavoro e sui diritti di cui i singoli sono già titolari), oppure concedere dilazioni su spettanze in corso di maturazione.

Andrea Allamprese
Assegnista di ricerca, Università Politecnica delle Marche

CASSAZIONE, Sez. lav., 6 luglio 2005, n. 14215; Pres. Ciciretti, Est. D. L. Miani Canevari, P.M. Matera (Conf.); Petruzzi (avv. Mastrangeli) c. A.I.S.P. Azienda Servizi e partecipazioni (avv.ti Biscotto, Scognamiglio). Cassa con rinvio app. Perugia 12 novembre 2002.

Lavoro a tempo parziale – Accordo sindacale di trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale – Determinazione unilaterale delle clausole elastiche – Illegittimità – Effetti.

Il rifiuto del lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro da tempo indeterminato a tempo parziale non è causa di giustificazione del licenziamento quando è motivato dall'apposizione unilaterale di clausole elastiche da parte del datore di lavoro (Massima non ufficiale) (1).

(*Omissis*)

1.1. Con il primo complesso motivo si denunciano i vizi di violazione e falsa applicazione dell'art. 36 Cost., degli artt. 3, 5 e 15, legge 15 luglio 1966, n. 604, 18, legge 20 maggio 1970, n. 300, 5, legge 19 dicembre 1984, n. 863, 1362 e seguenti cod. civ., 1418 cod. civ., nonché difetto di motivazione.

Si rileva anzitutto che l'Accordo del 3 giugno 1996, con il quale era stata convenuta la riduzione dell'orario di lavoro del personale del reparto, con ricorso all'istituto del *part-time*, poneva come condizione l'accordo di tutti gli addetti considerati, essendo altrimenti destinato a rimanere privo di effetto.

1.2. Si deduce poi che le risultanze istruttorie confermano l'assunto della ricorrente, la quale si era rifiutata di aderire alla trasformazione del rapporto in quanto la società datrice di lavoro pretendeva, a fronte di una prestazione di sole 24 ore settimanali, che la lavoratrice ponesse tutte le sue energie lavorative a disposizione della stessa società, espletando la sua attività con orari variabili in relazione alle richieste dell'azienda, e quindi secondo una «clausola di elasticità» assolutamente illegittima.

Viene così criticata la sentenza impugnata, che ha affermato la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento trascurando questo aspetto relativo alla imposizione di clausole elastiche; a tal fine la Corte Territoriale ha dato esclusivo rilievo alle indicazioni tratte dai contenuti dei contratti individuali sottoscritti dal-

le altre dipendenti, confondendo le prestazioni di lavoro supplementare con quelle ordinarie, e affermando erroneamente che le modifiche dell'orario presupponevano, nel nuovo schema di rapporto, il consenso della lavoratrice. Si ribadisce quindi che la sig. Petruzzi aveva rifiutato la trasformazione del rapporto solo in quanto la stessa comportava una variabilità della distribuzione temporale dell'orario di lavoro, rimessa a determinazioni unilaterali del datore di lavoro.

1.3. Sotto un ulteriore profilo si deduce che la controparte non ha fornito la prova, ai fini della dimostrazione della sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di recesso, della impossibilità di adibire il lavoratore all'interno dell'impresa.

2. Con il secondo motivo, denunciando i vizi di violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 6, legge 15 luglio 1966, n. 604, 18, legge n. 300/1970, 5, legge 19 dicembre 1984, n. 863, 1353, 1362 e seguenti, 1372 cod. civ., nonché difetto di motivazione, si sostiene che il rifiuto opposto dalla sig. Petruzzi alla trasformazione del rapporto ha comportato l'inefficacia dell'Accordo sindacale 3 giugno 1966, sicché il recesso risulta fondato su un atto inefficace, che non poteva essere invocato per giustificare provvedimenti di carattere espulsivo; l'accertata inefficacia dell'accordo avrebbe costretto le parti a riesaminare il problema occupazionale, imponendo quindi alla datrice di lavoro di procedere a licenziamenti collettivi.

3. Per ragioni di ordine logico appare opportuno esaminare in primo luogo i profili di censura di cui al punto 1.1. e 2., che attengono ai riflessi della dedotta inefficacia dell'Accordo sindacale del 3 giugno 1966.

L'impostazione proposta dalla ricorrente non può esser condivisa, dovendosi rilevare che la stipulazione di detto accordo non poteva comunque direttamente incidere sui diritti soggettivi dei lavoratori interessati, né costituire comunque una causa di giustificazione del licenziamento impugnato, indipendentemente dalla efficacia del patto; come osserva la controparte, l'accordo deve essere considerato come un mero presupposto storico della situazione di fatto che ha dato luogo all'atto di recesso, e in relazione alla quale va verificata la sussistenza o meno del giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della legge n. 604/1966.

Tale situazione è indicata nella motivazione del provvedimento di cui alla lettera del 26 giugno 1966, ove si legge che a causa del rifiuto alla trasformazione del rapporto della sig. Petruzzi «la sua posizio-

ne è conseguentemente divenuta esorbitante nel contesto della organizzazione produttiva, procurando diseconomie di gestione e aggravio di costi aziendali».

4.1. Il profilo di censura di cui al punto 1.2. merita accoglimento per le seguenti considerazioni:

Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento – nella cui nozione rientra anche l'ipotesi di riassetto organizzativi attuati per la più economica gestione dell'azienda, funzionali a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti, le quali influiscano in modo decisivo sulla normale attività produttiva e impongano un'effettiva necessità di riduzione dei costi – richiede che le ragioni inerenti all'attività produttiva siano tali, nella loro oggettività e non in forza di un atto del datore di lavoro che presenti margini di arbitrarietà, da determinare, con stretto nesso di consequenzialità, l'inutilizzabilità della posizione lavorativa considerata (cfr. tra le altre Cass. 20 dicembre 1995, n. 12999, 13 novembre 2001, n. 14093, 9 luglio 2001, n. 9310).

Nell'ipotesi di licenziamento motivato da determinate esigenze relative a una riorganizzazione aziendale finalizzata a una più economica gestione, la impossibilità di trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale può in astratto configurare il giustificato motivo obiettivo di recesso (v. Cass. 3 settembre 1991, n. 9344, n. 9310/2001, cit.) Peraltro, pur dovendosi comunque escludere una valutazione della discrezionale scelta organizzativa effettuata dall'imprenditore sotto il profilo della sua congruità e opportunità, le circostanze che impediscono di utilizzare totalmente il lavoro offerto dal dipendente a tempo pieno devono essere verificate in relazione al motivo economico organizzativo della soppressione del posto, e quindi, nel caso di specie, con riguardo alle inderogabili esigenze aziendali di utilizzazione variabile del personale a tempo parziale.

4.2. Sotto questo profilo, il modello organizzativo adottato per la riorganizzazione del reparto deve essere confrontato con lo schema negoziale del contratto a tempo parziale prescelto per l'utilizzazione del personale, regolato dalla disciplina precedente all'entrata in vigore del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 (art. 5 della legge n. 863 del 1984).

In questo assetto normativo, le cosiddette clausole elastiche, che consentono al datore di lavoro di richiedere «a comando» la prestazione lavorativa dedotta in un contratto di *part-time*, sono illegittime, atteso che l'esigenza della previa pattuizione bilaterale della ri-

duzione di orario comporta che, se le parti concordano per un orario giornaliero inferiore a quello ordinario, di tale orario deve essere determinata la collocazione nell'arco della giornata, e che, se parimenti le parti convengono che l'attività lavorativa debba svolgersi solo in alcuni giorni della settimana o del mese, anche la distribuzione di tali giornate lavorative sia previamente stabilita (giurisprudenza costante: v. Cass. 26 marzo 1997, n. 2691 e successive conformi: da tale orientamento non si discosta Cass. 7 luglio 2000, n. 9134, richiamata da parte resistente).

Conseguentemente, l'impossibilità di utilizzazione delle prestazioni della dipendente a tempo pieno può essere prospettata solo nel quadro di un modello organizzativo caratterizzato dalla corretta utilizzazione dello strumento negoziale previsto dalla citata norma dell'art. 5 della legge n. 863/1984, che, nel quadro di una rigorosa predeterminazione della collocazione temporale dell'orario di lavoro, escludeva la possibilità di attribuire al datore di lavoro la facoltà di disporre unilateralmente variazioni di tali coordinate dei tempi della prestazione (la legittimità delle cd. clausole elastiche ha trovato il suo riconoscimento solo con la riforma del d.lgs. n. 61/2000, ma nell'ambito di appositi patti di variabilità della distribuzione dell'orario, sottoposti a specifici vincoli).

4.3. In proposito, la Corte Territoriale ha disatteso l'assunto della ricorrente, relativo all'illegittimità del *part-time* proposto, rimesso quanto ai tempi della prestazione alle esclusive determinazioni del datore di lavoro, considerando il contenuto dei contratti sottoscritti dalle altre dipendenti, che prevedevano un orario di lavoro articolato in 24 ore settimanali dal lunedì al venerdì «secondo orari ben precisi e predeterminati», con la possibilità di prestazioni supplementari rispetto a quelle concordate. Nella sentenza impugnata si afferma quindi che l'orario era normalmente predeterminato, e «ciò che era elastico era la previsione di prestazioni supplementari» (da ritenere legittime in quanto concordate con il lavoratore); che «la previsione astratta di un lavoro supplementare, come pure di una modifica dell'orario, peraltro previsto come eccezionale, non è illegittima, tanto più laddove le variazioni possono essere concordate; che a cambiamenti dell'orario con l'accordo dei dipendenti ha fatto riferimento la deposizione del teste Muscato (responsabile dello stabilimento)». Nella decisione si conclude quindi che «la mutevolezza dell'orario non risulta indiscriminata, al di fuori di ogni predeterminazione, preavviso e soprattutto consenso, cioè rimessa all'arbitrio del datore

di lavoro, ed escludendo ogni considerazione delle esigenze obiettive, nell'accordo con i lavoratori, e comunque previo preavviso».

4.4. Tale motivazione non si sottrae alle puntuali critiche della ricorrente, che ha richiamato specifici passi delle deposizioni rese da diversi testi escussi ove si fa riferimento a una riorganizzazione del reparto caratterizzata da una «flessibilità» indipendente dalla predeterminata distribuzione dell'orario, e connessa, secondo le parole di uno dei testimoni, a orari «reali» diversi da quelli stabiliti, e cambi di orario «comunicati» anche il giorno prima.

La Corte Territoriale ha omesso di valutare queste risultanze probatorie, soffermando il proprio esame sulle modalità contrattualmente previste per l'esecuzione di prestazioni supplementari concordate, anziché sugli elementi rilevanti ai fini della prova dell'attribuzione al datore di lavoro, con il nuovo contratto, di una facoltà di variazione unilaterale della distribuzione dei tempi della prestazione, con la relativa esclusione della programmabilità del tempo libero della lavoratrice. (*Omissis*)

(1) CLAUSOLE ELASTICHE E «PROGRAMMABILITÀ DEL TEMPO LIBERO» DEL LAVORATORE

Con la sentenza n. 14215 del 2005 la Suprema Corte decide sulla legittimità del licenziamento a fronte del rifiuto opposto da una lavoratrice alla trasformazione del proprio rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, richiesta di trasformazione avanzata dal datore di lavoro in virtù di un accordo sindacale nel quale era stato concordato il mutamento, a tempo parziale, del rapporto di lavoro di alcuni dipendenti, al fine di evitare la riduzione del personale.

La sentenza in esame sottolinea che l'accordo collettivo non può «incidere sui diritti soggettivi dei lavoratori» e deve essere considerato come «un mero presupposto storico» ma non si sofferma sul tema dell'efficacia dell'accordo collettivo come causa di giustificazione del licenziamento del dipendente che rifiuti di accettare quanto convenuto a livello collettivo. La Corte di Cassazione preferisce svolgere il proprio ragionamento partendo dalla situazione di fatto che ha dato luogo al licenziamento verificando «gli elementi di fatto esistenti al momento della comunicazione del recesso, la cui motivazione deve trovare fondamento in circostanze realmente esistenti...» (v. al riguardo, Cass. 22 aprile 2000, n. 5301, in *NGL*, 2000, p. 753; Cass. 14 dicembre 2002, n. 17928, in *MFI*, 2002; Cass. 20 agosto 2003, n. 12261, in *MGL*, 2003, p. 940). Si tratta, cioè, di accertare l'impossibilità per il datore di lavoro, nell'ipotesi di riassetto organizzativo attuato per la più economica gestione dell'azienda, di sostenere economicamente un lavoratore a tempo pieno. La sentenza in commento, richiamando una precedente decisione (Cass. 18 novembre 1998, n. 11646, in *DL*, 2000, II, p. 31, con nota di M. Lepore, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento, onere della prova e limiti al sindacato del giudice*), afferma che «la nozione di giustificato mo-

tivo oggettivo di licenziamento è riconducibile anche all'ipotesi del riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall'imprenditore non semplicemente per un incremento del profitto, ma per far fronte a sfavorevoli situazioni, non meramente contingenti, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva e che impongano un'effettiva riduzione dei costi». In tal senso, v. Cass. 6 settembre 1996, n. 8114, in *MGL*, 1996, p. 745, annotata da L. Venditti, nella quale si afferma che non costituisce giustificato motivo di licenziamento il rifiuto di lavorare secondo la nuova distribuzione temporale dell'orario *part-time*, che sia volta, non a fronteggiare una soppressione del posto di lavoro, ma al solo scopo di rendere la prestazione più utile e vantaggiosa per l'azienda. Il controllo giudiziale, tuttavia, non entra nel merito delle scelte organizzative effettuate dall'imprenditore, protette, quali espressione della libertà di iniziativa economica, dall'art. 41 Cost., ma si limita alla valutazione circa la effettiva sussistenza del motivo adottato dall'imprenditore, mediante un apprezzamento delle prove, incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua, logicamente coerente e completa. Sull'orientamento dominante della giurisprudenza in materia di insindacabilità delle scelte datoriali v., per la giurisprudenza meno recente, cfr. per tutte Cass., Ss.Uu., 27 febbraio 1979, n. 1270, in *FI*, 1979, I, c. 605. Da ultimo cfr. Cass. 13 ottobre 1997, n. 9967, in *RIDL*, 1998, II, p. 327, con nota di A. Pizzoferrato; Cass. 4 Settembre 1997, n. 8505, in *DL*, 1998, II, p. 178, con nota di G. Della Rocca; Cass. 6 aprile 1999, n. 3312, in *RIDL*, 2000, II, p. 136, con nota di G. Zilio Grandi; Cass. 13 Novembre 1999, n. 12603, in *OGI*, 2000, p. 186; Cass. 16 dicembre 2000, n. 15894, in *NGL*, 2001, p. 340; Cass. 29 Marzo 2001, n. 4670, *ibidem*, 2001, p. 461; Cass. 16 maggio 2003, n. 7717, in *RIDL*, 2003, II, p. 819, con nota di V. A. Poso. Minoritario ma significativo è l'orientamento giurisprudenziale che considera legittime, ai fini della giustificazione del licenziamento, solo le riorganizzazioni nelle quali l'esigenza di riduzione dei costi è imposta non da un generico e astratto timore di conseguenza sfavorevoli, ma da una concreta e seria ragione (v. Cass. 18 novembre 1998, n. 11646, cit.; Cass. 29 marzo 1999, n. 3030, in *OGI*, 2000, p. 186; Cass. 14 giugno 2000, n. 8135, *ibidem*, 2000, p. 742; fra gli Autori, C. Ogriseg, *Libertà delle scelte economiche-organizzative e licenziamento per g.m.o. del lavoratore a tempo parziale*, in *RIDL*, 2002, II, p. 619). In sostanza dalla prosecuzione del rapporto di lavoro devono derivare, complessivamente per l'azienda, costi superiori rispetto all'utilità prodotta, in altre parole il licenziamento è giustificato quando la prosecuzione del rapporto di lavoro si traduca in una perdita economica per il datore di lavoro. La perdita, ovviamente, deve essere superiore a una certa soglia, altrimenti, la norma né risulterebbe svuotata di ogni effetto limitativo della facoltà di recesso. Ciò significa che, entro un determinato limite, l'impresa deve farsi carico della prosecuzione del rapporto anche in perdita. (P. Ichino, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *RIDL*, 2002, I, p. 473).

In linea di continuità con la giurisprudenza prevalente la sentenza in commento ammette che il rifiuto del lavoratore di accettare la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, qualora una ristrutturazione aziendale lo renda necessario, possa costituire giustificato motivo di licenziamento *ex art. 3* della legge 15 luglio 1966, n. 604. In senso conforme sulla medesima materia v. Cass. n. 9344 del 3 settembre 1991, in *RIDL*, 1992, II, p. 1001, annotata da A. Topo, *Il rifiuto di trasformare il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale come giustificato motivo di licenziamento*, nella quale si afferma che, in conseguenza della riorganizzazio-

ne dell'attività aziendale, costituisce giustificato motivo oggettivo di licenziamento l'impossibilità di utilizzare le prestazioni di lavoratori a tempo pieno, salva la trasformazione del relativo rapporto a tempo parziale. La complessiva riorganizzazione dell'impresa può rendere, infatti, sovrachia la prestazione. In base a tali considerazioni la Corte di Cassazione rigetta il primo motivo di ricorso della ricorrente relativo alla giustiziabilità delle scelte imprenditoriali.

Il secondo motivo di ricorso attiene alle concrete modalità della prestazione di lavoro. La lavoratrice denuncia la richiesta datoriale che, a fronte di una prestazione di sole 24 ore settimanali, impone orari variabili in relazione alle esigenze dell'azienda, e quindi secondo una «clausola di elasticità» assolutamente illegittima. La Cassazione, nella decisione in commento, risalendo l'Accordo collettivo del 1996, inquadra lo schema contrattuale del *part-time* nella disciplina prevista dall'art. 5, comma 2, della legge 19 dicembre del 1984, n. 863, nel quale le cd. «clausole elastiche» erano previste come illegittime. Bacchetta, dunque, le conclusioni della Corte Territoriale che omette di valutare le risultanze probatorie, in base alle quali è possibile dedurre una flessibilità della riorganizzazione del reparto non conforme alla predeterminata distribuzione dell'orario fissata nel contratto e il potere del datore di lavoro di variare unilateralmente la distribuzione dei tempi della prestazione. La Corte di Cassazione, constatando che le modalità del rapporto di lavoro, nella loro concreta attuazione (e non nel loro contenuto nominale) violano la disciplina prevista nell'art. 5 della legge n. 863/1984, ritiene illegittime le clausole elastiche e accoglie il motivo della ricorrente. L'abrogazione dell'art. 5 della legge n. 863/1984 a opera del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, e le innovazioni contenute nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, lasciano in vigore, infatti, le clausole contrattuali stipulate sulla base della vecchia normativa.

È utile rammentare che le clausole elastiche sono state in un primo tempo ritenute legittime dalla giurisprudenza della Suprema Corte (v. Cass. 22 marzo 1990, n. 2382, in *RIDL*, 1990, II, p. 630, con nota di P. Ichino, *Interessi individuali, collettivi e dell'impresa in materia di distribuzione dell'orario di lavoro*). Successivamente è intervenuta la Corte Costituzionale (v. Corte. Cost. 11 maggio 1992, n. 210, in *RIDL*, 1992, II, p. 731, con nota di P. Ichino, *Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte Costituzionale*), la quale, con decisione interpretativa di rigetto, nel dichiarare infondata la questione di costituzionalità dell'art. 5, comma 2, d.l. n. 726 del 1984, convertito nella legge n. 863 dello stesso anno, ha, tuttavia, escluso l'ammissibilità delle clausole elastiche laddove importino il riconoscimento del datore di lavoro di disporre *ad libitum* della prestazione e non entro coordinate temporali contrattualmente determinate e oggettivamente predeterminabili (cd. lavoro a comando).

La Corte Costituzionale, nella sentenza citata, ha sottolineato come il *part-time* lasci al lavoratore un periodo temporale di non lavoro, «la cui programmabilità [...] deve essere salvaguardata, anche dall'ovvio fine di consentirgli di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione sufficiente» ai sensi dell'art. 36 della Cost.

Le successive decisioni della Corte di Cassazione si sono adeguate alle indicazioni della Corte Costituzionale: v. Cass. 17 marzo 1997, n. 2340, e Cass. 26 marzo 1997, n. 2691, entrambe in *RIDL*, 1997, II, p. 749, con nota di A. Bollani, *Nuovi orientamenti della Cassazione in tema di clausole elastiche nel part-time*.

Anche il giudice di merito in tema di *part-time* ha ritenuto le clausole elastiche contrarie a quanto disposto dal comma 2 dell'art. 5 della legge n. 863/1984 (Trib. Milano 21 luglio 2001, *D&L*, 2001, p. 989), ponendo limiti alla contrattazione col-

lettiva la quale non «può consentire una regolamentazione contrattuale che autorizzi il datore di lavoro a modificare ripetutamente la distribuzione dell'orario di lavoro, poiché in tal modo verrebbero vanificati la *ratio* e i principi cui è ispirata la disciplina legale» (v. Trib. Milano, 16 luglio 2002, *D&L*, 2003, p. 118, con nota di Schettini).

Le modifiche e innovazioni intervenute nel 2000, con il d.lgs. n. 61 e successivamente con d.lgs. n. 276 del 2003, hanno introdotto elementi di profonda rottura con la disciplina antecedente, in particolare quella prevista dall'art. 5, legge n. 863/1984.

Il primo provvedimento riconosce esplicitamente alle parti la facoltà di inserire, nel contratto individuale di lavoro a tempo parziale, clausole che conferiscano al datore di lavoro il potere di variare la collocazione temporale della prestazione lavorativa rispetto a quella inizialmente concordata; di tale variazione i contratti collettivi stabiliscono condizioni e modalità. Il secondo estende ancora di più la possibilità di apporre clausole elastiche nel contratto a tempo parziale e stabilisce, inoltre, che il termine minimo di preavviso entro cui comunicare la variazione di orario è normalmente di 2 giorni, e non più di 10, restringendo i margini di garanzia per il lavoratore esposto alla variazione d'orario (V. Bavaro, *Una questione sul tempo contrattuale del lavoro (a proposito di orario ridotto, modulato o flessibile)*, in q. *Riv.*, 2004, I, p. 391).

Il meccanismo che consente di introdurre clausole elastiche nel contratto individuale di lavoro a tempo parziale, anche a tempo determinato, può dirsi espressione diretta della flessibilità unilaterale, poiché costituisce oggetto formalmente di uno specifico accordo, ma di fatto è rimesso al potere unilaterale del datore di lavoro. La ragione deve essere ricercata nell'assenza quasi totale dell'azione dell'autonomia collettiva, che in passato ha svolto una funzione «autorizzativa» delle dette clausole. La rivisitazione del 2003, infatti, ha determinato un'attenuazione del ruolo dell'autonomia collettiva, spesso a favore di quella individuale, lasciando arbitro il datore di lavoro di modificare la collocazione temporale della prestazione del *part-time* (O. Dessi, *Il lavoro a tempo parziale: un'ipotesi di discriminazione o di flessibilità*, in q. *Riv.*, 2004, I, p. 141; N. Coccia, *Le modifiche al regime del part-time; l'art. 46 d.lgs. 276/03*, in *D&L*, 2003, p. 831; F. Cardone, *Riflessione in tema di contratto di lavoro part-time e nullità di clausola elastica*, in *MGL*, 2004, p. 275; M. Papaleoni, *Il nuovo part-time – Nel settore privato e pubblico*, Cedam, Padova, 2004, p. 394).

La sentenza annotata, tuttavia, nell'*iter* argomentativo che conduce all'annullamento con rinvio indica un principio da osservare nella valutazione della apposizione delle clausole elastiche che non subisce affievolimento, nonostante i più recenti interventi legislativi. La valutazione della legittimità di dette clausole dovrà essere condotta sulle risultanze probatorie circa il concreto svolgimento della prestazione, al fine di garantire che il potere unilaterale di variazione della distribuzione dei tempi della prestazione non vanifichi il diritto del lavoratore alla programmabilità del tempo libero.

Fabio Bitto

Collaboratore nell'Università di Messina

CASSAZIONE, 27 luglio 2005, n. 15661, Sezioni Unite – Pres. Carbone, Est. Roselli, P.M. Iannelli (Conf.) – Leporatti (avv.ti Pellegrini e Alibrandi) contro I.N.A.I.L. (avv.ti Catania e Raspanti).

Controversie – Prescrizione – Interruzione – Eccezione – Natura giuridica – Rilevabilità d'ufficio.

Prestazioni previdenziali – Istituti di patronato – Richiesta – Prescrizione – Effetto interruttivo.

L'eccezione di prescrizione va ascritta al novero delle eccezioni in senso stretto, in quanto essa consiste nella contrapposizione da parte del convenuto in giudizio di fatti che, senza escludere il rapporto affermato dall'attore, attribuiscano per legge un potere ad impugnandum ius, ossia rivolto a estinguere in tutto o in parte il diritto dell'avversario (1).

Diverso è il carattere della eccezione di interruzione, atteso che l'attore non può considerarsi titolare di alcuna posizione soggettiva diversa da quella dedotta in giudizio, ma semplicemente in grado di contrapporvi un fatto dotato di efficacia interruttiva, compreso nell'interesse sostostante il diritto azionato (2).

Quella di interruzione della prescrizione è eccezione in senso lato e può pertanto essere rilevata d'ufficio dal giudice in qualunque stato e grado, sulla base delle prove ritualmente acquisite al processo; né il principio di speditezza del procedimento, ora espresso nel capoverso dell'art. 111 Cost., comporta l'obliterazione della distinzione fra eccezioni rilevabili d'ufficio ed eccezioni in senso stretto, voluta dal legislatore ex art. 112 cod. proc. civ. (3).

La richiesta della prestazione previdenziale, rivolta all'Ente assicuratore da un Istituto di patronato per conto dell'assicurato, interrompe la prescrizione del relativo diritto, anche in difetto di delega, stante il potere di rappresentanza attribuito ai detti Istituti, dall'art. 1, d.lgs. C.p.S. n. 804 del 1947 (4).

(Omissis) Con un primo motivo, in sostanza denunciante la violazione degli artt. 112, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, 2943 cod. civ., e 112 cod. proc. civ., egli osserva di avere allegato al ricorso di primo grado (documento n. 8) una lettera con cui la U.I.L. Ital, ente di patronato, in data 2 agosto 1996, ossia certamente entro il triennio di cui all'art. 112 d.P.R. cit., chiedeva all'Inail il riconosci-

mento della malattia professionale, e con ciò la prestazione previdenziale. Tale atto, interruttivo della prescrizione in quanto valido a costituire in mora il debitore (art. 2943, cit.), avrebbe dovuto essere esaminato dal pretore d'ufficio, vale a dire anche in difetto di un'eccezione di interruzione della prescrizione.

Con un secondo motivo il ricorrente, richiamando l'art. 1, d.lgs. C.p.S. 29 luglio 1947, n. 804, sostiene, contrariamente a quanto affermato dal Tribunale (peraltro con erroneo riferimento alle associazioni sindacali), il potere dell'ente di patronato di rappresentare i lavoratori iscritti quanto alla richiesta di prestazioni previdenziali, e quindi di interrompere la prescrizione dei relativi crediti.

Il primo motivo è fondato.

Con esso il ricorrente pone alla Corte la questione se l'eccezione di interruzione della prescrizione debba considerarsi come eccezione in senso lato, ossia rilevabile anche dal giudice in ogni stato e grado del processo purché sulla base di elementi probatori ritualmente acquisiti, oppure come eccezione in senso stretto, ossia non rilevabile d'ufficio e perciò assoggettata, nel processo del lavoro, alle preclusioni disposte nei capoversi degli artt. 416 e 437 cod. proc. civ. (e nel processo ordinario nell'art. 345, comma 2, dello stesso codice).

È da osservare che il legislatore presuppone la distinzione tra i due tipi di eccezione, ma non la definisce e l'affida così all'interprete: infatti, l'art. 112 cod. cit., secondo cui il giudice non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti, suole essere considerato come norma in bianco, ossia da completare in sede di applicazione quanto alla nozione di eccezione officiosa oppure riservata all'iniziativa di parte.

Talvolta è lo stesso legislatore a esonerare l'interprete da questo compito, escludendo espressamente la rilevabilità d'ufficio: così, fra i numerosi possibili esempi, nell'art. 1242, comma 1, cod. civ. quanto all'eccezione di compensazione; nell'art. 1442, comma 4, quanto all'eccezione di annullabilità del contratto; nell'art. 1460, comma 1, quanto all'eccezione di inadempimento; e, per ciò che più da vicino attiene alla materia qui in questione, nell'art. 2938 quanto all'eccezione di prescrizione.

Al di fuori di questi casi, nei quali l'interprete deve semplicemente uniformarsi alla chiara lettera della legge, la nozione di eccezione in senso stretto è rimasta a lungo controversa anche nella giurisprudenza di questa Corte, la quale tuttavia con la sentenza,

pronunciata a Sezioni Unite, 3 febbraio 1998, n. 1099, ha provveduto alla sistemazione della materia.

La semplice contestazione dei fatti posti dall'attore a base della propria pretesa viene considerata come «mera difesa» (non è stato accolto il termine «obiezione», proposto dalla dottrina fra le due guerre) mentre l'ammissione di quei fatti, accompagnata dalla deduzione dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi (ad es. il pagamento del debito), è definita come «eccezione in senso lato».

La suddetta sentenza considera come «eccezione in senso stretto» quella consistente nella contrapposizione, da parte del convenuto in giudizio, di fatti che, senza escludere il rapporto affermato dall'attore, attribuiscano per legge un potere *ad impugnandum ius*, ossia rivolto a estinguere in tutto o in parte il diritto dell'avversario. In questi casi, aggiungono le Sezioni Unite, il legislatore costruisce la fattispecie in modo tale che la presenza di determinati fatti non ha di per sé efficacia modificativa, impeditiva o estintiva, ma la consegue per il tramite di una manifestazione di volontà dell'interessato, da sola ovvero seguita da un accertamento giudiziale.

Le Sezioni Unite si riferiscono in tal modo all'esercizio di un diritto potestativo da parte del convenuto (diritto di annullamento, di rescissione, di risoluzione), il cui esercizio in giudizio da parte del titolare è necessario perché si verifichi il mutamento della situazione giuridica. In questi casi la manifestazione della volontà dell'interessato come elemento integrativo della fattispecie difensiva esclude che, pur acquisita al processo la conoscenza di fatti rilevanti, il giudice possa desumerne l'effetto senza l'apposita istanza di parte.

Soltanto a questa è rimessa la scelta del mezzo difensivo, così che l'interesse a valersi dell'eccezione non è necessariamente legato all'interesse a resistere alla pretesa attrice e, ulteriore conseguenza, la volontà di non valersi di quel mezzo rende facilmente tollerabile – per usare espressioni di una ormai risalente dottrina – l'eventuale ingiustizia della sentenza: la parte dovrà imputare la soccombenza solo a sé stessa, ossia alla propria assenza di volontà.

La nozione di eccezione in senso stretto accolta nella sentenza n. 1099 del 1998 viene riaffermata dalle stesse Sezioni Unite con la sentenza 25 maggio 2001, n. 226, in tema di rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di giudicato esterno, nonché dalle sentenze 1° aprile 2004, n. 6450, 8 aprile 2004, n. 6943, e 21 agosto 2004, n. 16501.

4. Malgrado la sistemazione della materia nel senso testè illustrato, sulla questione, ora in esame, della qualificazione dell'eccezione

di interruzione della prescrizione, permane un contrasto di giurisprudenza. Prima della citata pronuncia di queste Sezioni Unite n. 1099 del 1998 la giurisprudenza della Corte la definiva costantemente come eccezione in senso stretto, non affrontando però la generale questione del concetto di eccezione processuale e le relative distinzioni, ma semplicemente parlando di «controeccezione», da opporre a quella, omogenea, di prescrizione (tra le numerose, Cass. 7 dicembre 1996, n. 10904; 1° ottobre 1997, n. 9583; 25 ottobre 1997, n. 10526).

Non mancava tuttavia una giurisprudenza secondo cui, estintosi il giudizio e iniziato un nuovo processo, il giudice di questo poteva rilevare l'interruzione istantanea, prodotta dal primo atto introduttivo *ex art.* 2945, comma 3, cod. civ., in presenza della sola eccezione di prescrizione (Cass. 6 agosto 1966, n. 2167; 24 ottobre 1974, n. 3111; 24 ottobre 1978, n. 4810).

L'affermazione dell'eccezione in senso stretto permaneva anche dopo la sentenza n. 1099 del 1998, con numerose pronunce, che unificavano ancora il regime dell'eccezione *ex art.* 2938 e della controeccezione, senza peraltro confutare, almeno espressamente, gli argomenti di detta sentenza (tra le più recenti, Cass. 20 giugno 2002, n. 9016; 27 giugno 2002, n. 9378; 12 luglio 2002, n. 10137; 14 novembre 2002, n. 16032; 28 luglio 2003, n. 15188; 14 luglio 2004, n. 14276).

Cass. 25 marzo 2002, n. 4219, contrasta esplicitamente la sentenza delle Sezioni Unite attraverso il richiamo al principio di speditezza del processo, che verrebbe ostacolato dalla rilevabilità officiosa dell'eccezione in questione in ogni stato e grado; di questa pronuncia si dirà oltre.

L'opposta asserzione, ossia quella della rilevabilità d'ufficio, si trova in Cass. 28 marzo 2000, n. 3276, la quale ritiene che l'eccezione di prescrizione devolva al giudice l'accertamento di ogni fatto relativo alla vicenda estintiva, compreso quello interruttivo, il cui rilievo è perciò sottratto all'iniziativa esclusiva della parte interessata. L'argomentazione di questa soluzione è espressamente appoggiata sul qui più volte citato precedente del 1998.

5. Non ritengono ora queste Sezioni Unite che fra l'eccezione di prescrizione, ascritta dall'art. 2938 cod. civ. al novero delle eccezioni in senso stretto, e la controeccezione di interruzione *ex artt.* 2943-2945, dal legislatore, sussista una somiglianza tale da consentirne la stessa disciplina processuale. Né il principio di speditezza, ora e-

spressamente canonizzato nel capoverso dell'art. 111 Cost., e da bilanciare sempre con le garanzie di difesa di cui al precedente art. 24 (Cass. 22 aprile 2005, n. 8540), permette di ravvisare preclusioni processuali prive di base normativa e anzi contrarie a un sistema legale che vede come eccezionale, per quanto detto sopra, la riserva alla parte del potere di eccepire fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto soggettivo dedotto in giudizio.

Nessuno sostiene che l'eccezione di interruzione, vale a dire l'affermazione dell'avvenuto compimento di un atto d'esercizio del diritto, giudiziale o stragiudiziale (art. 2943 cod. civ.), oppure dell'altrui riconoscimento (art. 2944), corrisponde al contenuto di un diritto potestativo di realizzazione giudiziale, ossia a un'azione costitutiva, e perciò stesso possa senz'altro ricondursi alla figura delle eccezioni in senso stretto non di espressa previsione legale.

Ma deve altresì escludersi che a questo risultato possa condurre un'asserita identità di sostanza fra l'eccezione di prescrizione e quella di interruzione, tale da permettere la sussunzione di quest'ultima, pur sempre e per ragioni di sostanza, sotto la previsione dell'art. 2938.

Il titolare passivo del diritto soggettivo dedotto in giudizio dall'attore, ossia il debitore oppure il proprietario quanto ai diritti reali limitati (l'istituto della prescrizione estintiva è di portata generale, come risulta dall'art. 2934: «ogni diritto»), fu correttamente definito in dottrina come a sua volta titolare di un diritto potestativo di provocare l'estinzione del diritto trascurato, ottenendo la liberazione dal debito oppure dal peso gravante sul proprio fondo. Infatti, l'effetto estintivo della prescrizione non si produce automaticamente allo scadere del termine ma entra nella disponibilità del soggetto passivo del diritto, cosiddetto «prescrivente», il quale decide se sollevare o meno la relativa eccezione. Ciò spiega perché l'art. 2937, comma 1, parli di irrinunciabilità della prescrizione da parte di «chi non può validamente disporre del diritto». Questa espressione, introdotta col codice del 1942 e assente in quello del 1865, si riferisce verosimilmente alla non disponibilità della materia controversa, anche se può rilevarsi l'improprietà giacché colui che rinuncia alla prescrizione non è il titolare del diritto prescritto, bensì il soggetto passivo, che della prescrizione potrebbe avvalersi. L'espressione impropria, che attribuisce un «diritto» al prescrivente, spiega in ogni caso perché la scadenza del termine di prescrizione sia stata definita come *species adquirendi* a favore del

prescrivente (cfr., da ultimo, Cass. 24 marzo 1994, n. 3445), in conformità all'antico carattere unitariamente acquisitivo delle prescrizioni, oggi distinte in usucapione e prescrizione estintiva: carattere unitario posto in evidenza dai romanisti e conservato nell'art. 2105 cod. civ. del 1865, secondo cui la prescrizione è «il mezzo con cui, col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto o è liberato dall'obbligazione» (la liberazione comporta l'acquisto di una posizione di vantaggio).

Esclusi i casi eccezionali di rilevanza d'ufficio della prescrizione (cfr. Cass. 16 agosto 2001, n. 11140), la scadenza del termine attribuisce al titolare passivo del diritto la potestà di farne valere l'effetto estintivo o, al contrario, di non giovarsene, preferendo di servirsi di altri mezzi di difesa in giudizio: per tali ragioni il legislatore include l'eccezione di prescrizione fra quelle in senso stretto.

6. Diverso è il carattere dell'eccezione di interruzione. Qui l'attore, di fronte all'eccezione di prescrizione, non può considerarsi titolare di alcuna posizione soggettiva diversa da quella dedotta in giudizio, ma semplicemente è in grado di contrapporre all'eccipiente un fatto dotato di efficacia interruttiva. L'interesse a giovarsi di questo atto è compreso nell'interesse sottostante il diritto azionato, né certo potrebbe sottostare a una distinta azione costitutiva. Il legislatore collega immediatamente l'effetto interruttivo ai fatti previsti dagli artt. 2943 e 2944 cod. civ., onde l'eccezione non amplia i termini della controversia ma – come si è rilevato in dottrina – concorre a realizzare l'ordinamento giuridico nell'orbita della domanda, su cui il giudice deve pronunciarsi *tota re perspecta*, ossia prendendo in considerazione d'ufficio gli atti interruttivi.

Spetta dunque a lui di decidere la questione di prescrizione, ritualmente introdotta dal convenuto attraverso l'eccezione di cui all'art. 2938, tenendo conto del fatto, anche dedotto in giudizio prima dell'eccezione, idoneo a produrre l'interruzione, qualora l'attore abbia affermato il proprio diritto ritualmente e rettamente provandone sussistenza e persistenza.

La situazione processuale non è diversa da quella che si verifica a proposito dell'eccezione di rinuncia alla prescrizione, che questa Corte quasi sempre ritiene rilevabile d'ufficio (Cass. 13 ottobre 1976, n. 3409; 7 febbraio 1996, n. 963; 14 maggio 2003, n. 7411).

Non vale affermare in contrario, come fa Cass. n. 9209 del 2002, cit., che eccezione di prescrizione ed eccezione di interruzione sono caratterizzate dalla medesima natura e debbono essere assoggettate

allo stesso regime a fini di speditezza del procedimento e per «sgombrare il campo dalla questione»: il principio di speditezza, già implicito nell'art. 24 Cost. e ora espresso, come s'è ricordato, nel capoverso dell'art. 111, si realizza nelle forme di legge («...la legge ne [del processo] assicura la ragionevole durata») e non comporta l'obliterazione della distinzione fra eccezioni rilevabili d'ufficio e non, voluta dal legislatore.

In altre parole la sentenza n. 9209 del 2002 opera una completa assimilazione fra eccezione in senso stretto e controeccezione, che è priva di fondamento positivo: si pensi all'eccezione di compensazione e alla controeccezione di pagamento.

In conclusione si deve affermare il principio di diritto secondo cui l'eccezione di interruzione della prescrizione, in quanto eccezione in senso lato, può essere rilevata d'ufficio dal giudice in qualunque stato e grado del processo sulla base di prove ritualmente acquisite agli atti.

Nel caso di specie la sentenza impugnata non nega la rituale produzione del documento epistolare di contenuto interruttivo, né la produzione è negata dal controricorrente, il quale nell'ultima pagina del suo scritto difensivo vi fa esplicito riferimento (lettera 5 luglio 1996), limitandosi a negarne la provenienza dal creditore, ossia dal soggetto legittimato a interrompere la prescrizione. È altresì pacifico il detto contenuto interruttivo, ossia la manifestazione della pretesa creditoria, avente a oggetto la prestazione previdenziale (cfr. Cass. 28 giugno 1979, n. 3618; 27 giugno 1997, n. 5733).

Il primo motivo, in conclusione, deve essere accolto.

Parimenti fondato è il secondo motivo.

Già da tempo questa Corte ha affermato che la richiesta della prestazione previdenziale rivolta all'ente assicuratore da un istituto di patronato (circa questa qualifica, da riferire all'istituto che in concreto effettuò la richiesta, le parti non controverso) per conto dell'assicurato interrompe la prescrizione del relativo diritto, anche in difetto di delega, stante il potere di rappresentanza attribuito ai detti istituti dall'art. 1, d.lgs. C.p.S. n. 804 del 1947 (Cass. 13 giugno 1980, n. 3749; 16 dicembre 2002, n. 17997; 21 agosto 2004, n. 16523). (*Omissis*)

(1-4) PER LE SEZIONI UNITE L'INTERRUZIONE DELLA PRESCRIZIONE
È RILEVABILE D'UFFICIO

Sembrerebbe che la Cassazione Regionale di Torino nel 1923 avesse affermato per la prima volta che le cause dell'interruzione della prescrizione non possono essere rilevate d'ufficio dal giudice (così Oriani, in *FI*, 2005, I, c. 2660, annotando la stessa sentenza sopra riportata); di tal che il *revirement* della S.C. andrebbe qualificato come una svolta storica.

In realtà – come hanno già rilevato altri commentatori – si tratta di un approfondimento assai accurato e persuasivo che pone, riteniamo, alla base della chiave interpretativa adottata la sistemazione che le Sezioni Unite vengono costruendo da qualche tempo con riferimento sia al ruolo delle parti nel processo del lavoro, sia soprattutto alla dialettica processuale relativa ai diritti e agli obblighi, anche sostanziali, delle parti del contratto di lavoro subordinato.

Il riferimento ai profili sostanziali dei beni in gioco nel processo meriterebbe in realtà più ampia analisi, tenendo conto che, ormai tempo fa, era stata affacciata in dottrina la tesi della tendenziale imprescrittibilità dei diritti del lavoratore in quanto eminentemente indisponibili (sull'argomento possono vedersi, in maniera articolata, Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, e Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Perugia, 1987, in particolare pp. 19 ss., dove si affronta il problema della funzione e struttura della prescrizione). Sappiamo d'altronde come la questione della decorrenza o meno della prescrizione dei crediti in costanza di rapporto sia stata risolta con un notissimo intervento della Corte Costituzionale, sia pure nobilmente *manipolativo* (sull'argomento può vedersi il saggio di Di Majo, in *q. Riv.*, 1975, I, *passim*).

Nella sentenza sopra riportata le Ss.Uu. qualificano l'art. 112 del codice di rito come una *norma in bianco*, «ossia da completare in sede di applicazione quanto alla nozione di eccezione officiosa oppure riservata all'iniziativa di parte»; pertanto, a differenza di altre ipotesi (eccezioni di compensazione, annullabilità del contratto, inadempiimento), la nozione di *eccezione in senso stretto* è rimasta controversa in giurisprudenza, non peraltro con riguardo all'eccezione di prescrizione regolata dall'art. 2938 cod. civ., che la decisione in commento annovera senz'altro tra quelle proponibili dalla parte interessata. La definizione utilizzata dalla Corte appare sufficientemente incisiva posto che si sottolinea come l'eccezione di prescrizione consista nella contrapposizione da parte del convenuto di fatti che attribuiscono un potere che è naturalmente *rivolto a estinguere in tutto o in parte il diritto dell'avversario*.

Già nella decisione 3 febbraio 1998, n. 1099, delle stesse Sezioni Unite (in *FI*, 1998, I, c. 764) veniva avanzata la tesi del fondamento *potestativo* dell'eccezione in parola, sia pure in riferimento alla ben diversa fattispecie della allegazione dei fatti rilevanti concernenti l'*aliunde perceptum* o *percipiendum* in materia di quantificazione del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo; si precisava, infatti, in quella sede che «di fronte alla posizione del convenuto che resista all'accoglimento dell'avversa domanda, il giudice non può pervenire al rigetto di questa sulla base di fatti impeditivi, modificativi o estintivi, i quali, ancorché risultanti *ex actis*, appartengono, quanto alla loro utilizzazione come strumento di difesa, all'esclusiva disponibilità della parte interessata». In sostanza, come abbiamo già rilevato più sopra, si ribadì nel più remoto precedente che con riguardo ai fatti su cui si fondano le eccezioni processuali, al pari di quanto avviene per i fatti costitutivi, sus-

sistono regimi processuali diversificati, posto che ve ne sono alcuni per i quali l'allegazione è condizione necessaria ma non sufficiente ai fini della decisione, richiedendosi altresì *l'espressa istanza della parte interessata intesa a ottenere che i loro effetti, se esistenti sul piano sostanziale siano utilizzati come motivo di rigetto della domanda*. È, come si vede, la chiara sanzione giurisprudenziale del necessario esercizio di un diritto potestativo da parte del convenuto, assimilato dalla S.C. al diritto di annullamento, di rescissione, di risoluzione, la cui introduzione «in giudizio da parte del titolare è necessaria perché si verifichi il *mutamento della situazione giuridica*» (così testualmente la decisione sopra riportata).

Prima delle Sezioni Unite del 1998 – come ben illustra la nota di Oriani, in *FI*, cit. – la tendenza assolutamente prevalente era quella di collocare quella di prescrizione, e la simmetrica obiezione concernente l'avvenuta interruzione della stessa, tra le eccezioni in senso stretto non rilevabili d'ufficio: quella dell'attore era semmai semplicisticamente qualificata come «controeccezione» (così in particolare Cass. 25 ottobre 1997, n. 10526, Sez. lav., citata dalle Ss.Uu. e per quanto ci consta inedita). Identico orientamento, nonostante qualche dissenso, permaneva anche dopo l'importante decisione sopra citata, tanto che Cass. n. 4219 del 25 marzo 2002, Sez. lav., si distingueva nettamente dall'orientamento delle Ss.Uu. ripetendo che «la deduzione della sussistenza di atti interruttivi della prescrizione, in replica alla relativa eccezione formulata dalla controparte, si configura come una controeccezione assimilabile alle eccezioni in senso stretto, e quindi soggetta al regime delle preclusioni e delle decadenze previste per il rito del lavoro dagli artt. 416 e 437 cod. proc. civ., con la conseguenza che la parte interessata ha l'onere di tempestivamente allegare l'interruzione della prescrizione in primo grado e, in caso di sua vittoria nel primo giudizio, di specificamente riproporre la controeccezione in appello, pena la presunzione di rinuncia» (decisione anche questa citata dalle Ss.Uu. e per quanto consta ugualmente inedita).

In questo panorama talora contraddittorio, ma sostanzialmente e prevalentemente improntato sulla tesi della assimilabilità delle due eccezioni e dei loro effetti sul piano della dialettica processuale, si colloca, quindi, la decisione riportata in epigrafe, la quale fissa alcuni principi molto chiari e definiti: a) fra l'eccezione di prescrizione *ex art. 2938 cod. civ.*, ascritta al novero delle eccezioni in senso stretto, e la controeccezione di interruzione *ex artt. 2943-2945 cod. civ.* non sussiste una somiglianza tale da consentirne la stessa disciplina processuale; b) il principio di speditezza *ex art. 111 Cost.* va bilanciato sempre con le garanzie di difesa di cui all'art. 24, con la conseguenza che non sono ammissibili nel rito del lavoro preclusioni processuali prive di base normativa e anzi contrarie alla qualificazione come eccezionale della riserva del potere di eccepire fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto dedotto in giudizio; c) l'eccezione di interruzione e quindi l'affermazione del compimento di un atto di esercizio del diritto (oppure dell'altrui riconoscimento) non costituisce il contenuto di un diritto potestativo, restando perciò solo estranea al novero delle eccezioni in senso stretto, come tali contemplate dalla legge; d) l'effetto estintivo della prescrizione non si produce automaticamente allo scadere del termine legale, ma entra nella disponibilità del soggetto passivo, il quale decide se sollevare o meno la relativa eccezione (l'art. 2937 prevede la irrinunciabilità della prescrizione da parte di chi non può validamente disporre del diritto); e) l'eccezione di interruzione non pone l'attore in una posizione soggettiva diversa da

quella dedotta in giudizio, ma lo mette semplicemente in grado di contrapporre all'avversa eccezione un fatto dotato di efficacia interruttiva: *l'interesse a giovare di questo atto è già compreso nell'interesse che ha mosso il diritto azionato*; f) non viene introdotto nel processo un *fatto nuovo*, né modificato il *petitum* o la *causa petendi*, di tal che, come rilevano le Ss.Uu., non viene ampliato l'ambito della controversia e anzi la cd. «controeccezione» consente al giudice di pronunciarsi *tota re perspecta*: di tal che non vi è ragione di ritenere che l'interpretazione elaborata confligga con i nuovi principi costituzionali in materia di speditezza del processo.

In definitiva, secondo la Ss.Uu., il permanente contrasto, anche successivo alla decisione del 1998, tra diversi orientamenti nell'ambito della Sezione lavoro, va risolto nel senso che «è priva di fondamento positivo» quella giurisprudenza che «opera una completa assimilazione tra eccezione in senso stretto e controeccezione», posto che *si deve affermare il principio di diritto secondo cui l'eccezione di interruzione della prescrizione, in quanto eccezione in senso lato, può essere rilevata d'ufficio dal giudice in qualunque stato e grado del processo sulla base di prove ritualmente acquisite agli atti*.

In concreto le Ss.Uu. descrivono anche la fattispecie sottoposta al loro esame, lasciando intendere che la decisione di merito impugnata innanzi alla S.C. e lo stesso controricorrente non avevano negato la rituale produzione di un documento epistolare di contenuto interruttivo – contestandone soltanto il resistente la provenienza da soggetto legittimato a interrompere la prescrizione (ma su questo ultimo punto la stessa decisione afferma che l'istituto di patronato anche in difetto di delega ha il potere di rappresentanza dell'assistito, *ex lege*, su cui può vedersi in senso conforme, da ultima, Cass., 21 agosto 2004, n. 16523, Sez. lav., inedita).

In particolare si constata che il documento dal quale era possibile desumere l'effetto interruttivo era stato ritualmente allegato al ricorso introduttivo (lettera 5 luglio 1996) e siffatta produzione era data per ammessa anche dal contraddittore che a essa si riferiva nei propri atti difensivi. Si trattava e si tratta, quindi, di un documento acquisito al giudizio nelle forme prescritte dalle stesse Ss.Uu. con la nota decisione n. 8202/2005 (in q. *Riv.*, 2005, II, pp. 505 ss., con nota).

Non persuade invece l'obiezione mossa da altro annotatore, secondo cui nel caso di specie la decisione avrebbe omesso qualsiasi pronuncia in conformità al principio di non contestazione, che se rettammente applicato avrebbe imposto il rigetto del ricorso (Oriani, *op. cit.*, p. 2665). Si richiama in proposito un precedente in cui si è ritenuta tardiva, in materia di licenziamento illegittimo, l'istanza proposta per la prima volta in appello e concernente l'intervenuta cessazione dell'attività aziendale ostativa alla liquidazione dei danni maturati successivamente a tale cessazione; orbene: se si trattava di quantificazione dei danni da licenziamento illegittimo connessi con vicende successive alla sentenza che ha invalidato il recesso, ci sembra che diversamente si sia orientata la già richiamata decisione n. 1099/98; se, invece, si trattava di eccezione connessa con uno specifico onere di contestazione e allegazione da proporre *ex art.* 416 cod. proc. civ., appare chiaro che questa decisione si inserisce nel ben noto filone definito dall'importante sentenza 17 giugno 2004, n. 11353, in materia di *circularità degli oneri probatori* (vedila in q. *Riv.*, 2005, II, pp. 95 ss., con nota) e di reciproche preclusioni per le parti del processo del lavoro. Infatti, nel nostro caso, se abbiamo ben compreso, si afferma con grande autorevolezza che il fatto interruttivo, una volta desumibile senza ulteriori lungaggini e/o at-

tività processuali specifiche (che condizionino il principio di speditezza), costituisce null'altro che uno degli aspetti o delle sfaccettature già implicate, necessariamente, nella posizione soggettiva che ha indotto il titolare ad agire in giudizio; cosa che non avviene per l'esercizio *ad impugnandum ius* del potere inerente alla proposizione dell'eccezione di prescrizione.

Da questo punto di vista la decisione contiene anche valutazioni di buon senso – con riferimento alla concreta fattispecie decisa – in relazione all'applicazione dei principi espressi nella sentenza circa l'obbligo di produzione dei documenti (in quella sede ci eravamo permessi di obiettare – rispetto all'eccessivo rigore delle Ss.Uu. – che le ipotesi prospettate circa il *vulnus* che verrebbe inferto dal lassismo in materia di acquisizione di documenti apparivano ben lontane dall'*id quod plerumque accidit* e quindi in conflitto con il compito del giudice del lavoro che rimane pur sempre quello di ricondurre alla normalità il processo con il precipuo fine di ricercare la verità effettuale o materiale e conseguentemente rendere giustizia nel caso concreto: vedi Fabbri, in nota a Ss.Uu. n. 8202/2005, in q. *Riv.*, 2005, II, p. 517).

Francesco Fabbri
Avvocato in Roma

CORTE D'APPELLO BOLOGNA, 3 febbraio 2005, Sez. lav. – Pres. Castiglione, Est. Benassi – Folchini (avv.ti Lannutti e Pedri) c. Ministero della pubblica istruzione (contumace) e Provveditorato agli studi di Parma (contumace).

Trasferimento di lavoratore – Incompatibilità ambientale – Nozione.

Il trasferimento del dipendente dovuto a incompatibilità ambientale, trovando la sua causa nello stato di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva, ha natura cautelare, dovendosi ricondurre alle esigenze tecniche, organizzative e produttive, piuttosto che a ragioni punitive e disciplinari (1).

(Omissis) Va premesso che, a seguito della privatizzazione, i rapporti di pubblico impiego sono caratterizzati da una sostanziale parità fra le parti e sono regolati sia dalle norme di legge approvate dapprima con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, come modificato dai decreti legislativi 23 dicembre 1993, n. 546, e 31 marzo 1998, n. 80, e, attualmente, con il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, sia dalle disposizioni contenute nella contrattazione collettiva (di comparto e integrativa).

In particolare, il comma 2 dell'art. 2 del d.lgs. n. 29 del 1993 dispone che «i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del Capo I, Titolo II, Libro V del codice civile e dalle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di esse, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario».

Ciò posto, va rilevato che la materia del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale era, originariamente, disciplinata dall'art. 31, del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, Testo Unico delle disposizioni concernenti lo Statuto degli impiegati civili dello Stato, il cui comma 4 stabiliva che «il trasferimento da una sede ad altra può essere disposto anche quando la permanenza dell'impiegato in una sede nuo-

ce al prestigio dell'ufficio». Tale disposizione era applicabile anche al personale amministrativo, tecnico e ausiliario operante nel settore della scuola, come, da ultimo, confermato dall'art. 567, comma 2, del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, Approvazione del Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, secondo cui «il trasferimento d'ufficio per incompatibilità è disciplinato dall'articolo 32, comma 4, del Testo Unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, e dai contratti collettivi in materia di mobilità».

Pertanto, nonostante l'espressa abrogazione del citato articolo 32 del d.P.R. n. 3/57 disposta dall'art. 43, comma 5, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, il trasferimento per ragioni di urgenza dipendenti da incompatibilità ambientale per il personale non docente della scuola resta regolato, nei suoi presupposti e nelle modalità di attuazione, dall'art. 567, comma 2, del d.lgs. n. 297/94; ove la contrattazione collettiva non abbia diversamente disposto e, per quanto non previsto, dai principi generali fissati dall'art. 2103 cod. civ. (v., per il personale docente, Cass. n. 11589/03). Nella specie, l'appellante non ha prospettato l'esistenza di deroghe alla disposizione disciplinante la materia del trasferimento d'ufficio del personale non docente da parte della contrattazione collettiva di settore, di guisa che il richiamo operato dal Provveditore agli studi di Parma, nel provvedimento dell'8 settembre 1999, all'articolo 564 del d.lgs. n. 297/94, appare, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della lavoratrice e ritenuto anche dal primo giudice, del tutto legittimo e conferente.

Va, poi, evidenziato (v. Cass. n. 11589/03 citata) che, nell'ambito del rapporto di pubblico impiego regolato dalle norme di diritto privato, l'atto datoriale che viene a incidere sulle modalità di svolgimento della prestazione è pur sempre un atto paritetico, ancorché espressione del potere di supremazia gerarchica, privo dell'efficacia autoritativa propria del provvedimento amministrativo. Di conseguenza, la validità e l'efficacia del suddetto atto devono essere accertate dal giudice del lavoro secondo le categorie proprie del diritto civile (inesistenza, nullità, annullabilità, inefficacia), mentre i motivi soggettivi rilevano solo in caso di illiceità (artt. 1418 e 1435 cod. civ.). Ai predetti atti non sono quindi applicabili né la distinzione tra vizi di legittimità e vizi di merito elaborata dalla giurisprudenza amministrativa, né le figure dell'incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, previste quali vizi di legittimità dall'art. 26 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, e dagli artt. 2 e 3 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Ciò posto, va, altresì, rilevato che il trasferimento d'urgenza per incompatibilità ambientale costituisce una misura cautelare e non un provvedimento disciplinare – essendo questi previsti e regolati per il personale non docente dagli articoli 575-578 del d.lgs. n. 297/1994 e dagli articoli 57-62 del c.c.n.l. 4 agosto 1995 –, di guisa che a esso non si applica la particolare procedura prevista per la comminazione delle sanzioni disciplinari. Giova, ora, osservare che, secondo consolidata giurisprudenza della suprema Corte, il trasferimento del dipendente dovuto a incompatibilità aziendale, trovando la sua causa nello stato di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva, va ricondotto alle esigenze tecniche, organizzative e produttive – previste dall'art. 2103 cod. civ. – piuttosto che, sia pure tipicamente, a ragioni punitive e disciplinari (v., sul punto, fra le tante, Cass. n. 17786/02, n. 3525/01, n. 3207/98, n. 3889/89, n. 5339/87, n. 832/75), con la conseguenza che la legittimità del provvedimento datoriale di trasferimento prescinde dalla colpa (in senso lato) dei lavoratori trasferiti, come dall'osservanza di qualsiasi altra garanzia sostanziale e procedimentale che sia stabilita per le sanzioni disciplinari (v., sul punto, Cass. n. 11589/03).

Peraltro, il controllo giurisdizionale, sulle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive che legittimano il trasferimento del lavoratore subordinato, ai sensi dell'art. 2103 cod. civ., è diretto ad accertare soltanto se vi sia corrispondenza tra il provvedimento datoriale e le finalità tipiche dell'impresa (v. Cass. n. 27/01, n. 11634/98, n. 9487/92, n. 3580/85) e, trovando un preciso limite nel principio di libertà dell'iniziativa economica privata (garantita dall'art. 41 della Costituzione), il controllo stesso non può essere esteso al merito della scelta imprenditoriale, né questa deve presentare necessariamente i caratteri della inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una tra le scelte ragionevoli, che il datore di lavoro possa adottare, sul piano tecnico, organizzativo o produttivo (v. Cass. 17786/02).

L'accertamento, nel caso concreto, della prospettata fattispecie legittimante il trasferimento del lavoratore si risolve poi in un accertamento di fatto riservato al giudice di merito e, come tale, non sindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua e immune da vizi (v. Cass. n. 17786/02).

2. Quanto al caso in esame, il Tribunale di Parma, nella impugnata sentenza (pp. 8 e seguenti), ha posto in evidenza che, già dallo stesso provvedimento in data 8 settembre 1999 del Provveditore

agli studi (doc. 6 appellante), era emersa l'esistenza di una situazione di oggettiva incompatibilità ambientale tra il Capo di Istituto e la Responsabile Amministrativa. Nel richiamato provvedimento – emesso come seguito alla nota di attivazione del procedimento del 8 luglio 1999 (doc. 1 appellante) – si legge, infatti, quanto segue: «considerato che il provvedimento di trasferimento d'ufficio è adottato a seguito delle risultanze della visita ispettiva, così come rappresentato nel provveditoriale del 9 luglio 1999 di avvio del procedimento, da cui emerge chiaramente una situazione oggettiva di incompatibilità tra il Capo di Istituto e la Responsabile Amministrativa; [...] tenuto conto dell'estrema e obiettiva situazione di disagio in cui versa la Scuola per la mancanza del rapporto di collaborazione fra Presidenza e Ufficio di segreteria; rilevato che si è instaurata oggettivamente una situazione di conflittualità fra il Capo di Istituto e la Preside, così come viene evidenziato al paragrafo 10 della relazione ispettiva e dalle dichiarazioni, rilasciate dalla stessa Responsabile Amministrativa, tra cui quelle in data 11 settembre 1998, e allegate alla stessa da cui risulta "...il venir meno della reciproca fiducia indispensabile per una proficua collaborazione necessaria al buon funzionamento dell'Istituzione scolastica; valutata la necessità di salvaguardare e soddisfare l'interesse pubblico consistente nell'efficace e regolare svolgimento dell'attività dell'Ufficio, sino a ora ostacolata da una oggettiva situazione di incompatibilità e di conflittualità..."».

La situazione di oggettiva incompatibilità ambientale ha trovato, poi, conferma nelle deposizioni di tutti i testimoni escussi nel corso del primo grado del giudizio (M. V., P. A., N. M., F. G., C. C., S. I., C. M. C. e N. A.), i quali – sia pure con diverse sfumature – non solo hanno concordemente riferito della crescente tensione esistente tra la Folchini e la Preside ma hanno anche richiamato episodi specifici, tra i quali quello più significativo (v. dep. Marmiroli, Polizzari, Negri e Ferrari) è avvenuto in data 10 settembre 1998, quando, al termine di una ennesima discussione, la dott. Gardella, sentendosi evidentemente minacciata forse anche fisicamente, ha ritenuto opportuno chiedere l'intervento dei Carabinieri, che – stando alle dichiarazioni della teste F. G., in servizio quel giorno presso la segreteria della Scuola – avevano spiegato alla medesima Ferrari che «il loro intervento era stato richiesto dalla preside la quale si era lamentata che la Folchini "le aveva messo le mani addosso"».

Per altro, come puntualmente annotato anche dal primo giudice, l'esistenza di una oggettiva situazione di conflittualità è stata, apertamente, ammessa dalla stessa Folchini e, altresì, emerge dalla lettura dei due esposti (doc. 9 e 10 appellante) inviati dall'appellante, in data 9 aprile 1999, alla Ispettrice, dott. De Flora, e della relazione (doc. 11 appellante), avente la medesima destinataria, in ordine alla stipula dei contratti individuali di lavoro a tempo determinato, redatta dalla Responsabile Amministrativa. Ancora, nelle giustificazioni trasmesse al Provveditorato, con memoria del 19 luglio 1999 (doc. 3 appellante) nel corso del procedimento di trasferimento per incompatibilità ambientale, la Folchini scrive: «tale atteggiamento di completa disponibilità nei confronti della Preside non poteva però indurre la sig.ra Folchini a omettere di rilevare e segnalare ripetuti comportamenti e/o omissioni da parte del Capo d'Istituto contrari alle normative e potenzialmente idonei ad arrecare grave nocumen- to all'amministrazione pubblica. Nel corso dell'ultimo periodo la gestione dell'organizzazione didattica della Scuola Media di Fornivo è stata gravemente compromessa dall'atteggiamento colpevolmente negligente del Capo d'Istituto [...] Le predette disfunzioni sono state evidenziate alla Responsabile Amministrativa da parte dei docenti della sede centrale e dei responsabili delle sedi distaccate e, successivamente, furono oggetto di altrettante relazioni inviate dalla sig.ra Folchini prima alla Preside e in seguito anche alla dott.ssa Flora. Il rigoroso rispetto delle norme reclamato più volte dalla sig.ra Folchini induceva la Preside a interrompere ogni rapporto con la responsabile Amministrativa, colpevole, ai suoi occhi, di non volersi rendere complice di abusi e violazioni di legge».

Ma la definitiva riprova dell'esistenza di una oggettiva situazione di incompatibilità tra la Preside della Scuola e la Responsabile Amministrativa emerge dalla lettura del ricorso in appello, in particolare in quelle pagine (11 e 12) in cui il difensore della Folchini scrive: «il contrasto esistente tra la Preside e la Folchini traeva, infatti, origine dalla cocciuta indisponibilità della ricorrente ad avallare le gravi irregolarità compiute dalla Preside nella gestione amministrativa della Scuola», per poi concludere, dopo avere ribadito che la Responsabile Amministrativa era una dipendente solerte e precisa nell'adempimento dei doveri e quindi certamente intransigente nel pretendere, anche da un superiore quale è il Preside, il rigoroso rispetto delle regole, con la testuale affermazione che «in questo senso quindi certamente incompatibile con un capo Istituto di cui non ha

esitato, con coraggio, a denunciare abusi e omissioni anche a costo di subire gravi disagi e umiliazioni di fronte ai colleghi».

Nella specie, quindi, l'atto di trasferimento, essendo stato deciso per comprovate ragioni organizzative, derivanti dalla situazione di assoluta, grave e oggettiva incompatibilità venutasi a creare fra il Capo di Istituto e la Responsabile Amministrativa, e non essendo stato adottato per motivi discriminatori, non contrasta con alcuna disposizione di legge e deve, quindi, essere considerato pienamente valido ed efficace. (*Omissis*)

(1) IL TRASFERIMENTO PER INCOMPATIBILITÀ AMBIENTALE:
NOZIONE E DISCIPLINA

1. — L'istituto del trasferimento per incompatibilità ambientale nel settore del pubblico impiego, consistente in una modificazione unilaterale e autoritativa del luogo di lavoro, ogni qual volta la permanenza del dipendente in una data sede nuoccia all'organizzazione e al prestigio dell'ufficio, è stato disciplinato per lungo tempo dall'art. 32, comma 4, d.P.R. n. 3/57.

Tale norma, che ha costituito per decenni un prezioso riferimento normativo per l'adozione a fini disciplinari di provvedimenti non aventi tale natura, è stata definitivamente ed espressamente abrogata a opera dell'art. 43, comma 5, d.lgs. n. 80/98.

A fronte di tale abrogazione, non si può che riconoscere l'avvenuta *reductio ad unum* dell'assetto relativo all'applicazione del trasferimento per incompatibilità ambientale e della sanzione del trasferimento disciplinare, nell'ambito dei due settori (pubblico e privato) del lavoro subordinato. La Corte di Cassazione nelle sue più recenti pronunce è giunta a utilizzare l'istituto per giustificare il trasferimento adottato dal datore di lavoro sulla base di presunte conseguenze «oggettive» del comportamento del lavoratore sull'organizzazione aziendale, ma con intenti evidentemente «soggettivi» o para-disciplinari (cfr. *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Carinci e L. Zoppoli, in *Diritto del Lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci pp. 858 ss.).

Una recente decisione del Tribunale di Brescia (Sez. lavoro, n. 305/00) ha evidenziato una serie di *indici idonei a ricavare la nozione di incompatibilità ambientale*.

Anche tale sentenza, come quella *de qua*, ha esaminato un ricorso avverso un trasferimento d'ufficio disposto in un contesto scolastico e i principi da essa enucleati possono ritenersi validi con riferimento a tutti i rapporti di pubblico impiego.

In primo luogo, occorre evidenziare che il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale nel settore scolastico è disciplinato dagli artt. 467, 468 e 469 del d.lgs. n. 297/94.

In particolare, l'art. 467 dispone che si fa luogo «al trasferimento d'ufficio soltanto in caso di soppressione di posto o di cattedre ovvero per accertata situazione di incompatibilità di permanenza del personale nella scuola o nella sede».

L'art. 468 precisa che, quando ricorrano ragioni d'urgenza, «il trasferimento d'ufficio per accertata situazione di incompatibilità di permanenza nella scuola o nella sede può essere disposto anche durante l'anno scolastico».

L'art. 469, infine, individua gli organi competenti a disporre il trasferimento d'ufficio.

Deve chiarirsi che per *ambiente scolastico* s'intende, non la struttura fisica contenitore (per esempio muri e aule), bensì il complesso delle diverse componenti soggettive che vi operano (ossia il dirigente, i docenti, il personale amministrativo e ausiliario, gli studenti).

In sintesi, debbono escludersi dal concetto stretto di ambiente le componenti della società «esterne» alla scuola, anche se è di fondamentale rilevanza l'effettuazione di un completo accertamento dell'impatto di queste ultime sulle situazioni di presunta incompatibilità.

Occorre evidenziare che il trasferimento d'ufficio per incompatibilità può rendersi necessario in relazione a tre distinte situazioni:

per garantire l'ambiente in termini di funzionalità ed efficienza nei confronti di un soggetto incompatibile;

per salvaguardare un soggetto da un determinato ambiente dimostratosi ostile;
per entrambe le ragioni.

Nel primo caso l'incompatibilità deve concretarsi nei confronti di tutte le componenti e derivare da responsabilità del soggetto da trasferire.

Nel secondo caso l'incompatibilità deve essere ascritta alle altre componenti soggettive.

Occorre tuttavia preliminarmente accertare se il soggetto sia realmente inidoneo e se la situazione non possa essere sanata con altre azioni dirette a colpire quei comportamenti atti a ingenerare una situazione di incompatibilità.

Posto che il trasferimento degli insegnanti per ragioni di urgenza derivanti da incompatibilità ambientale resta regolato, nei suoi presupposti e nelle modalità di attuazione, dagli articoli 468 e 469 del già citato d.lgs. n. 297 del 1994, ove la contrattazione collettiva non abbia diversamente disposto, e per quanto non previsto, esso trova la sua disciplina nei principi generali fissati dall'art. 2103 cod. civ.

La dottrina, sul punto, distingue tradizionalmente tra *mobilità esterna* (verso ente o amministrazione diversi da quelli di appartenenza) e *mobilità interna* (ossia nell'ambito del medesimo ente o amministrazione). Si afferma che solo il trasferimento tra diversi enti o amministrazioni costituisca oggetto della disciplina speciale (trasferimento dei dipendenti «in esubero», collocati «in disponibilità», sia in via volontaria che «d'ufficio», così come prescritto dagli artt. 30 ss. del d.lgs. n. 165/2001), mentre lo spostamento del lavoratore che avvenga nell'ambito della medesima amministrazione risulta sottoposto alla disciplina codicistica in materia di trasferimento da un'unità organizzativa a un'altra ricompresa nello stesso apparato (cfr. Mainardi, Miscione, *La mobilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*. Commentario diretto da F. Carinci, Milano, 1995, pp. 575 ss.; Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Il Codice Civile*. Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 363 ss.).

In particolare, l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 prevede espressamente che i rapporti di pubblico impiego sono disciplinati «dalle disposizioni del Capo I, Titolo II, del Libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel decreto stesso». A tale risultato si è giunti attraverso il lungo processo di contrattualizzazione del pubblico impiego, che ha trasformato la concezione pubblicistico-autoritativa del rapporto di servizio – secondo la quale le logiche dell'organizzazione amministrativa degli uffi-

ci prevalgono sugli atti di gestione del personale strettamente contrattuali – in una concezione «paritario-negoziale», che valorizza i profili sinallagmatici del rapporto di lavoro (cfr. A. Cavallo, *Il trasferimento per incompatibilità ambientale nel pubblico impiego privatizzato*, in *RIP* – la rivista dell'impiego e della dirigenza pubblica in www.impiegopubblico.info).

È opportuno segnalare in tale sede una recente pronuncia della Suprema Corte, la quale afferma che «nell'ambito del rapporto di pubblico impiego regolato dalle norme di diritto privato l'atto datoriale che viene a incidere sulle modalità di svolgimento della prestazione è pur sempre un atto paritetico, ancorché espressione del potere di supremazia gerarchica, privo della efficacia autoritativa propria del provvedimento amministrativo. Di conseguenza, la validità e l'efficacia del suddetto atto devono essere accertate dal giudice del lavoro secondo le categorie proprie del diritto civile (inesistenza, nullità, annullabilità, inefficacia), mentre i motivi soggettivi rilevano solo in caso di illiceità (artt. 1418 e 1345 e 1435 cod. civ.). Ai predetti atti non sono quindi applicabili né la distinzione tra vizi di legittimità e vizi di merito elaborata dalla giurisprudenza amministrativa, né le figure dell'incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge previste quali vizi di legittimità dall'art. 26 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, e dagli artt. 2 e 3 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034» (Cassazione civile, Sez. lav., 28 luglio 2003, n. 11589, Prato c. Ministero pubbl. istruz., in *MGC*, 2003, f. 7-8).

2. — In sostanza, la radicale riforma del pubblico impiego ha avuto quale risultato precipuo quello di rendere tendenzialmente operante nel settore tutta la disciplina del lavoro privato, cosicché *il provvedimento di trasferimento del pubblico dipendente configura un atto di gestione del rapporto di lavoro e ha natura squisitamente privatistica*.

Ai sensi dell'art. 13 Stat. lav. (art. 2103 cod. civ.), il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva a un'altra *se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive*. In mancanza di questi presupposti sostanziali, l'esercizio del potere di trasferimento è illegittimo.

Occorre, tuttavia, ricordare che l'art. 7, comma 4, Stat. lav., vieta di irrogare sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro. Dal combinato disposto di queste due norme si deduce, quindi, che il trasferimento del lavoratore per motivi soggettivi è nullo in quanto contrario a norme imperative (cfr. F. Scarpelli, *Il mobbing: aspetti giuridici e strumenti di tutela*, Seminario «Mobbing: un male oscuro», Camera del Lavoro metropolitana di Milano, 31 maggio 2000, in www.rassegna.it).

Ciò nonostante, la Cassazione (cfr., *ex multis*, Cass. 28 settembre 1995, n. 10252, in *GI*, 1996, I, pp. 730 ss., Cass., Ss.Uu., 24 luglio 1986, n. 4747, in *NGL*, 1986, p. 764) ha progressivamente percorso un itinerario tendente a dare riconoscimento al trasferimento per motivi, direttamente o indirettamente, correlati al comportamento del lavoratore.

L'interpretazione giudiziale, infatti, delinea che *il trasferimento cd. per incompatibilità ambientale, quale provvedimento non disciplinare nella misura in cui si risolve in una disfunzione e disorganizzazione dell'unità produttiva, integra una valida ragione tecnico-organizzativa-produttiva* (Cass. 1° settembre 2003, n. 12735).

In virtù di un orientamento ormai prevalente, pertanto, le ragioni tecniche, organizzative e produttive di cui all'art. 2103 cod. civ. possono essere integrate anche da circostanze soggettive, ove la condotta del lavoratore abbia prodotto conseguenze valutabili alla stregua di un criterio oggettivo, quale è quello dell'incompatibilità creata tra un dipendente e i suoi colleghi, che si rifletta sul normale svolgimento del-

l'attività d'impresa (cfr., tra le tante, Cass. 28 luglio 2003, n. 11589, cit., Cass. 12 dicembre 2002, n. 17786, in *FI*, 2003, I, c. 440; Cass. 9 marzo 2001, n. 3525, in *OGL*, 2001, I, p. 262; Cass. 26 marzo 1998, n. 3207, in *NGL*, 1998, p. 377; Cass., Sez. lav., 28 settembre 1995, n. 10252, cit.; Cass., Sez. lav., 27 giugno 1998, n. 6383, in *RIDL*, cit., con nota di Pilati).

La giurisprudenza, quindi, tende a trascendere i motivi soggettivi dell'incompatibilità tra il lavoratore e i colleghi e/o i superiori (tra cui sarebbe possibile ricomprendere, paradossalmente, le condotte di *mobbing*) nelle conseguenze che ne derivano (tensioni nei rapporti personali o contrasti nell'ambiente di lavoro), che costituiscono oggettive esigenze aziendali; sostiene, inoltre (cfr. Cass. 13 novembre 1991, n. 12088, in *RIDL*, 1992, II, pp. 976 ss.), che se un comportamento del lavoratore ha doppia valenza – di fatto disciplinarmente rilevante e di ragione giustificatrice del trasferimento – il datore ha la possibilità di esercitare, per lo stesso fatto, sia il potere disciplinare, sia quello direttivo (cfr. F. Scarpelli, *op. cit.*).

Con specifico riferimento al settore del pubblico impiego, *la giurisprudenza amministrativa si è orientata nel senso di escludere il carattere sanzionatorio o disciplinare del trasferimento per incompatibilità ambientale*. Esso, infatti, *risulta legittimo se riferibile alla condotta tenuta dal dipendente nell'esplicazione del proprio servizio, anche a prescindere dalla sua colpevolezza o dalla violazione di doveri d'ufficio* (cfr. Sergi, *Il trasferimento del dipendente pubblico per incompatibilità ambientale*, nota a Trib. Bari, 21 gennaio 2005, in *RIP*, 2005, 2, p. 93; Cons. Stato, Sez. IV, 28 maggio 2003, n. 2970, in *FA*, 2003, p. 1571; Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 2002, n. 4406, in *Nuova rass.*, 2002, p. 1817; Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2001, n. 1359, in *Cons. Stato*, 2001, I, p. 641; Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 1998, n. 1857, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 1925). Tuttavia, pur non postulandosi espressamente e necessariamente un rapporto di imputabilità, si richiede sempre, per la sua legittimità, la sussistenza di un *nesso di correlazione tra la situazione accertata e la condotta tenuta dal soggetto interessato nella sede di servizio* (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 novembre 1984, n. 634, 8 ottobre 1988, n. 1092).

Il provvedimento in questione, infatti, il quale *deve essere sempre espressamente motivato*, costituisce manifestazione del potere organizzativo dell'Amministrazione ed è legittimamente esercitato solo quando mira a evitare che stati di tensione all'interno della struttura possano sacrificare o comunque ritardare il soddisfacimento di precise esigenze di servizio. Esso, tuttavia, costituisce *misura adeguata solo quando è in grado di risolvere la situazione e restituire all'ufficio pubblico il prestigio perduto* (Cons. Stato, Sez. IV, 4 marzo 1992, n. 241, e 8 febbraio 1993, n. 163, e Cons. Stato, Sez. VI, 24 ottobre 1995, n. 1192).

Pertanto, secondo tale prevalente orientamento giurisprudenziale a cui la sentenza in esame si adegua, il trasferimento d'urgenza per incompatibilità ambientale costituisce una misura cautelare e non un provvedimento disciplinare (sul presupposto che questi ultimi, infatti, sono previsti e regolati dagli articoli da 492 a 508 del d.lgs. n. 297 del 1994), sicché a esso non si applica la particolare procedura prevista dagli articoli 503 e 504 del d.lgs. n. 297 del 1994 (cfr. Cass. civile, Sez. lav., 28/7/03, n. 11589, in *MGC*, 2003, f. 7-8, sopra citata).

Occorre, tuttavia, segnalare un *contrario orientamento* secondo il quale è da *escludere che possa logicamente parlarsi di incompatibilità nel caso in cui il comportamento del dipendente sia stato legittimo e doveroso*, anche se dallo stesso siano derivate reazioni ambientali (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 28 luglio 1992, n. 393; 24 novembre 1996, n. 1247).

Deve ritenersi che *se lo stato d'incompatibilità è il risultato di una condotta volontaria, diretta a creare le condizioni di fatto per allontanare un dipendente, sia dovere dell'autorità preposta, prima di ordinare il trasferimento e penalizzare ulteriormente il soggetto sgradito, di intervenire per eliminare le cause che abbiano reso l'ambiente ostile nei suoi confronti, sanzionando coloro che ne siano responsabili e/o ponendo in essere altri rimedi idonei a sanare la situazione.*

A tal riguardo deve considerarsi che l'azione del lavoratore diretta a contestare il provvedimento datoriale non è soggetta a termini di decadenza. Inoltre, davanti a un provvedimento di trasferimento ingiustificato, il giudice, accertata l'illegittimità e dichiarata la nullità dello stesso, può condannare l'Amministrazione al risarcimento dei danni e al ripristino dello *status quo ante*, ossia alla reintegrazione di diritto nella precedente sede lavorativa (v. Cass. 19 novembre 1996, n. 10109, in *MGL*, 1997, pp. 39 ss.).

In sostanza, alla luce dei sopra citati orientamenti giurisprudenziali, *deve ritenersi illegittimo il solo trasferimento per incompatibilità ambientale che prescinda in toto dall'accertamento di un nesso di correlazione tra la condotta tenuta dal dipendente e la situazione creata e che non costituisca l'extrema ratio per la sua risoluzione.* In tale ipotesi si configurerebbe, infatti, un danno ingiusto, accertabile dal giudice ordinario (cfr. D. Parvopasso, *L'incompatibilità ambientale*, in *Codice di comportamento dei dipendenti delle Pubbliche amministrazioni*, Aa.Vv., Milano 2005, pp. 373 ss.).

Roberta D'Amore
Dottore in Legge

TRIBUNALE DI FORLÌ, 21 settembre 2005, Sez. lav. – Est. Sorgi
– Ramenghini (avv. Mazzini) c. Fustelpack S.p.a. (avv. ti Pinza).

Diritto all'immagine – Danno – Onere della prova.

Nel diritto all'immagine è necessario provare il danno specifico quando si voglia richiedere un risarcimento, salvo che l'azienda persista nella esposizione nonostante il diniego del lavoratore (1).

(*Omissis*) Con ricorso presentato alla Sezione del lavoro del Tribunale di Forlì il sig. Ramenghini, dipendente presso la società Fustelpack S.p.a., chiedeva venisse riconosciuto il suo diritto all'ottenimento dei danni, qualificati come esistenziali, morali e patrimoniali, in seguito all'illegittima esposizione della propria immagine da parte della ditta nel sito *internet* senza alcuna autorizzazione da parte sua.

Si costituiva in giudizio la società Fustelpack S.p.a., in persona del legale rappresentante, contestando la richiesta formulata dalla parte ricorrente e chiedendo il rigetto del ricorso. L'immagine che ritraeva il Ramenghini, utilizzata nel sito *internet* della società solo ed esclusivamente perché strumentale a evidenziare un macchinario della ditta, era stata eliminata dal sito non appena si era venuti a conoscenza che il dipendente non aveva piacere di questa esposizione, in particolare il giorno successivo al colloquio avuto da dirigenti della società con lui, e nessun danno poteva essere stato cagionato. La foto, inoltre, era stata scattata in un contesto di un servizio fotografico realizzato proprio in vista della predisposizione del sito *internet* della società e tutto il personale era stato notiziato di tale attività compiuta da un fotografo professionista con macchinari che non potevano non essere stati notati dal personale durante tali operazioni. (*Omissis*)

Ci si deve, dunque, chiedere se una esposizione di una fotografia di un dipendente in un contesto lavorativo da parte di una azienda necessiti di una autorizzazione specifica e al riguardo dobbiamo considerare che la foto esposta nel sito dell'azienda non aveva come centro di interesse il dipendente ma il macchinario utilizzato dallo stesso e da questo punto di vista la scorrettezza da parte della società può apparire non particolarmente grave. Rimane pur sempre la circostanza che l'azienda non è riuscita a dimostrare l'accettazione da parte del proprio dipendente all'esposizione della propria immagine in

un sito *internet*. È mera illazione ritenere che la conoscenza dell'effettuazione di un servizio fotografico nei locali dell'azienda comporti una accettazione implicita all'uso delle immagini relative a una persona realizzate con tale servizio. La conclusione, pertanto, sotto tale profilo è che l'uso dell'immagine non sia stato legittimo perché mancante di una accettazione dell'interessato.

Quello che convince il giudice al rigetto del ricorso è, però, l'altro aspetto relativo al danno ingiusto. Infatti per far nascere una responsabilità extracontrattuale o aquiliana, occorre che sia stato cagionato un danno ingiusto con dolo o colpa. Il ricorrente dichiara di aver subito danni esistenziali, morali e patrimoniali. Escludiamo immediatamente danni morali (conseguenza di un reato *ex art.* 185 cod. pen. che non sussiste nel caso di specie) e danni patrimoniali (indimostrati perché inesistenti).

Rimane la categoria del danno esistenziale. Questa figura di danno di recente acquisizione, per altro non scontata, si considera realizzata ogni qual volta viene a essere colpita la qualità della vita della parte, in particolare viene leso un bene connesso con un rilevante interesse protetto, secondo una parte consistente della dottrina interesse di rango costituzionale.

Nel caso di specie sicuramente il diritto all'immagine rientra tra gli interessi tutelabili dal danno esistenziale: «Il tema del diritto all'immagine appartiene a quel filone di nuovi diritti, o meglio di diritti risalenti (come confermato dalla legislazione del codice civile e da quella del 1941) che hanno recentemente trovato nuovo vigore a difesa, tutelati in termini risarcitori sempre con maggiore attenzione anche in considerazione dell'espansione della forza divulgativa dei *mass media*. Bene è stato detto che il diritto all'immagine è un diritto assoluto e come tale contiene in sé, oltre al potere di libera disposizione della propria figura, anche quello di privativa nei confronti di terzi; è fatto divieto a questi ultimi di esporre o pubblicare ritratti altrui salvo il caso in cui ricorrano le cd. scriminanti del consenso dell'interessato, della notorietà della persona obbligata e, infine, dei fatti di interesse pubblico o svoltisi in pubblico» (Trib. Forlì, n. 399/2002).

Si tratta, per altro, di verificare la realizzazione di un danno. Infatti ci troviamo di fronte a una situazione ben diversa dall'ipotesi del danno alla professionalità di un lavoratore, nel quale, accogliendo l'orientamento espresso anche dalla Corte di Cassazione («i provvedimenti del datore di lavoro che illegittimamente ledono tale

diritto vengono immancabilmente a ledere l'immagine professionale, la dignità personale e la vita di relazione del lavoratore», Corte di Cassazione, n. 10157/2004), si può ritenere sussistente immancabilmente un danno perché in quel caso siamo in un contesto di lesione all'interesse protetto che determina immancabilmente un danno.

Nel caso dell'immagine la mera esposizione non appare di per sé idonea a determinare un danno ma occorre verificare se tale danno si sia verificato e, da parte di chi agisce, dimostrarlo. Secondo la difesa del ricorrente: «la pubblicazione dell'immagine del ricorrente all'interno del sito *internet* dell'azienda in cui lavora certo confligge con l'immagine pubblica che il sig. Ramenghini intende offrire di sé all'esterno e, precisamente, ai compagni di lavoro a cui si era presentato come candidato rappresentante sindacale [...]: ruolo fiduciario che richiede certo una credibilità immune da possibili fraintendimenti». Non viene però spiegato in cosa consistono tali possibili fraintendimenti e questo giudice, al contrario, ritiene che l'immagine di un lavoratore intento al proprio lavoro sia piena di dignità e di rispetto nei confronti dello stesso. Quanto al potenziale uso illegittimo che terzi potrebbero fare dell'immagine presa da *internet* siamo nel campo della mera ipotesi.

Chiaramente tutto sarebbe stato diverso se parte ricorrente avesse dimostrato che, dopo aver manifestato il proprio dissenso alla permanenza dell'immagine nel sito, la società non si fosse adoperata all'eliminazione della stessa perché legittimamente il Ramenghini poteva inibire l'utilizzo della propria immagine ma questo non è stato provato, essendo emerso invece processualmente dalle prove esperite nel corso dell'istruttoria l'eliminazione tempestiva della fotografia da parte dell'azienda non appena conosciuto il dissenso del titolare del diritto all'immagine. (*Omissis*)

(1) UTILIZZO DELL'IMMAGINE DEL DIPENDENTE E RISARCIMENTO DEL DANNO

1. — La risoluzione della controversia nei termini prospettati della sentenza che si annota si colloca a pieno titolo nell'ambito dell'*iter* giurisprudenziale in materia di danno alla persona: giurisprudenza caratterizzata da un costante «dialogo», quanto mai significativo e importante tra la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione.

In questo «cammino», per limitare i riferimenti alle decisioni esponenziali delle svolte giurisprudenziali più rilevanti, vale evidenziare che:

A) la Corte Costituzionale con le sentenze del 26 luglio 1979, nn. 87 e 88 (in *FI*, 1979, I, c. 2542), ebbe, *ab origine*, ad affermare la risarcibilità del danno alla salute

nel senso di un'effettiva tutela di una posizione soggettiva autonoma indipendentemente da ogni altra circostanza e conseguenza relativamente all'attitudine del soggetto a produrre reddito: posizione soggettiva tutelata direttamente dalla Costituzione, peraltro entro i limiti della sussistenza in concreto dei presupposti indicati dall'art. 2059 cod. civ. restrittivamente interpretato, e sulla quale la Corte di Cassazione, a sua volta, statuiva che «il danno cd. biologico doveva essere considerato risarcibile ancorché non incidente sulla capacità di produrre reddito, e anzi indipendentemente da quest'ultimo, le cui menomazioni andavano indipendentemente risarcite» (Cass. 6 giugno 1981, n. 3675, in *FI*, 1981, I, c. 1881).

B) Con la sentenza 14 luglio 1986, n. 184 (in *FI*, 1986, I, c. 2053, con nota di G. Ponzanelli) – definita «storica» (così M. Vincieri, *Natura del danno risarcibile, danno esistenziale e responsabilità datoriale in ipotesi di mobbing sul luogo di lavoro*, in *RIDL*, 2001, II, p. 729) –, la Corte Costituzionale precisava che l'art. 2059 cod. civ. atteneva esclusivamente ai danni morali subiettivi e non escludeva che altre disposizioni potessero prevedere la risarcibilità del danno biologico per sé considerata, in quanto l'art. 2043 cod. civ., correlato all'art. 32 Cost., andava necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento non solo dei danni che, almeno potenzialmente, avessero ostacolato le attività realizzatrici della persona umana, ribadendo conclusivamente – al termine di un'esemplare peculiare motivazione – che «oltre alla voce relativa al risarcimento per sé del danno biologico, ove si verificchino, a seguito del fatto lesivo della salute, anche danni-conseguenze di carattere patrimoniale, anch'essi vanno risarciti con altra autonoma voce ex artt. 32 Cost. e 2043 cod. civ., per cui ove dal fatto in discussione derivino danni morali subiettivi, i medesimi, in presenza, nel fatto, anche dei caratteri del reato, vanno risarciti ex art. 2059 cod. civ.». Di pari passo, su altro analogo versante, la Corte di Cassazione, esaminando il profilo della sussistenza della responsabilità nel caso di lesioni dell'integrità del soggetto, affermava la necessità ex artt. 2 e 32 Cost. di applicare analogicamente l'art. 2043 cod. civ. in quanto tali lesioni non incidevano nella tipica sfera economica che si riteneva contemplata nella previsione di detta norma (Cass. 13 gennaio 1993, n. 357, in *FI*, 1993, I, c. 1887).

C) Con la sentenza n. 233 dell'11 luglio 2003 – definita anch'essa «storica», ma motivatamente: «se la storia del diritto è discontinuità e continuità, la sentenza è decisamente storica» (così E. Navarreta, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona in fieri*, in *FI*, 2003, I, c. 2001, in nota a detta sentenza) – la Corte Costituzionale si è, da ultima, rifatta espressamente alla giurisprudenza (frattanto formatasi) della Corte di Cassazione – avente, leggesi testualmente, nella decisione della Consulta, «l'indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, prospettandosi, con ricchezza di argomentazione (nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale) un'interpretazione costituzionale orientata dall'art. 2059 cod. civ. tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima, sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona (art. 32 Cost.), sia infine il danno (spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona» – per statuire, conclusivamente, che «l'art. 2059 cod. civ. deve essere interpretato nel

senso che il danno non patrimoniale, in quanto riferito all'astratta fattispecie di reato, è risarcibile anche nell'ipotesi in cui, in sede civile, la colpa dell'autore del fatto risulti da una presunzione di legge».

Con questa decisione il «dialogo» tra le due Corti tocca il suo punto più alto con il recepimento (singolarmente apprezzato *cum laude*) delle pronunce più significative e innovative della Corte di Cassazione da parte della Corte Costituzionale, in particolare delle sentenze nn. 8827 e 8828 del 31 maggio 2003 (in *FI*, 2003, I, c. 2272, con nota di E. Navarreta), citate espressamente nella decisione n. 233, nelle quali si definiva «significativa» l'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte – sollecitata dalla sempre più avvertita esigenza di garantire l'integrale riparazione del danno ingiustamente subito, non solo nel patrimonio inteso in senso strettamente economico, ma anche nei valori propri della persona *ex art. 2 Cost.* – e riteneva ormai acquisito all'ordinamento positivo il riconoscimento della lata estensione di «danno non patrimoniale», inteso come danno da lesione di valori inerenti alla persona dal quale possono conseguire pregiudizi non suscettivi di valutazione economica.

Successivamente – al fine di completare il quadro delle decisioni più significative della Consulta e della Cassazione (al riguardo appare necessaria, dati i limiti del presente commento, rinviare in particolare, sia per i precedenti giurisprudenziali, specie «di merito», che per la cospicua dottrina, a M. Bona, P. G. Monateri, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Milano, 2004) – la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 2751-bis, n. 1, cod. civ. nella parte in cui non munisce del privilegio il credito del lavoratore per danni da demansionamento: «danni alla persona o alla sua dignità, particolarmente gravi nell'ipotesi, non di scuola, in cui la mancata adibizione del lavoratore alle mansioni cui ha diritto si concretizza nella mancanza di qualsiasi prestazione, sicché egli riceve la retribuzione senza fornire alcun corrispettivo; danni alla salute psichica e fisica» (Corte Cost. 6 aprile 2004, n. 113, in *FI*, 2005, I, c. 364).

Nel medesimo arco di tempo, la Corte di Cassazione ha ulteriormente chiarito che il danno non patrimoniale, allorché vengano lesi valori della persona costituzionalmente garantiti, è risarcibile tanto nella ipotesi in cui il danneggiante sia ritenuto responsabile in base a presunzione di colpa, quanto in quelle di responsabilità oggettiva e, anche, di inadempimento contrattuale (Cass. 1° giugno 2004, n. 10482, in *FI*, 2005, I, c. 1487).

2. — Nel sistema così delineato della risarcibilità del danno non necessariamente patrimoniale, l'applicazione dei nuovi principi in materia di danno alla persona del lavoratore si è innestata su di una serie di sentenze della Sezione lavoro della Cassazione, in particolare nelle ipotesi: a) di non mansionamento (= sottrazione integrale di mansioni, su cui Cass. 13 agosto 1991, n. 8835, in *RIDL*, 1992, II, p. 954, con nota di F. Focareta, e Cass. 3 giugno 1995, n. 6265, in *FI*, 1995, I, c. 1000) e di demansionamento (Cass. 26 gennaio 1993, n. 931, in *RIDL*, 1994, II, p. 149, con nota di A. Pizzoferrato); b) di molestie sessuali e, in generale, di *mobbing* (Cass. 8 gennaio 2000, n. 143, in *FI*, 2002, I, c. 1554, con nota di A. M. Perrino); c) di eccessivo impegno lavorativo, dovuto alla sostituzione di un collega protrattasi per lungo periodo, allo svolgimento di lavoro straordinario e festivo e alla rinuncia al godimento di ferie (Cass. 5 febbraio 2000, n. 1307, in *FI*, 2002, I, c. 1554, e ivi il saggio di L. De Angelis, *Interrogativi in tema di danno alla persona del lavoratore*); d) di usura psico-fisica connessa alla penosità del lavoro domenicale effettuato oltre il sesto giorno (Cass. 5 maggio 1999, n. 4497, in *OGI*, 1999, I, p. 716).

Giurisprudenza della Sezione lavoro non proprio in linea con il nuovo sistema (o meglio, con il sistema che si andava progressivamente «perfezionando»), ma che si è in seguito adeguata con la successiva sentenza n. 10157/2004, ove viene espressamente affermato che «in forza di una lettura costituzionalmente orientata dall'art. 2059 cod. civ. il danno non patrimoniale è comprensivo del danno biologico, del danno morale e della lesione di interessi costituzionalmente protetti, in quanto nel vigente assetto dell'ordinamento il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso con valore inerente alla persona, che non si esaurisca nel danno morale e non sia correlato alla qualifica di reato del fatto illecito *ex art.* 185 cod. pen., per cui unica possibile forma di liquidazione del danno priva di caratteristiche della patrimonialità è quella equitativa, sicché la ragione del ricorso a tale criterio è insita nella natura di tale danno e nella funzione di risarcimento realizzato mediante la dazione di una somma di danaro che non è reintegratrice di una diminuzione patrimoniale, ma compensativa di un pregiudizio non economico» (Cass., Sez. lav., 26 maggio 2004, n. 10157, in *NGL*, 2004, p. 590). Principi, questi in tema di responsabilità extracontrattuale, che sono stati applicati in tale decisione anche nel caso di inadempimento contrattuale per la liquidazione dei danni conseguenti all'accertata responsabilità contrattuale del datore di lavoro per demansionamento professionale del lavoratore in violazione dell'art. 2103 cod. civ.

3. — Quindi, «personalizzando» i termini della *vexata quaestio* – si è parlato a tale proposito di «Scuola torinese di Monateri» e «Scuola triestina di Cendon e Ziviz» (così M. Vincieri, *op. cit.*, qui p. 731) e di «Terza Sezione della Suprema Corte» (così L. La Battaglia, in nota a Cass. n. 8828, *loc. cit.*) –, la «Sezione lavoro» della Cassazione ha aderito espressamente alla giurisprudenza della «Terza Sezione» riconducendo nella sfera del danno non patrimoniale non solo il danno morale soggettivo, ma anche il danno biologico e il danno derivante dalla lesione di interessi costituzionalmente protetti.

A questo punto, ribadita l'importanza fondamentale delle decisioni delle Corti Supreme (alcune delle quali definite enfaticamente «storiche»), si rileva che il contingente quotidiano («il non-storico») deve essere gestito – secondo i principi sanciti da tale meritoria giurisprudenza – dai giudici del merito e, al riguardo, appare significativa l'esperienza che affiora dalla disamina della giurisprudenza del Tribunale di Forlì (giudice unico del lavoro C. Sorgi).

Prima della sentenza che si annota il Tribunale di Forlì (sentenza 15 marzo 2001, in *RIDL*, II, p. 728, con nota di M. Vincieri, *cit.*) riconosceva – nel caso specifico di comportamenti discriminatori ai danni di un lavoratore bancario – che il danno esistenziale, o danno alla vita di relazione, si aggiungeva alla riduttiva tripartizione «danno biologico-danno patrimoniale-danno morale», realizzandosi ogni qual volta il lavoratore era aggredito nella sfera della dignità, senza che tale aggressione potesse offrire sbocchi per altra qualificazione risarcitoria, per cui, riconosciuta sia la natura contrattuale sia quella extracontrattuale del diritto al risarcimento di tale danno, derivante dall'obbligo per il datore di lavoro di tutela psico-fisica del lavoratore *ex art.* 2087, oltre che dal combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 cod. civ., in termini di ripartizione dell'onere probatorio poteva applicarsi il criterio più favorevole al ricorrente, che era quello che derivava dalla responsabilità contrattuale.

Con tale decisione il Tribunale di Forlì, nel riportarsi espressamente alla «fondamentale sentenza della Corte Costituzionale n. 184/1986» e «all'ammirevole e recente giurisprudenza della Corte di Cassazione», conferiva pregnante significato al

concetto di personalità morale del lavoratore e al limite posto dall'art. 41 Cost. all'esercizio dell'iniziativa economica privata.

Con la successiva sentenza del 9 ottobre 2002 (in *DeL*, 2002, p. 915) il Tribunale di Forlì – nel caso specifico di utilizzo da parte di un Comune (senza preventiva autorizzazione dell'interessato) dell'immagine di un vigile urbano riprodotta in una serie di sagome a grandezza naturale esposte nei punti nevralgici del traffico della città di appartenenza – statuiva che tale utilizzazione costituiva condotta illegittima per violazione degli artt. 10 e 2043 cod. civ. e fondava il diritto del dipendente a ottenere il risarcimento del danno extracontrattuale non patrimoniale, ritenendo tale danno nella categoria del danno esistenziale da intendersi come danno riferibile a ogni lesione di diritti fondamentali della persona da liquidarsi in via equitativa: ciò in quanto l'utilizzazione da parte del datore di lavoro dell'immagine del proprio dipendente nell'atto di svolgere le sue ordinarie mansioni costituiva violazione dell'art. 2087 cod. civ. poiché ledeva la dignità professionale dello stesso e ne fondava il diritto a ottenere il risarcimento del danno contrattuale non patrimoniale e accogliendo, così, la domanda giudiziale del lavoratore.

Anche in tale decisione il giudice del lavoro si riferiva espressamente alla giurisprudenza della Consulta e della Cassazione per richiamare, nella definizione del danno esistenziale, il concetto di una lettura costituzionalmente orientata dall'art. 2043 cod. civ. in correlazione agli articoli della Carta che tutelano i valori connessi alla lesione di diritti comunque fondamentali della persona.

Da ultimo, con la sentenza che ora si annota, il Tribunale di Forlì – nel caso di utilizzo nel sito *internet*, da parte della società datrice di lavoro, della fotografia di un dipendente in un contesto lavorativo per illustrare il macchinario aziendale utilizzato dal dipendente (ricorrente in giudizio per rivendicare i danni derivatigli a seguito della illegittima esposizione della sua immagine) – ha ritenuto che a) la figura del danno esistenziale, «di recente acquisizione peraltro non scontata», si considera realizzata ogni qual volta viene a essere colpita la qualità della vita della parte, in particolare quando leda un bene connesso a un rilevante interesse protetto di rango costituzionale; b) sicuramente il diritto all'immagine rientra tra gli interessi tutelabili nell'ambito del danno esistenziale, appartenendo il tema del diritto all'immagine a quel filone di «nuovi diritti», che hanno recentemente trovato nuovo vigore a difesa e tutelati in termini risarcitori sempre con maggiore attenzione anche in considerazione dell'esposizione della forza divulgativa dei *mass media*; c) al fine della verifica di tale danno, la situazione che si determina appare ben diversa dall'ipotesi del «danno alla professionalità» di per sé produttiva di un danno risarcibile, mentre nell'ipotesi di «danno dell'immagine» la mera esposizione non appare di per sé idonea a determinare un danno poiché «occorre verificare se tale danno si sia verificato e, da parte di chi agisce, dimostrarlo»; d) nella specie, l'immagine di un lavoratore intento al proprio lavoro è piena di dignità e di rispetto nei confronti dello stesso: per cui, non avendo parte ricorrente in alcun modo dimostrato – come competeva quale onere a suo carico – la sussistenza di un danno subito, non può procedersi a un risarcimento dello stesso, sicché conclusivamente, pur non essendo stata provata la legittimità dell'esposizione dell'immagine del lavoratore nel sito dell'azienda, la domanda di risarcimento veniva respinta per mancato adempimento dell'onere probatorio di parte del ricorrente sul punto della concreta sussistenza di un danno risarcibile.

Si è ritenuto opportuno trascrivere quasi integralmente i passi essenziali della sentenza in quanto dalla concatenazione degli stessi si evidenzia che tale decisione tende

a proseguire un discorso che ha come presupposto il contenuto delle precedenti sentenze del medesimo giudice del lavoro e si pongono nell'ambito di una corretta applicazione dei principi fissati dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione.

In particolare, la prudenziale constatazione sull'acquisizione in giurisprudenza della categoria del «danno esistenziale» si riporta alla prospettiva unitaria dell'art. 2059 cod. civ. definita dalla Cassazione al fine di attuare una stima completa di tutti i danni non patrimoniali, anche se giustamente è stata ritenuta siffatta conclusione valida per il passato – donde l'accezione contenuta in sentenza di «acquisizione non scontata del danno esistenziale» –, mentre «l'imminente futuro è dominato dal ruolo della Corte Costituzionale, dalla quale si attende lo stesso coraggio della Suprema Corte» (così, incisivamente, E. Navarreta, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, cit.).

Sul piano probatorio, la valutazione del Tribunale di Forlì – che aveva accolto la domanda di risarcimento del vigile urbano la cui effigie sagomizzata era stata esposta al pubblico e che, invece, ha respinto la domanda di risarcimento del lavoratore la cui fotografia era stata esposta nel sito *internet* nel contesto lavorativo – non può che essere apprezzata anche perché, anche in questo caso, si viene a collocare nell'itinerario tracciato dalle Corti in una materia caratterizzata da un continuo divenire, specie sulla scorta di quanto avvertito fin dalla sentenza n. 184/1986 della Corte Costituzionale, secondo cui «il cumulo tra le tre voci di danno, pur generando pericoli di sperequazioni (i soggetti che percepiscono un attuale reddito lavorativo hanno diritto a richiedere una voce di danno in più) dovrebbe “consigliare” cautela nella liquidazione dei danni in esame, onde evitare, da un canto, duplicazioni risarcitorie e, dall'altro, gravi sperequazioni nei casi concreti».

Il Tribunale di Forlì, nel raccogliere così il «consiglio» della Consulta, s'inserisce validamente in quel tipo di giurisprudenza che si eleva a organo della «coscienza sociale» competente a sviluppare i principi generali di diritto e a elaborare i criteri di valutazione che ne costituiscono il contenuto (E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 218).

Alessandra Raffi

Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Milano

TRIBUNALE MILANO, 25 giugno 2005 – Est. Sala – Bellotto (avv. Scarpelli) c. B. S. Milano S.r.l. e Dorado S.r.l. (avv. ti Fusillo, Punzi e Biffi).

Patto di prova – Sottoscrizione – Prestazione di lavoro – Posteriorità.

Gruppo d'impresa – Affiliazione commerciale – Incidenza dell'affiliante sull'attività di gestione dell'affiliato – Struttura gerarchica unitaria – Rilevanza giuridica ai fini dell'applicazione dell'art. 18 Stat. lav.

Sussiste la nullità del patto di prova e l'illegittimità del licenziamento qualora risulti che il dipendente abbia iniziato a lavorare prima della stipulazione del patto di prova (1).

Qualora i responsabili di una società che assume il ruolo di franchisor interferiscano direttamente sulla gestione del personale alle dipendenze della società che assume il ruolo di franchisee e possa considerarsi esistente un'unica struttura gerarchica, l'indice numerico di cui all'art. 18, legge n. 300/1970, deve essere riferito al gruppo formato dalle predette società quale centro di imputazione unitario dei rapporti di lavoro (2).

(Omissis)

1. — *Illegittimità del licenziamento* —

Il licenziamento è stato intimato al ricorrente all'esito del periodo di prova.

Si deve peraltro concordare con la difesa attrice che a questo proposito eccepisce la nullità del patto di prova in quanto successivo all'inizio della prestazione lavorativa.

Va premesso che in data 23 maggio 2003 la convenuta B. S. Milano ha sottoposto al ricorrente una proposta di assunzione prevista a partire dal 9 giugno 2003 (doc. 3 parte convenuta); nella lettera peraltro si fa riferimento alla retribuzione, all'inquadramento, alla sede di lavoro, alle future mansioni di responsabile del punto vendita, ma non si fa riferimento alcuno a eventuale patto di prova.

È poi seguita – con l'indicazione della data 9 giugno 2003 – la vera e propria lettera di assunzione nella quale, oltre alle altre indicazioni, compare quella relativa a 60 giorni di prova di lavoro effettivo.

Risulta peraltro dalla stessa data indicata a fianco della sottoscrizione del ricorrente che quest'ultimo l'ha ricevuta solo in data 18 giugno 2003. D'altro canto nella memoria difensiva la stessa B. S. Milano ammette che il ricorrente ha iniziato a prendere regolarmente servizio presso il punto vendita di viale Sarca in data 9 giugno 2003, data nella quale la società – dagli uffici amministrativi in Monterotondo – aveva inviato a mezzo corriere a Milano la lettera di assunzione stessa pervenuta però il 19 giugno 2005 (le diverse dichiarazioni rese nel libero interrogatorio dal rappresentante della B. S. Milano non possono essere prese in considerazione perché tardive e prive di qualsiasi allegazione probatoria).

Ebbene, alla luce delle stesse evidenti ammissioni della convenuta, risulta indiscutibile che il ricorrente ha iniziato a lavorare ben prima della stipulazione del patto di prova, che comunque non era neppure previsto nella preliminare proposta del maggio precedente.

Alla luce del costante orientamento della Suprema Corte che vede la necessaria contestualità della stipulazione per iscritto del patto di prova con l'inizio della prestazione lavorativa, attesa la necessità di forma scritta *ad substantiam*, ne deriva la nullità del patto di prova stesso e la illegittimità del licenziamento intimato senza motivo o giustificazione alcuna se non il mero riferimento alla libera risoluzione durante la prova.

2. — *Conseguenze della illegittimità del licenziamento* —

Poste le precedenti premesse relative alla illegittimità della risoluzione, le conseguenze si differenziano a seconda della entità numerica del contesto aziendale di riferimento.

Sostiene a questo proposito la B. S. Milano che non potrebbe trovare applicazione l'art. 18, legge n. 300/70, invocato da parte attrice, vertendosi in un contesto aziendale comunque inferiore alle 15 unità.

Sostiene invece la parte attrice che il contesto numerico sarebbe superiore per due sostanziali ragioni: da un lato in quanto, a seguito della verifica di libri matricola, in riferimento alla situazione degli ultimi tre mesi precedenti la risoluzione, la società conterrebbe un numero superiore a 15 unità; d'altro lato ci si troverebbe davanti a un unico centro di imputazione imprenditoriale attese le forti connessioni esistenti fra le due società convenute.

Ritiene il giudicante che le tesi di parte attrice meritino di essere condivise.

Non tanto sotto il primo profilo, perché effettivamente ritiene il giudicante che la situazione aziendale di riferimento debba essere ri-

scontrata alla data del licenziamento; in questa prospettiva il numero dei dipendenti è, sia pur di poco, inferiore ai 15 nell'ambito del Comune di Milano.

La tesi della parte ricorrente invece deve essere seguita in merito al secondo profilo relativo alle accertate connessioni fra le società convenute emerse con sufficiente chiarezza nel corso della istruttoria.

Infatti è venuta alla luce una struttura di carattere gerarchico che vede al vertice i responsabili della Dorado S.r.l., i quali direttamente interferiscono – sotto diversi aspetti – nella gestione dell'attività della B. S. Milano.

In particolare si deve rilevare che: la teste Ferretti, intimata da entrambe le parti, dipendente Dorado e addetta allo sviluppo del marchio *Body Shop*, ha dichiarato di essersi occupata della selezione del personale B. S., sia pure per garantire gli *standard* voluti dall'azienda e dalla casa madre per i vari negozi; ha addirittura riconosciuto che poteva capitare che la stessa si occupasse anche della consegna delle lettere di licenziamento a seconda delle situazioni; ha ammesso di aver dato direttive di lavoro sia pur finalizzate a garantire gli *standard* di allestimenti e dello *staff* che lavora nei punti vendita; si è occupata anche della determinazione dei turni e degli orari, occupandosi della gestione dei tempi delle attività lavorative in funzione sempre di quanto richiede il marchio; in caso di rilevazione di comportamenti non congrui dei dipendenti, la Ferretti ha dichiarato di aver effettuato la segnalazione al responsabile senza escludere di avere alle volte articolato lei stessa la contestazione elaborando una sorta di bozza.

L'altra teste intimata da entrambe le parti, ovvero la Zanolungo, sempre dipendente della Dorado addetta alla formazione del personale per tutti i *Franchisee* del mercato italiano, ha dichiarato di avere effettuato corsi di formazione direttamente al personale B. S. e di avere condotto il colloquio relativo alla selezione del ricorrente; ha affermato di avere svolto attività lavorativa al fine di dimostrare, nel corso della formazione, gli *standard* proposti dalla casa madre; la teste tuttavia ha inoltre testualmente dichiarato che «esiste una struttura in base alla quale la responsabile del negozio di Corso Vittorio Emanuele risponde alla signora Ferretti. Nella struttura gerarchica c'è il responsabile di negozio che risponde all'area *manager* ovvero alla signora Ferretti. Non so quest'ultima a chi risponda esattamente».

Senza contare quanto emergente dalle dichiarazioni della teste Meneghetti intimata da parte attrice, *ex vice* responsabile del negozio di Viale Sarca, che ha confermato innanzi tutto la qualifica

di «capo area» in capo alla Ferretti, confermando altresì la avvenuta formazione del ricorrente per opera della signora Zanolungo; la teste ha precisato come la Ferretti venisse molto di frequente, si occupasse di vendita, cassa, di cesti regalo, stabiliva i turni per l'orario di lavoro dei dipendenti del negozio e si occupava della corrispondenza e dei documenti. La teste ha sottolineato come la lettera di licenziamento le fosse stata consegnata alla presenza delle sole Zanolungo e Ferretti.

Soltanto la teste Calabrò ha rappresentato una situazione di presenza di Zanolungo e Ferretti ai soli fini dell'allestimento del nuovo negozio; tuttavia ha dichiarato di avere dato direttive di lavoro al ricorrente finché era stata presente nel negozio, ma non ha escluso che il medesimo, in sua assenza, avesse preso direttive direttamente dalla Zanolungo o dalla Ferretti.

Alla luce di quanto sopra ritiene il giudicante che le interconnessioni emergenti fra le due aziende siano significative dell'unicità del gruppo quale unico datore di lavoro.

L'incidenza dell'azione della Ferretti definita, da ben due testi, come «area *manager*» alla quale rispondeva la responsabile B. S. Milano del negozio di Corso Vittorio Emanuele, fa emergere la sussistenza di un'unica struttura organica; il fatto che la medesima si occupasse addirittura dei tempi di lavoro, dei turni e degli orari (che in realtà ben poco possono avere a che fare con il marchio) che si occupasse della consegna delle lettere di licenziamento o delle bozze delle lettere di contestazione, evidenzia una fortissima interferenza dei responsabili della Dorado S.r.l. nella struttura organizzativa del personale della B. S. Milano al punto che, a buon diritto, il ricorrente ne evidenzia la unicità ai fini della sussistenza di un unico complesso aziendale numericamente superiore alle 15 unità.

Tale interconnessione va ben al di là di quello che richiede il contratto di *franchising* che, come è noto, ha la funzione economica di stabilire una rete di distribuzione con caratteristiche organizzative e segni distintivi omogenei, ma gestita da imprenditori indipendenti dal produttore. Questo comporta l'utilizzo di segni distintivi concordati, di seguire le modalità di esercizio pattuite con il *franchisor*, spesso di un patto di esclusiva, l'obbligo per il *franchisor* di fornire i prodotti da distribuire, l'assistenza necessaria.

Invece nella fattispecie di cui è causa si deve rilevare che l'interferenza dei responsabili della Dorado S.r.l., che assume il ruolo di *franchisor*, ha riguardato direttamente, per i profili sopra ricordati,

la gestione dello stesso personale del *franchisee*, istituendo un'unica struttura gerarchica.

Dovendosi dunque le due società convenute considerarsi alla stregua di un unico gruppo imprenditoriale si deve applicare al ricorrente la tutela reale con tutte le relative conseguenze indicate in dispositivo in applicazione dell'articolo 18, legge n. 300/70, anche se l'obbligo specifico della reintegrazione non può che essere posto a carico della sola B. S. Milano che figura essere il datore di lavoro stipulante il contratto di lavoro con il ricorrente. (*Omissis*)

(1-2) RIFLESSIONI SU *FRANCHISING* E
AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA TUTELA REALE

1. — Nella sentenza in epigrafe il Tribunale di Milano prende posizione sul problema relativo all'individuazione del campo di applicazione della disciplina di cui all'art. 18, legge n. 300/1970, laddove la società datore di lavoro occupi meno di quindici dipendenti ma risulti saldamente integrata a un'altra società per mezzo di un contratto di *franchising*.

Nella vicenda in esame un dipendente, licenziato da una società datore di lavoro che occupa alle sue dipendenze meno di quindici dipendenti e assume la qualità di *franchisee* nei confronti di un'altra società, chiede l'applicazione della tutela reale. Nel corso dell'istruttoria emerge l'esistenza di una struttura gerarchica unitaria tra la società *franchisor* e la società *franchisee*. Infatti, i responsabili della società *franchisor* esercitavano un'incidenza forte e diretta sull'attività di gestione del personale del *franchisee*: in particolare svolgevano l'attività di selezione e formazione del personale, organizzavano i turni e gli orari di lavoro, consegnavano le lettere di licenziamento e davano diverse direttive di lavoro. Secondo il giudice del Tribunale di Milano l'interconnessione esistente tra *franchisor* e *franchisee* «va ben al di là di quello che richiede il contratto di *franchising*» ed è «significativa dell'unicità del gruppo quale datore di lavoro»: talché le due società convenute devono essere considerate un complesso aziendale unico, superiore alle quindici unità. Sulla scorta di tale argomentazione, il giudice accoglie il ricorso e, nel dichiarare l'illegittimità del licenziamento, sulla base della nullità del patto di prova stipulato successivamente all'inizio della prestazione lavorativa (Cass., Ss.Uu., 9 marzo 1983, n. 1756; Cass. 24 gennaio 1997, n. 730, in *OGI*, 1997, I, p. 93; Cass. 15 dicembre 1997, n. 12673; Cass. 14 ottobre 1999, n. 11597; Cass. 26 luglio 2002, n. 11122; Trib. Milano, 31 gennaio 1997, in *RIDL*, 1998, II, p. 791. v. anche Aniballi, *Patto di prova e requisito della contestualità*, in *ADL*, 2005, p. 635), condanna la società datore di lavoro alla reintegrazione del dipendente.

La sentenza offre lo spunto per riflettere sulle ripercussioni del rapporto commerciale di *franchising* sull'ambito di applicazione della tutela reale: problematica, questa, che si inserisce all'interno di quella più generale che concerne gli effetti dell'integrazione contrattuale tra imprese sui rapporti di lavoro e sulle relative tecniche di tutela (v. Corazza, «*Contractual Integration*» e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Padova, 2004).

2. — L'analisi della questione che si è evidenziata presuppone una breve indagine sul significato e la portata della recente disciplina di cui alla legge n. 129/2004, mediante la quale si è provveduto a tipizzare il contratto di *franchising*, per lungo tempo confinato nel territorio dell'atipicità negoziale. Nell'art. 1, legge n. 129/2004, il contratto di *franchising* o di affiliazione commerciale viene definito come «il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliazione in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi».

In base alla definizione fornita dall'art. 1, legge n. 129/2004, il contratto di *franchising* è contraddistinto dall'«indipendenza economica e giuridica» del *franchisee*. Da un punto di vista giuridico-formale, viene dunque esclusa la possibilità per il *franchisor* di esercitare forme di controllo sul *franchisee*.

L'esigenza di introdurre una disciplina in materia di *franchising* — essenzialmente rivolta ad assicurare la trasparenza del contenuto del regolamento negoziale e una durata minima del rapporto tale da consentire al *franchisee* il recupero dell'investimento effettuato — deriva dall'osservazione che, nella normalità dei casi, il rapporto commerciale in esame è caratterizzato da un assetto di poteri sbilanciato tra le parti. A tale proposito, è stato osservato come l'influsso che il *franchisor* esercita sull'attività di commercializzazione dei suoi prodotti finisce spesso con l'estrinsecarsi in forme di vero e proprio controllo e ingerenza sull'attività svolta dal *franchisee*, cui viene progressivamente sottratta la direzione economica pur nel rispetto formale della sua autonomia (v. Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, p. 88). È del resto proprio dall'osservazione che il rapporto commerciale di *franchising* è spesso caratterizzato dall'asimmetria di poteri tra le parti che trae le mosse il dibattito dottrinale e giurisprudenziale concernente la possibilità di applicare al rapporto in esame il divieto di abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9, legge n. 192/1998 (v. Ruffolo, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998, n. 192: «correzione» della autonomia contrattuale e tutela del subfornitore come professionista debole?*, in *RCI*, 1998, p. 406; Delli Priscoli, *Abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, in *RDI*, 2003, fasc. 3, p. 549; Natoli, voce *Abuso di dipendenza economica*, in *DDC*, Torino, 2003, p. 10; Agrifoglio, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, in *EDP*, 2005, n. 1, p. 253. Con riguardo alla giurisprudenza si rinvia a Trib. Roma, ord. 5 novembre 2003, e Trib. Taranto, ord. 17 settembre 2003, in *FI*, 2003, I, c. 3440; Trib. Taranto, ord. 22 dicembre 2003, in *FI*, 2004, I, c. 262; Trib. Catania, ord. 5 gennaio 2004, in *FI*, 2004, I, c. 262).

Una delle possibili spiegazioni di tale fenomeno è offerta dalla teoria detta dei contratti relazionali (Macaulay, *Non-Contractual Relations Business: A Preliminary Study*, *American Sociological Review*, 1963, vol. 28, p. 55; Macneil, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, Yale University Press, 1980, 10; Macneil, *The many futures of contracts*, *Southern California Law review*, 1974, vol. 47, pp. 691-816; Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: its shortfalls and the need for a «rich classificatory apparatus»*, *Northwestern University Law Review*, 1980-1981, vol. 75, n. 6, p. 1018; Goetz, Scott, *Principles of Relational Contracts*,

Virginia Law Review, 1981, vol. 67, n. 6, p. 1089). Per «contratti relazionali» si intende una categoria generale comprensiva di quei contratti che non possono essere classificati come contratti di scambio *spot* – caratterizzati, cioè, dalla contestualità dell'accordo con lo scambio effettivo dei beni – in quanto presentano caratteristiche quali la lunga durata del rapporto contrattuale e l'incompletezza del regolamento negoziale, che deriva dall'incapacità delle parti di tradurre importanti termini dell'accordo in obbligazioni specifiche: caratteristiche che indubbiamente presenta anche il contratto di *franchising*. Ciò che preme sottolineare è che, secondo tale teoria, il contratto «relazionale», nel significato descritto, è ulteriormente connotato dall'esistenza di un potere unilaterale in capo a una delle due parti, potere che invariabilmente sorge nel lasso di tempo che intercorre tra il momento della conclusione dell'accordo e il momento dello scambio effettivo dei beni (v. Macneil, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, Yale University Press, 1980, 10; Macneil, *The many futures of contracts*, *Southern California Law review*, 1974, vol. 47, pp. 691-816). Ulteriori osservazioni possono svolgersi adottando il punto di vista del cosiddetto neo-istituzionalismo economico, elaborato da Oliver Williamson (Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1985, New York, Free Press), che costituisce uno sviluppo ulteriore della teoria dei contratti relazionali e della teoria dei costi di transazione (v. Coase, *The Nature of the Firm*, *Economica*, 1937, n. 4, p. 386). Il *franchising* è una relazione negoziale caratterizzata da incertezza, che aumenta i costi di agenzia e il rischio di comportamenti opportunistici, e dalla natura altamente specifica o idiosincratICA dell'investimento effettuato dal *franchisee* nella relazione con il *franchisor*. Ebbene, nell'ottica di Williamson, a causa di queste due caratteristiche, le parti preferiscono sottrarre la loro relazione negoziale al «non governo» del mercato, istituendo una qualche forma di «governo privato» della stessa. A tale scopo stipulano un «contratto relazionale» – caratterizzato da lunga durata, incompletezza e, spesso e volentieri, dall'esistenza di un potere unilaterale in capo a uno dei contraenti – che costituisce lo strumento mediante il quale le parti governano privatamente la loro relazione. In uno dei suoi più recenti lavori Williamson osserva come il contratto di *franchising*, riconducibile alla categoria dei contratti relazionali, corrisponda a una struttura di governo privato delle transazioni di tipo «ibrido», che si colloca, cioè, a cavallo tra mercato e gerarchia (v. Williamson, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, *Administrative Science Quarterly*, 1991, vol. 36, n. 2, p. 269).

In linea generale, un certo potere di controllo del *franchisor* sul *franchisee* potrebbe dirsi un aspetto pressoché inevitabile del *franchising*, funzionale ad allineare gli interessi del *franchisee* a quelli del *franchisor*, in modo da contenere i costi di agenzia e il rischio di *free-riding* del distributore (due dei più gravi rischi che operazioni di decentramento distributivo comportano). Non a caso, nella cultura giuridica anglosassone il penetrante potere di controllo del *franchisor*, da un lato, e il fatto che il *franchisee* sia proprietario degli *assets*, dall'altro, sono gli elementi in base ai quali il *franchising* viene considerato come un contratto che combina sia caratteristiche proprie del lavoro subordinato (sotto il profilo del potere di controllo del *franchisor*), sia caratteristiche proprie del lavoro autonomo (sotto il profilo della proprietà degli *assets* attribuita al *franchisee*) e che perciò si colloca a cavallo tra lavoro subordinato e lavoro autonomo (v. Hadfield, *Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts*, *Stanford Law Review*, vol. 42, n. 4, 1990, pp. 927-992; Brodie, Stanworth, *Direct Sales Franchises in the U.K.*, *International Small Business Journal*,

vol. 20, n. 1, 2002, pp. 53-76; Dant, Gundlach, *The challenge of Autonomy and Dependence in Franchised Channels of Distribution*, *Journal of Business venturing*, 1998, vol. 14, pp. 35-67. Sul problema dell'effettiva indipendenza del *franchisee* v. anche Sciarra, *Franchising e contratto di lavoro subordinato. Note su una (ancora) impossibile assimilazione*, in *RDC*, 1994, I, pp. 491-523; Jeammaud, *L'assimilation de franchiseés aux salariés*, in *Droit Social*, 2002, n. 2, p. 158).

Ora, va osservato come con la legge n. 129/2004 sia stata introdotta una regolazione normativa principalmente rivolta a equilibrare i poteri delle parti nel momento genetico, piuttosto che nel momento funzionale del rapporto (con la rilevante eccezione rappresentata dall'art. 3 all'art. 3, comma 3, per il quale la durata del contratto deve essere tale da consentire all'affiliato il recupero dell'investimento effettuato nella relazione con l'affiliante, e comunque non inferiore a 3 anni). Talché la disciplina in esame non sembra nel complesso idonea a impedire che, nel corso dello svolgimento del rapporto contrattuale, la condizione di indipendenza economica del *franchisee*, seppure sussistente nel momento della conclusione del contratto, venga compromessa (v. De Nova, *La nuova legge sul franchising, I contratti*, 2004, n. 8-9, p. 764. Sull'importanza di distinguere tra contratto e rapporto, nonché tra regole concernenti l'uno e regole riguardanti l'altro, v. Cian, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti di impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *RDC*, 2004, I, pp. 851-853).

Tuttavia, l'inserzione della condizione di «indipendenza economica e giuridica» del *franchisee* nel tipo legale (art. 1, legge n. 129/2004) sembra svolgere un'importante funzione sul piano interpretativo, chiarendo che è «*franchising* genuino» solo quello contraddistinto dalla simmetria di poteri tra le parti. Di talché, dovrà concludersi di essere in presenza di un'ipotesi di «*franchising* non genuino» ogni qual volta, nel corso dello svolgimento del rapporto, l'assetto di poteri tipizzato dal legislatore subisca alterazioni e squilibri.

Lo squilibrio di poteri tra *franchisor* e *franchisee* pone due ordini di problemi giuridici. Il primo di questi – che interessa sia il diritto del lavoro che il diritto dei contratti commerciali – attiene alla tutela del *franchisee* quale contraente debole. Il secondo – di carattere prettamente giuslavoristico – attiene alla tutela dei lavoratori alle dipendenze del *franchisee*, quale datore di lavoro «debole». Infatti, lo squilibrio di poteri tra *franchisor* e *franchisee* si ripercuote negativamente sui rapporti di lavoro alle dipendenze del *franchisee*, con particolare riguardo, come è stato osservato, al profilo che attiene all'esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro, essendovi il rischio che si crei una situazione in cui colui che risulta formalmente datore di lavoro «non sia il vero interlocutore economico nel rapporto di potere sottostante al rapporto di lavoro» (Corazza, *op. cit.*, 121).

Nella vicenda giudicata dal Tribunale di Milano viene in rilievo il secondo dei due problemi descritti: problema che in linea generale si pone anche con riguardo ad altri contratti commerciali quali il contratto di appalto. Si tratta anzitutto di identificare il confine tra decentramento lecito e decentramento illecito, ovvero tra uso lecito e uso illecito dello strumento del contratto commerciale a tale scopo: la patologia emerge nel momento in cui l'imprenditore si avvale in modo fraudolento dello schermo della formale autonomia giuridica, dell'*alterità*, di un altro imprenditore-datore di lavoro, allo scopo di restringere artificiosamente i confini della propria organizzazione e, al contempo, i confini del concetto giuridico di datore di lavoro; secondariamente, di identificare gli strumenti di cui l'ordinamento giuridico dispone per reagire dinanzi al verificarsi dell'evenienza così descritta.

3. — Nel caso di specie il *franchisor*, nel corso dello svolgimento del rapporto, si appropria e in concreto esercita quote del potere di direzione e controllo sul *franchisee* e, dietro lo schermo della sua formale autonomia, ne governa dall'esterno l'attività di impresa.

Può farsi ricorso agli istituti di carattere generale della simulazione o della frode alla legge. Nella fattispecie concreta non sembrano sussistere i presupposti tipici della simulazione in quanto le parti intendevano realmente costituire un rapporto di *franchising*, come dimostra l'assenza di un accordo simulatorio. È quindi al secondo dei due istituti – la frode alla legge – che sembra opportuno riferirsi.

Viene anzitutto in rilievo l'art. 1344 cod. civ., per il quale «si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa» (in generale v. Giacobbe, voce *Frode alla legge*, in *ED*, vol. XVIII, Milano, p. 187; Bianca, *Diritto Civile*, vol. 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 625; Carraro, *Negoziio in frode alla legge*, Padova, 1943). Nella vicenda in esame il *franchisor* utilizza l'effetto tipico, peraltro voluto, del contratto di *franchising*, quale mezzo per realizzare una situazione di gestione e organizzazione unitaria delle imprese gestite rispettivamente da lui e dal *franchisor*. Il risultato finale dell'operazione è quello di eludere l'applicazione della tutela reale del posto di lavoro. E dunque, il contratto di *franchising* potrebbe essere qualificato come in frode alla legge, ai sensi dell'art. 1344 cod. civ., in quanto ha costituito il mezzo, di per sé lecito, per realizzare un risultato vietato dalla legge.

La rilevanza dell'istituto della frode alla legge – inteso come principio generale accolto all'interno dell'ordinamento (v. Giacobbe, *op. cit.*, p. 189) – emerge giuridicamente anche sotto un ulteriore e più delicato profilo che attiene alla repressione dei fenomeni di cosiddetto abuso di personalità giuridica (v. Bigiavi, *Responsabilità illimitata del socio «tiranno»*, in *FI*, 1960, I, p. 1180; Galgano, voce *Persona Giuridica*, in *DDP*, vol. XIII, Torino, 1995, pp. 392 ss.; Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. 1, Padova, 1999, p. 193).

I problemi di abuso della personalità giuridica si pongono soprattutto con riguardo alle società di capitali, dove una società può venire costituita dai soci al solo scopo di ottenere il beneficio della responsabilità limitata (v. Bigiavi, *op. cit.*; Galgano, voce *Persona Giuridica*, cit., p. 404; Cottino, *Diritto commerciale. Le società*, vol. I, 2, Padova, 1999, p. 204), e nei gruppi di società, dove un'attività di impresa può venire frammentata tra una pluralità di società al solo scopo di ridistribuire responsabilità e obblighi tra più soggetti, separati sul piano giuridico formale ma non sul piano sostanziale. Questa seconda ipotesi pone problemi delicati anche da un punto di vista del diritto del lavoro. A ben vedere, il principio giuridico della separazione soggettiva tra società appartenenti al medesimo gruppo, nei fatti, si risolve in incentivo per i soci a frammentare la propria attività di impresa tra i diversi soggetti appartenenti al gruppo, così da ottenere il risultato di restringere i confini del concetto giuridico di datore di lavoro.

Nell'ordinamento giuridico anglosassone questo problema è noto come *Capital Boundary Problem*; espressione con cui ci si riferisce al caso in cui due imprese, ciascuna delle quali dotata della propria soggettività giuridica, e dunque formalmente autonoma e distinta dall'altra, costituiscano, nella sostanza, un'entità economica unitaria: risultato cui si può pervenire attraverso meccanismi giuridici quali la titolarità della maggioranza degli *assets* di un'altra società ovvero di una relazione contrattuale dotata di caratteristiche peculiari (generalmente si tratta di contratti per la fornitura

di beni o servizi a lungo termine) (v. Collins, *Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration*, in *Modern Law Review*, 1990, vol. 53, p. 731; Deakin, *The Changing concept of «Employer» in Labour Law*, in *Industrial Law Journal*, 2001, vol. 30, pp. 79-80; Deakin, Morris, *Labour Law*, Reed Elsevier (UK), 2001, pp. 212-216). In queste ipotesi, nel Regno Unito, sia la legge che la giurisprudenza consentono, seppure non senza incertezze e ambiguità, che la formale separazione soggettiva tra le due imprese o società venga superata (*piercing the corporate veil*), e che i due soggetti vengano trattati come uno solo ai fini dell'imputazione di talune responsabilità e obbligazioni, tra cui quelle proprie del datore di lavoro (v. Collins, *op. cit.*, pp. 739-740).

Il superamento della separazione soggettiva presenta tuttavia ostacoli maggiori, di ordine concettuale, all'interno del nostro ordinamento dove «l'istituto della persona giuridica ha dato luogo a una esasperata costruzione dogmatica» (v. Scafì, voce *Persone Giuridiche*, in *EGT*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 10). Per tale ragione, parte della dottrina e della giurisprudenza commercialistica ha suggerito di rileggere il principio di *alterità* o di separazione soggettiva della persona giuridica rispetto alle persone dei soci o alle altre società partendo da una rivisitazione critica del concetto di persona giuridica, che altro non sarebbe se non un utile strumento linguistico riassuntivo di una normativa speciale avente a oggetto rapporti intercorrenti tra persone fisiche (Con riguardo alla dottrina v. Galgano, voce *Persona Giuridica*, cit., p. 392; Galgano, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 193. Con riguardo alla giurisprudenza sul punto v. in particolare Cass. 8 novembre 1984, n. 5642, in *GI*, 1985, I, 1, p. 426; Corte d'App. Roma, 28 ottobre 1986, in *GI*, 1987, I, 2, p. 460. v. Galgano, *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli obiter dicta della Cassazione)*, in *CI*, 1987, p. 365). Compito dell'interprete è quello di determinare le condizioni d'uso del concetto di persona giuridica. È precisamente la determinazione di tali condizioni d'uso che consente di sventare gli abusi di personalità giuridica. «Abusare» della personalità giuridica – trarre, cioè, illegittimo profitto dall'interposizione dello “schermo” della persona giuridica – significa, tecnicamente, godere di una disciplina speciale in situazioni diverse da quelle che ne giustificano l'applicazione: significa fruire dell'esenzione dal diritto comune oltre i limiti entro i quali il legislatore aveva inteso contenerla» (v. Galgano, voce *Persona Giuridica*, cit., p. 400). Il problema della repressione degli abusi di personalità giuridica si pone dunque negli stessi termini di un problema di interpretazione e applicazione di norme. In questo senso diventa possibile infrangere lo schermo della personalità giuridica ogni qual volta non sussistano nel caso di specie i presupposti per l'applicazione della disciplina speciale.

La tendenza della dottrina e della giurisprudenza commercialistica ad assumere un atteggiamento meno formale e più critico dinanzi all'idea di intangibilità della autonomia soggettiva della persona giuridica ha influenzato una parte della dottrina e della giurisprudenza lavoristica, che ha mostrato una sensibilità crescente dinanzi al relativo problema di intangibilità della persona giuridica quale datore di lavoro (v. Nappi, *Le vicende traslative dell'azienda nell'ambito dei fenomeni societari*, in *DL*, 1994, I, pp. 257-283; Nappi, *Collegamenti societari, intermediazione ed effettività della tutela*, in *DL*, 1995, II, pp. 281-289). Con riguardo alla giurisprudenza, ci si riferisce in particolare al consolidato orientamento in materia di collegamento societario, per il quale lo schermo della autonoma soggettività di una società, che assume la qualità formale di datore di lavoro e che risulta essere economicamente e funzionalmente collegata ad altre società, può essere infranto (anche ai fini dell'accertamento del requisito occu-

pazionale previsto per l'applicazione dell'art. 18 Stat. lav.) ogni qual volta, alla luce di determinati elementi di fatto – quali l'unicità della struttura organizzativa e produttiva; l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune; un coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese –, questa risulti essere stata creata artificialmente, allo scopo fraudolento di eludere l'applicazione delle norme sui licenziamenti individuali o collettivi, frazionando un'attività organizzata e gestita in modo sostanzialmente unitario tra i diversi soggetti appartenenti al gruppo (v., tra le tante, Cass. 18 aprile 1986, n. 2756, in *FI*, 1987, I, c. 1847; Cass. 9 novembre 1992, n. 12053, in *NGL*, 1993, p. 339; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261, in *NGL*, 1995, p. 381; Cass. 1° aprile 1999, n. 3136, in *NGL*, 1999, p. 467; Cass. 10 novembre 1999, n. 12492, in q. *Riv.*, 2001, n. 1, p. 49; Cass. 14 novembre 2002-24 marzo 2002, n. 4274, in *ND*, 2003, p. 721; Pret. Pozzuoli, 13 gennaio 1995, in *DL*, 1995, I, p. 276; Pret. Milano, 19 gennaio 1998, in *RIDL*, 1998, II, p. 728; Trib. Milano, 24 aprile 1998, in *RIDL*, 1998, II, p. 729). La tecnica sanzionatoria di repressione dell'abuso è costituita dunque dal superamento dello schermo dell'autonomia soggettiva della persona giuridica quale datore di lavoro e si fonda giuridicamente sull'istituto della frode alla legge.

Il percorso argomentativo seguito dal giudice del Tribunale di Milano può essere inquadrato nell'ambito di questo orientamento giurisprudenziale. Secondo il giudice, dagli elementi di fatto è emersa l'esistenza di un'unica struttura gerarchica tra la società *franchisor* e la società *franchisee*. L'interconnessione tra le due società va «ben al di là di quello che richiede il contratto di *franchising* che, come è noto, ha la funzione economica di stabilire una rete di distribuzione con caratteristiche organizzative e segni distintivi omogenei ma gestita da imprenditori indipendenti dal produttore» ed è significativa «dell'unicità del gruppo quale unico datore di lavoro». L'autonomia soggettiva della società *franchisee* è, alla luce dei fatti, mero schermo, contenitore vuoto, utilizzato dalla società *franchisor* in chiave elusiva, per frammentare un'attività di distribuzione che nella sostanza è rimasta unitaria. Il giudice, allo scopo di reprimere l'abuso, consente che venga superata la separazione soggettiva tra le due società e venga individuato un centro di imputazione unitario dei rapporti di lavoro agli effetti dell'applicazione dell'art. 18 Stat. lav.

La riconduzione dell'argomentazione del giudice all'orientamento giurisprudenziale consolidato in tema di collegamento societario non sembra ostacolata dal fatto che, nel caso di specie, il vincolo tra le due società sia costituito da un contratto di *franchising* anziché da una partecipazione azionaria. In proposito basti considerare che, in base a quanto accennato nel secondo paragrafo, nel corso dello svolgimento del rapporto contrattuale di *franchising* possono concretizzarsi i presupposti per l'esercizio da parte del *franchisor* di un vero e proprio controllo contrattuale sul *franchisee*, rilevante ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 3, cod. civ., per il quale «sono considerate società controllate [...] le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con la stessa» (v. Musso, *Il controllo societario mediante «particolari vincoli contrattuali»*, in *CI*, 1995, p. 19; Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996).

Si sottolinea, infine, come il giudice del Tribunale di Milano ritenga sussistente il carattere fraudolento dell'operazione a prescindere dall'accertamento dell'esistenza di

un intento fraudolento delle parti. Viene accolta, dunque, una concezione oggettiva della *fraus legis* (cfr. Pret. Milano, 19 gennaio 1998, cit.; Cass. 1° aprile 1999, n. 3136, cit. Con riguardo alla dottrina sul punto si rinvia a Bianca, *Diritto Civile. Il contratto*, vol. 3, Milano, 2000, p. 625. Accoglie invece una concezione subiettiva di frode alla legge Carraro, *Negozio in frode alla legge*, Padova, 1943).

4. — Anche se la questione non è stata prospettata dalle parti al giudice, sembra utile, per completezza, domandarsi se nella vicenda in esame sussistessero eventualmente i presupposti per chiedere l'applicazione del divieto di somministrazione irregolare, sancito dall'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, sanzionato con la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore della prestazione lavorativa.

In linea generale il contratto di *franchising* configura un'ipotesi di somministrazione irregolare allorché il controllo esercitato dal *franchisor* sul *franchisee* ne comprometta la qualità di datore di lavoro sul piano sostanziale che attiene all'esercizio dei poteri tipici, talché si produca una frattura tra le componenti essenziali minime del concetto di datore di lavoro – titolarità formale del rapporto di lavoro e utilizzazione sostanziale della prestazione lavorativa – al di fuori dei limiti soggettivi e oggettivi stabiliti dal legislatore (artt. 20-21, d.lgs. n. 276/2003) (sul punto in linea generale v. P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, coordinato da Pedrazzoli, Bologna, 2004; M. T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di M. T. Carinci, Cester, Milano, 2004; Scarpelli, *Art. 27. Somministrazione irregolare*, in *La Riforma del Mercato del Lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di Gragnoli, Perulli, Padova, 2004; Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Come cambia il lavoro. Commentario al d.lgs. n. 276/2003*, Milano, 2004; Corazza, *op. cit.*).

Nel caso di specie si sarebbe dovuto verificare, da un lato, che i dipendenti del *franchisee* nella sostanza ricadevano all'interno dell'area di incidenza del potere direttivo, organizzativo e di controllo del *franchisor*; dall'altro, che l'attività gestita dal *franchisee* si riduceva alla mera fornitura di lavoro, senza alcun valore aggiunto imprenditoriale, in termini di *know-how* o assunzione di un rischio di impresa. (A tale scopo occorre fare riferimento all'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, che individua nell'organizzazione – che può anche risultare, «in relazione alle esigenze dell'opera o servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto» – l'elemento su cui si fonda la valutazione della genuinità dell'appalto e, più in generale, dell'attività di impresa. Talché nei settori *labour* e *knowledge intensive*, la valutazione della genuinità dell'attività di impresa si fonda sull'esercizio dei poteri tipici di organizzazione e direzione da parte del datore di lavoro. V. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, Napoli, 2002, p. 27; P. Ichino, *op. cit.*, pp. 265-273; Scarpelli, *op. cit.*, pp. 420 ss.; Corazza, *op. cit.*, cap. 1 e cap. 5. Sul ruolo centrale che svolgerebbe a tali fini l'esercizio del potere direttivo v. De Luca Tamajo, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *ADL*, 2005, p. 483).

In proposito sembra utile il riferimento a un recente orientamento della giurisprudenza di merito, per il quale il contratto di *merchandising* non configura un'ipo-

tesi di interposizione vietata, di cui all'art. 1, legge n. 1369/1960, data, da un lato, l'inesistenza di un rapporto giuridico tra interponente e interposto (il centro commerciale, all'interno del quale vengono svolti i servizi di *merchandising* e *promotion* dei prodotti di una certa impresa, è, infatti, del tutto estraneo al contratto di *merchandising* formalmente stipulato tra detta impresa e l'agenzia specializzata in tali servizi); dall'altro, l'esclusione che, nella vicenda concreta, il soggetto interponente (il centro commerciale), all'interno della cui organizzazione veniva svolta l'attività di distribuzione, esercitasse di fatto sui *merchandisers* i poteri di direzione, organizzazione e controllo, tipici del datore di lavoro (v. Pret. Modena, 29 maggio 1996, in *RIDL*, 1996, II, p. 717; Trib. Milano, 15 maggio 2000, in *RIDL*, 2001, II, p. 26; Trib. Modena, 27 dicembre 2000, in *MGL*, 2001, p. 479; Trib. Milano, 28 novembre 2001, in *RIDL*, 2002, II, p. 518).

Ebbene, venendo al caso di specie, va osservato come tra *franchisor* e *franchisee* sussista un rapporto commerciale, un rapporto di *franchising*, su cui si fonda giuridicamente la possibilità per il *franchisor* di trarre benefici dall'attività di distribuzione svolta da lavoratori alle dipendenze del *franchisee*. Sicché, al fine di accertare se sussistessero i presupposti tipici della somministrazione irregolare, si sarebbe dovuto valutare se dagli elementi di fatto – quali l'esistenza di una forte e diretta incidenza del *franchisor* non tanto sull'attività di formazione, di per sé compatibile con l'oggetto del *franchising*, quanto piuttosto sull'attività di selezione, gestione e organizzazione del personale alle dipendenze del *franchisee* e l'unicità della struttura gerarchica – potesse evincersi che il potere direttivo, organizzativo e di controllo sui dipendenti del *franchisee* veniva in concreto esercitato dal *franchisor*, non dal *franchisee*.

5. — All'interno del nostro ordinamento le patologie cui può dar luogo il frazionamento artificioso di un'attività di impresa sostanzialmente unitaria sono state regolate dal diritto societario, allo scopo di soddisfare esigenze e interessi propri, quali la tutela dell'informazione e trasparenza, dell'integrità del patrimonio sociale, degli interessi degli azionisti e dei creditori sociali. Gli aspetti più significativi di tale disciplina emergono dalle norme che regolano il fenomeno del collegamento e del controllo societario (art. 2359 cod. civ.), nonché da quelle recenti, introdotte con la riforma della disciplina delle società di capitali (d.lgs. n. 6/2003), relative all'attività di direzione e coordinamento di società (art. 2497 cod. civ.) (Va osservato come una disciplina relativa all'abuso di direzione unitaria delle imprese del gruppo fosse già prevista dall'art. 90, d.lgs. n. 270/1999, in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza). Resta tuttavia fermo il principio generale della separazione soggettiva e della formale indipendenza giuridica delle società appartenenti al medesimo gruppo (v. Campobasso, *La Riforma delle Società di Capitali e delle Cooperative*, Torino, 2004, p. 76 ss.; Badini Confalonieri, Ventura, *Nuove norme in tema di direzione e coordinamento di società*, in *Il nuovo diritto societario. Commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art. 1)*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, pp. 2150 ss.). Principio, questo, che, in una prospettiva di diritto del lavoro, è stato di recente ribadito anche dall'art. 31, d.lgs. n. 276/2003, norma che limita al particolare profilo degli adempimenti amministrativi in materia di personale la rilevanza giuridica della gestione unitaria dei gruppi di impresa, individuati ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. e del d.lgs. n. 74/2002, mentre ribadisce chiaramente come tale disposizione non rilevi «ai fini dell'individuazione del soggetto titolare delle obbligazioni contrattuali e

legislative in capo alle singole società datrici di lavoro» (v. Maresca, *Disposizioni in materia di gruppi di impresa e trasferimento d'azienda. Art. 31. Gruppi di Impresa*, in *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, commentario coordinato da Pedrazzoli, Bologna, 2004, p. 345).

Negli ultimi anni si è tuttavia registrata una crescente tendenza della dottrina e della giurisprudenza commercialistica, e di una parte della dottrina e della giurisprudenza lavoristica, ad assumere un atteggiamento meno formalistico dinanzi al concetto di persona giuridica e all'idea dell'intangibilità dell'autonomia soggettiva a esso sotteso, consentendo che la separazione soggettiva tra società appartenenti al medesimo gruppo venga superata nei casi in cui, alla luce di determinati indici di fatto, emerge l'esistenza di un'attività di impresa sostanzialmente unitaria e artificialmente frazionata allo scopo di eludere norme di legge e, con particolare riguardo al caso che qui interessa, tutele lavoristiche. La sentenza in epigrafe si inserisce nell'ambito di questo filone giurisprudenziale, applicando la tecnica del superamento della separazione soggettiva all'ipotesi in cui sia un particolare vincolo contrattuale (un rapporto di *franchising* per così dire «snaturato»), anziché la titolarità di una partecipazione azionaria di maggioranza, lo strumento mediante il quale la società ottiene il risultato di eludere l'applicazione della tutela reale.

Questa tecnica sanzionatoria, che affonda le sue radici nell'esperienza sviluppata nell'ambito degli ordinamenti di *Common Law*, ha il pregio, ad avviso di chi scrive, di mettere in luce l'esigenza che il concetto di persona giuridica e il principio della separazione soggettiva vengano calati nel caso concreto, al fine di colmare la distanza tra forma giuridica e sostanza economica che atteggiamenti troppo formalistici finiscono spesso per creare (v. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *DE*, 1955, II, p. 1179): distanza che aumenta il rischio che l'applicazione delle tutele dei rapporti di lavoro finisca con l'essere condizionata dall'uso in chiave elusiva che può essere fatto del concetto di persona giuridica (cfr. Nappi, *Le vicende traslative dell'azienda nell'ambito dei fenomeni societari*, cit., p. 258).

Orsola Azzolini

Dottoranda di ricerca dell'Università Commerciale L. Bocconi

DIRITTO SINDACALE

CASSAZIONE, 18 aprile 2005, n. 7932, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Rel. Balletti, P.M. Frazzini (Conf.) – Gerboni (avv.ti Siri e Pucci) c. Ministero della pubblica istruzione-Provveditorato agli studi di Imperia (Avv. Gen. Stato), Brilla Carlo (avv.ti Lucifredi e Stoppani), S.N.A.L.S.-CONF.S.A.L. (avv.ti Lucifredi e Stoppani).

Impiegato dello Stato e pubblico in genere – Contratto collettivo – Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi – Art. 64, d.lgs. n. 165/2001 – Natura dell'accordo di interpretazione autentica – Novazione oggettiva.

Impiegato dello Stato e pubblico in genere – Contratto collettivo – Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi – Art. 64, d.lgs. n. 165/2001 – Procedimento di stipulazione dell'accordo interpretativo – Efficacia e validità dell'accordo interpretativo – Necessaria sottoscrizione da parte di tutti i soggetti stipulanti l'accordo originario – Sussiste.

Impiegato dello Stato e pubblico in genere – Contratto collettivo – Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi – Art. 64, d.lgs. n. 165/2001 – Interpretazione della clausola controversa – Giudizio di cassazione – Limiti.

L'accordo di interpretazione autentica realizzato nell'ambito della procedura prevista dall'art. 64 del d.lgs. n. 165/2001, rappresenta un episodio della vita e dell'applicazione di un contratto collettivo già vigente ed è l'esito di una attività negoziale che ritorna, a fini conciliativi, sul negozio precedentemente concluso, interpretandolo o modifican-

dolo; ne deriva la natura di novazione oggettiva dell'accordo modificativo o interpretativo sottoscritto dalle parti (1).

Secondo i principi generali in materia di novazione oggettiva, la legittimazione al compimento dell'attività negoziale diretta alla stipulazione di un accordo di interpretazione autentica, nell'ambito della procedura regolata dall'art. 64 del d.lgs. n. 165/2001, deve essere riconosciuta in capo a tutti i soggetti che hanno preso parte al precedente accordo, così come è necessario che il nuovo accordo si perfezioni con la partecipazione di tutti i soggetti autori di quello da interpretare e modificare (2).

L'interpretazione della contrattazione collettiva in tutte le sue implicazioni è riservata all'esclusiva competenza del «giudice del merito», le cui valutazioni soggiacciono, in sede di legittimità, 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 pertanto una specifica indicazione (ossia la precisazione del modo attraverso il quale si è realizzata l'anzidetta violazione e delle ragioni della obiettiva deficienza e contraddittorietà del ragionamento del giudice di merito) non potendo le censure risolversi, in contrasto con la qualificazione loro attribuita, nella mera contrapposizione di una interpretazione diversa da quella criticata (3).

(Omissis)

Con ricorso al giudice del lavoro del Tribunale di Sanremo Franco Gerboni conveniva in giudizio il Provveditorato agli studi di Imperia, Carlo Brilla e lo S.N.A.L.S.-CONF.S.A.L. al fine di ottenere il trasferimento interprovinciale concessogli presso la sede di Sanremo dall'Istituto Magistrale «Carlo Amoretti», in forza di asseriti titoli di precedenza con conseguente declaratoria dell'illegittimità del provvedimento di revoca del trasferimento emanato dal Provveditorato agli studi di Cuneo.

Analogo ricorso veniva presentato da Franco Gerboni per ottenere la declaratoria di illegittimità del provvedimento del Provveditorato agli studi di Cuneo con cui era stato annullato il provvedimento di trasferimento di esso ricorrente. Si costituivano in giudizio i cennati convenuti che impugnavano integralmente le domande del ricorrente e ne chiedevano il rigetto.

L'adito giudice del lavoro – dopo avere rilevato la necessità di un accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi secondo le modalità previste dall'art. 68-bis del

d.lgs. n. 29/1993 e avere disposto la riunione dei giudizi come dinanzi instaurati – statuiva, con sentenza «non definitiva» del 3 gennaio 2002, che «l'art. 9, *sub* 8 (comma 1), del contratto integrativo nazionale sulla mobilità della scuola va interpretato nel senso che il diritto alla precedenza sussiste solo nel caso di riduzione del numero delle aspettative sindacali retribuite».

(*Omissis*)

1. – Con il primo motivo di ricorso il ricorrente – denunciando «violazione degli artt. 64, 49, 47 e 43 al d.lgs. n. 165/2001» – censura la sentenza del Tribunale di Sanremo ove ha statuito «che non poteva riconoscersi come compiutamente esperita la procedura di cui all'art. 64 del d.lgs. n. 165/2001, dettato appunto in tema di interpretazione autentica di clausole contrattuali dubbie, ritenendo che l'obbligo di sottoscrizione dell'accordo interpretativo da parte di tutte le Organizzazioni Sindacali sarebbe sancito dall'art. 53 del d.lgs. n. 29/1993 (ora sostituito dall'art. 49 del d.lgs. n. 165, cit., che ha preso il posto della precedente normativa) che afferma che l'accordo in parola deve essere «consensuale», in quanto – secondo esso ricorrente – «gli accordi interpretativi debbono ritenersi validi ed efficaci anche se sottoscritti a maggioranza e non in forma totalitaria e, tra l'altro nel caso di specie, non può farsi a meno di sottolineare come l'accordo interpretativo sia stato sottoscritto da tutte le Organizzazioni Sindacali intervenute alla riunione del 31 maggio 2001 a esclusione dello S.N.A.L.S.-CONF.S.A.L., che ovviamente mai avrebbe sottoscritto siffatta interpretazione in quanto contraria a quanto dallo stesso apoditticamente sostenuto in giudizio, per cui ammettere che la mancata sottoscrizione dello S.N.A.L.S.-CONF.S.A.L. possa inficiare la validità dell'accordo interpretativo così come espresso sia dall'A.R.A.N. che da tutte le altre Organizzazioni Sindacali vorrebbe dire, sul piano pratico, avvantaggiare del tutto illegittimamente un soggetto che si trova in un evidente conflitto di interessi».

Con il secondo motivo il ricorrente – denunciando «violazione delle norme di ermeneutica *ex* artt. 1362 e 1363 cod. civ.» – addebita al Tribunale di Sanremo di avere fornito un'interpretazione del «contratto collettivo nazionale quadro 7 agosto 1998» «in contrasto con quella che è la comune intenzione delle parti la quale risulta chiara dalla lettura coordinata delle pattuizioni contrattuali contenute in detto contratto collettivo certamente applicabile anche al comparto scuola poiché costituente fonte di portata generale dettata per ogni comparto della pubblica amministrazione».

2. – Il primo motivo di ricorso non appare meritevole di accoglimento.

Si rileva, anzitutto, che costituisce istituto peculiare del processo del lavoro pubblico in cui è da evidenziare la rilevanza che assumono le controversie concernenti l'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro derivante dalla necessità di fare fronte al contenzioso seriale per «prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico di contenzioso» (art. 11, comma 4, lett. g, della legge n. 59/1997), l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi (art. 64 del d.lgs. n. 165/2001).

Il cennato procedimento incidentale di accertamento può essere attivato quando esista una questione (relativa, appunto, all'interpretazione, alla validità o all'efficacia di clausole collettive) «determinante» relativa a contratti o accordi collettivi nazionali e sottoscritti dall'«Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni» (in acronimo: A.R.A.N.) e, cioè, ove sussista un reale dubbio interpretativo (Corte Cost., ord. 7 giugno 2002, n. 233, che ha escluso *ex art. 3 Cost.* l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 del d.lgs. n. 80/1998, che prevede l'accertamento pregiudiziale impugnabile direttamente con ricorso per Cassazione, e non consente analogo esame diretto dei contratti collettivi di diritto comune nel lavoro privato, rimarcando la profonda diversità tra i contratti che regolano detti rapporti) (su quest'ultima conclusione Cass. n. 10974/2000).

Tanto rilevato, il problema interpretativo che si è posto nella specie (occasionato dalla richiesta, oltre che del controricorrente Carlo Brilla, dell'altra controricorrente S.N.A.L.S.-CONF.S.A.L. firmataria del contratto collettivo 7 agosto 1998, ma non della successiva «ipotesi» di accordo di interpretazione autentica) riguarda la questione se, in sede di interpretazione autentica di un precedente accordo collettivo, sia necessaria la sottoscrizione di tutte le organizzazioni sindacali firmatarie dell'accordo medesimo ovvero se, ai fini della sottoscrizione dell'accordo interpretativo (o modificativo), sia sufficiente acquisire il consenso delle associazioni sindacali che rappresentino, nel loro complesso, il 51% come media tra dato associativo e dato elettorale nel comparto e nell'area contrattuale, o almeno il 60% del dato elettorale nel medesimo ambito (art. 43, comma 3, d.lgs. n. 165/2001).

La risoluzione della cennata questione comporta l'individuazione del ruolo, nel quadro più generale della contrattazione collettiva per

i dipendenti delle amministrazioni pubbliche, di un istituto – appunto, l'interpretazione autentica dei contratti collettivi – che pare essere stato caratterizzato da vicende normative, in qualche modo, «tormentate», come sembra reso palese dalle numerose modificazioni intervenute nella relativa disciplina legislativa.

L'interpretazione autentica dei contratti collettivi è stata, infatti, introdotta dall'art. 53 del d.lgs. n. 546/1993 che, intervenendo sulla disciplina volta a regolare il rapporto tra l'accordo di interpretazione autentica e le controversie individuali (e che sembrava configurare l'intesa *ex* art. 53, dichiarando a essa applicabile l'art. 2113, comma 4, cod. civ. come una sorta di transazione non impugnabile dai singoli lavoratori interessati), ha previsto l'efficacia di tale accordo sulle controversie individuali aventi a oggetto le materie regolate dall'accordo medesimo «con il consenso delle parti interessate» (art. 53, comma 2, del d.lgs. n. 29/1993, nel testo novellato dall'art. 24 del d.lgs. n. 546/1993).

Tale disciplina è stata nuovamente modificata dal d.lgs. n. 80/1998 che, da una parte, ha, con l'art. 43, abrogato il comma 2 dell'art. 53, che regolava l'effetto dell'accordo interpretativo sulle controversie individuali attraverso il meccanismo del consenso delle parti interessate, e, dall'altra, ha introdotto, con l'art. 68-*bis*, l'accertamento pregiudiziale sulla efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi.

Le modifiche introdotte con il d.lgs. n. 80/1998 (successivamente riprodotte con il d.lgs. n. 165/2001) hanno significativamente modificato la disciplina dell'interpretazione autentica soprattutto nel suo rapporto con le controversie individuali, accentuando la funzione deflattiva del ricorso alla tutela giurisdizionale e, inoltre, affidando l'operatività dell'accordo interpretativo nei confronti delle controversie individuali non più all'accordo delle «parti interessate», ma al meccanismo processuale predisposto dall'art. 68-*bis* del T.U. n. 80/1998 (oggi art. 64 del T.U. n. 165/2001), e, in particolare, alla vincolatività, nel processo in relazione al quale viene azionato l'accertamento pregiudiziale, dell'accordo sull'interpretazione autentica o sulla modifica della clausola controversa.

La nuova regolamentazione – vale, soprattutto, rimarcare – evidenzia maggiormente la natura novativa dell'interpretazione autentica e del relativo accordo: in particolare, appare assai significativo che l'art. 68-*bis*, cit., riferisca espressamente l'accordo, oltre che all'interpretazione autentica del contratto, anche alla modifica della clausola

controversa; la circostanza, poi, che l'effetto di sostituzione della clausola interpretata, con effetto della data di vigenza del contratto collettivo, risulti riferito dall'art. 68-*bis*, in forza del richiamo in esso contenuto all'art. 54 del d.lgs. n. 80/1998, sia all'accordo modificativo che a quello interpretativo, rende ancora più evidente la natura di novazione oggettiva propria dell'interpretazione autentica dei contratti collettivi (Cons. Stato, parere n. 945/2001).

Quanto osservato con riferimento alle vicende, anche relative alla disciplina positiva, dell'interpretazione autentica dei contratti e degli accordi collettivi, rende palese come debba accogliersi la tesi che richiede, ai fini della conclusione dell'accordo interpretativo o modificativo, la sottoscrizione di tutte le parti che, a suo tempo, hanno sottoscritto il contratto collettivo e, quindi, anche di tutte le associazioni sindacali che, ammesse alla contrattazione collettiva, hanno sottoscritto il contratto o l'accordo collettivo in applicazione della disciplina dell'art. 43, comma 3, del T.U. n. 165/2001.

Al riguardo, l'interpretazione autentica, quale è disciplinata dalla vigente normativa, non si presenta come un normale procedimento di rinnovo del contratto collettivo, in esito, ad esempio, alla fisiologica scadenza di esso (la durata dei contratti collettivi nazionali viene, al riguardo, disciplinata dalla contrattazione collettiva *ex* art. 40, comma 3, T.U. n. 165/2001), ma come «un episodio» della vita e dell'applicazione di un contratto collettivo già vigente. Essa, in particolare, costituisce una fattispecie legale tipica, ancorata a presupposti specifici, costituiti, appunto, dalla esistenza di un contratto o accordo collettivo già concluso e tuttora vigente, e dalla esistenza di una controversia circa l'interpretazione di una clausola di esso. In presenza di tali presupposti, e in relazione alla necessità di risolvere la censurata controversia, viene, così, attivata la procedura conciliativa prevista dall'art. 49 del T.U., che vede, da parte dei soggetti interessati, il compimento di un'attività negoziale che ritorna sul negozio precedentemente concluso, interpretandolo o modificandolo: per cui, conformemente ai principi generali, la legittimazione al compimento di tale attività negoziale di carattere sostanzialmente novativo deve essere riconosciuta in capo a tutti i soggetti che hanno preso parte al precedente accordo, e si prescrive che, congiuntamente, il nuovo accordo si perfezioni con la partecipazione di tutti i soggetti autori di quello da interpretare e modificare.

Sulla base di quanto statuito dall'art. 49, cit. (che riconosce espressamente la legittimazione a instaurare la procedura di interpre-

tazione autentica dei contratti collettivi in capo «alle parti che li hanno sottoscritti [...] per definire consensualmente il significato della clausola controversa»), trova conferma che, essendo quella dell'interpretazione autentica una procedura conciliativa che si inserisce nelle vicende e nell'applicazione di un contratto collettivo già vigente, la norma relativa stabilisce una autonoma legittimazione, coerente con la natura sulla procedura, sia per la partecipazione a essa che per la definizione con il nuovo accordo.

Appare, pertanto, del tutto evidente come l'art. 49, cit., debba richiamare, ai fini della stipulazione dell'accordo interpretativo, le procedure per la contrattazione collettiva di cui all'art. 47, e non le norme sulla rappresentatività sindacale ai fini della contrattazione collettiva: nel caso, infatti, dell'interpretazione autentica la qualità di parte dell'accordo interpretativo è espressamente determinata, come chiarito dallo stesso art. 49, dalla qualità di parte dell'accordo oggetto di interpretazione, in relazione al quale hanno già trovato applicazione le norme di cui all'art. 40 del T.U., mentre la sottoposizione dell'accordo interpretativo alle procedure previste per la contrattazione collettiva si deve al fatto che esso è destinato a sostituire, con effetto *ex tunc*, la clausola interpretata, e deve, di conseguenza, essere sottoposto, nell'interesse generale, ai pareri e alle certificazioni previste dal medesimo art. 47: sicché ogni diversa interpretazione della norma volta all'applicazione, ai fini della conclusione a sottoscrizione dell'accordo interpretativo, della disposizione di cui all'art. 43, comma 3, T.U. n. 165, cit., si pone in contrasto con la natura conciliativa del procedimento di interpretazione autentica, e appare obiettivamente incompatibile con la disposizione, contenuta nell'ultima parte dell'art. 49, secondo cui l'accordo interpretativo sostituisce la clausola interpretata «sin dall'inizio della vigenza del contratto».

A conferma di quanto dinanzi ritenuto si rileva che l'art. 64, comma 5, del T.U. (secondo cui l'A.R.A.N. e le organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo possono intervenire nella controversia individuale di lavoro anche oltre il termine di cui all'art. 419 cod. proc. civ. e sono legittimate alla proposizione dei mezzi di impugnazione delle sentenze che decidono la questione pregiudiziale in caso di mancato accordo sull'interpretazione autentica) configura un intervento autonomo o indipendente delle organizzazioni sindacali, anche con riferimento alla fase giudiziaria che ha per oggetto la soluzione della questione interpretativa già oggetto del procedimento di interpretazione autentica conclusosi negativamente: con l'ulteriore

conclusivo rilievo che siffatta situazione processuale non può che trovare il proprio fondamento nella qualità di parte necessaria del procedimento di interpretazione autentica (e dell'eventuale accordo), di tutte le organizzazioni sindacali a suo tempo firmatarie del contratto collettivo oggetto di interpretazione.

In definitiva, nel ribadire il rigetto del primo motivo di ricorso, si conferma la decisione del Tribunale di Sanremo sul punto che, mancando il consenso di tutte le parti firmatarie del contratto collettivo «da interpretare», non poteva ritenersi eliminata l'incertezza della clausola contrattuale «in contestazione». Nel pervenire a tale conclusione preme aggiungere – per completezza di disamina – che la nota dell'A.R.A.N. datata 19 luglio 2004 – acquisita agli atti del presente giudizio a seguito dell'ordinanza di questa Corte pronunciata all'udienza del 28 gennaio 2004 e ove viene solo evidenziato che «nel caso di cui trattasi il peso delle confederazioni che hanno sottoposto l'ipotesi di accordo di interpretazione autentica e dichiarato la disponibilità alla stipulazione definitiva è pari a un valore vicino al 90%» – si pone in senso meramente fattuale e, cioè, non alla stregua di significative argomentazioni logico-giuridiche ai fini rigorosamente ermeneutici: a convalida della non condivisibilità di quanto affermato dall'A.R.A.N. nella censurata nota sta, altresì, la posizione difensiva dell'Avvocatura Generale dello Stato che, nel concludere per la conferma dell'interpretazione accolta dalla sentenza del Tribunale di Sanremo, si è dichiarata fortemente perplessa in merito al comportamento processuale tenuto nel suo intervento dall'A.R.A.N., che, quale persona giuridica di diritto pubblico (art. 46, comma 10, del d.lgs. n. 165/2001), era obbligata a uniformarsi al parere dell'Avvocatura dello Stato in argomento.

3. – Anche il secondo motivo di ricorso si appalesa infondato.

Al riguardo è da premettere che la possibilità di denunciare in Cassazione la violazione o la falsa applicazione dei contratti collettivi del lavoro pubblico, *ex art.* 40 del d.lgs. n. 165/2001, prevista in generale dal comma 5 dell'art. 63 del d.lgs. n. 165, cit., viene statuita espressamente dall'art. 64, cit., per le controversie – come, appunto, per la presente – in tema di accertamento sull'efficacia, la validità e l'interpretazione dei contratti collettivi (Cass., Ss.Uu., n. 1125/2003, che indica tale ipotesi quale «dimostrazione *per tabulas* dell'impossibilità di intendere in senso restrittivo la menzione delle procedure di contrattazione collettiva di cui all'art. 40»).

Tanto premesso, si rileva che – in materia di interpretazione dei contratti collettivi di lavoro – la parte, che intenda denunciare un errore di diritto o un vizio di ragionamento nella interpretazione di una dichiarazione negoziale o di un comportamento contrattuale da parte del giudice del merito, deve specificare i canoni ermeneutici in concreto violati e il punto e il modo in cui il giudice del merito si sia da essi discostato, perché, in caso diverso, la critica della ricostruzione della volontà negoziale e del comportamento *inter partes* operata da tale giudice e la proposta di una diversa valutazione investono il «merito» delle valutazioni del giudice e sono, perciò, inammissibili in sede di legittimità (Cass. n. 17993/2003).

Per vero, l'interpretazione della contrattazione collettiva in tutte le sue implicazioni è riservata all'esclusiva competenza del «giudice del merito», le cui valutazioni soggiacciono, in sede di legittimità, 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 l'anzidetta violazione e delle ragioni della obiettiva deficienza e contraddittorietà del ragionamento del giudice di merito) non potendo le censure risolversi, in contrasto con la qualificazione loro attribuita, nella mera contrapposizione di una interpretazione diversa da quella criticata (Cass. n. 12054/2003).

(*Omissis*)

(1-3) «TUTTI INSIEME APPASSIONATAMENTE».

OVVERO, I REQUISITI SOGGETTIVI PER LA LEGITTIMA SOTTOSCRIZIONE
DELL'ACCORDO DI INTERPRETAZIONE AUTENTICA

EX ART. 64, D.LGS. N. 165/2001

1. — Superato non da molto, in modo positivo, un primo vaglio di costituzionalità, la norma sull'accertamento pregiudiziale dei contratti collettivi continua a descrivere uno degli istituti più originali della riforma del lavoro pubblico e, al tempo stesso, una disciplina ancora caratterizzata da delicate variabili interpretative, potenzialmente in grado di intaccarne l'effettività.

La Corte Costituzionale, con sentenza 5 giugno 2003, n. 199 (Corte Cost. 5 giugno 2003, n. 199, in *LPA*, 2003, p. 885, con nota di Borghesi, *Il rinvio a titolo pregiudiziale per l'interpretazione dei contratti collettivi del pubblico impiego resiste ai primi controlli della Corte Costituzionale*, e in *Dir. mer. lav.*, 2003, 2, p. 457, con nota di L. Zoppoli, *Accertamento pregiudiziale e contratto collettivo: ancora una sentenza tranquillizzante*. Conformi i precedenti sulla questione di costituzionalità dell'art. 30 del d.lgs.

n. 80/1998 resi da Corte Cost. 7 giugno 2002, n. 233, in *Gcost*, 2002, p. 1770, e da Cass., 18 agosto 2000, n. 10974, in *GC*, 2000, I, p. 3031), aveva in effetti giustificato la disparità venutasi a creare tra lavoro privato e pubblico con riguardo a questo speciale meccanismo di raccordo tra diritto sostanziale e diritto processuale del contratto collettivo (Su questi rapporti, dopo i decreti del biennio 1997/98, v. per primo e per tutti M. D'Antona, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la «seconda privatizzazione» del pubblico impiego (osservazioni sui d.lgs. n. 396 del 1997, n. 80 del 1998 e n. 387 del 1998)*, in *FI*, 1999, I, cc. 621 ss.). Tra gli argomenti diretti a sostenere una migliore adattabilità del meccanismo alle controversie del pubblico impiego, in linea con noti precedenti (Cfr. Corte Cost. 30 luglio 1993, n. 359, in *FI*, 1993, I, c. 3279, e 14 ottobre 1997, n. 309, *ivi*, 1997, I, c. 3484), trovano spazio i caratteri peculiari della contrattazione collettiva nelle p.a., con esplicito e disinvolto richiamo all'efficacia *erga omnes* del contratto e al suo procedimento di formazione; nonché i fini deflativi propri dell'istituto, creato appunto per limitare il contenzioso seriale sulle clausole del contratto collettivo, attraverso la soluzione negoziale o l'intervento *lato sensu* nomofilattico della Corte di Cassazione.

Se, dunque, è toccato alla Consulta fornire all'istituto un primo attestato di legittimità, molte sono le questioni che ancora si agitano attorno alla norma sull'accertamento pregiudiziale. Tra queste, la più densa di possibili ricadute sistemiche resta senz'altro quella della legittimità costituzionale del procedimento laddove impone alle parti e al giudice, a causa iniziata e con effetto retroattivo, gli esiti dell'accordo non solo interpretativo, ma anche modificativo raggiunto dall'A.R.A.N. e dalle Oo.Ss. in merito alla clausola controversa. La possibile compressione dei diritti di libertà sindacale sul piano individuale e su quello collettivo, oggetto di attenta analisi da parte dei commentatori (Non potendo qui nemmeno accennare ai complessi termini della questione v., nell'ormai vasta letteratura, in vario senso, e senza pretesa di completezza, Gragnoli, *Profili di interpretazione del contratto collettivo*, Milano, 2000, pp. 337 ss.; Nogler, *Il contratto collettivo nel prisma dell'accertamento pregiudiziale*, in *DLRI*, 2000, pp. 8 ss.; Rusciano, *Giudice ordinario e relazioni sindacali nel lavoro pubblica*, in *LPA*, 2000, pp. 484 ss.; Luiso, *Commento all'art. 30*, in Dell'Olio e Sassani (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000, p. 361; De Angelis, *Riforme della giustizia del lavoro: condizionamento della giurisdizione e accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in Taruffo (a cura di), *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 2000, pp. 694 ss.; De Marchis, *Il contratto collettivo nel nuovo processo del lavoro pubblico (equilibri contrattuali ed intervento del giudice)*, in *q. Riv.*, 1999, I, pp. 25 ss.; Maresca, *Appunti per uno studio sull'interpretazione «autentica» del contratto collettivo di lavoro pubblico*, in Flammia (a cura di), *L'interpretazione dei contratti di lavoro*, Roma, 1999, pp. 156 ss.; Bollani, *L'interpretazione del contratto collettivo alla luce della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 80/1998*, in *RIDL*, 1999, I, pp. 433 ss.; da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, Gragnoli, *La cd. interpretazione autentica del contratto collettivo*, in F. Carinci e L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, pp. 490 ss., e De Angelis, *L'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi*, *ivi*, pp. 1272 ss.), costituisce esito troppo delicato e complesso del giudizio interpretativo per non ricevere, a un lustro compiuto dall'ultima revisione della norma, un messaggio davvero chiarificatore. La sentenza della Corte Costituzionale, criticata per le numerose e significative reticenze sul punto (Cfr. Borghesi, *Il rinvio a titolo pregiudiziale per l'interpretazione dei contratti collettivi del pubblico impiego*, cit., p. 901), ha invece ritenuto inammissibile la questione, e anzi ha avuto modo di confermare e consolidare la propria giuri-

sprudenza sul contratto collettivo del settore pubblico, del quale vengono invocate, in modo quasi scontato, la specialità tipologica e l'efficacia *erga omnes* realizzata in modo indiretto e senza violazione dell'art. 39 Cost., attraverso i meccanismi descritti dal d.lgs. n. 165/2001.

In questo scenario, la sentenza in commento della Corte di Cassazione (Sulla quale si legga anche il commento di Salomone, *Accertamento pregiudiziale, legittimazione a sottoscrivere il contratto collettivo di interpretazione autentica e ricorso per Cassazione*, in *LPA*, 2005, fasc. 5) affronta profili affatto marginali della disciplina, i quali potrebbero anzi fornire un contributo decisivo, da un lato, sui temi dell'efficacia soggettiva dell'accordo interpretativo, dall'altro, circa il ruolo rivestito dalla Corte di Cassazione in sede di rinvio per *saltum* sulla clausola controversa.

2. — La questione da cui origina il giudizio merita una breve ricostruzione per tappe, perché tale da rappresentare caso «di scuola» rispetto ai possibili e imprevedibili esiti della procedura descritta dall'art. 64, d.lgs. n. 165/2001.

a) La clausola controversa riguarda il combinato disposto di una norma del c.c.n.l. integrativo Scuola in materia di mobilità e dell'art. 18 (tutela del dirigente sindacale al momento del rientro da distacco o aspettativa sindacale) del Contratto collettivo nazionale quadro del 7 agosto 1998 sull'utilizzo dei diritti e delle prerogative sindacali, in particolare circa la precedenza da riconoscere in caso di mobilità a dirigenti sindacali rientrati da aspettativa. Si tratta, dunque, ed è bene evidenziarlo per quanto presto si dirà, di questione interpretativa di rilievo sul piano individuale, ma con ampie ricadute sul versante sindacale;

b) la fase «negoziale» della procedura dell'art. 64, quella che prevede la sospensione del processo e il rinvio degli atti all'A.R.A.N. per la verifica della possibilità di raggiungere un accordo con le Oo.Ss. sulla questione pregiudiziale indicata dal giudice *a quo* (art. 64, commi 1 e 2), sfocia in una ipotesi di accordo di interpretazione autentica, siglato dall'A.R.A.N. e dalle organizzazioni sindacali che, nel complesso, rappresentano circa il 90% delle sigle firmatarie l'originario testo contrattuale. Non aderiscono però R.D.B./C.U.B., U.G.L. e, soprattutto, l'organizzazione sindacale CONES.A.L.-S.N.A.L.S., parte convenuta nel giudizio di merito e controricorrente nel giudizio di cassazione;

c) sull'ipotesi di accordo si sviluppa, come previsto dalla norma con il rinvio all'art. 49, e da questo all'art. 47 del d.lgs. n. 165/2001, la ordinaria procedura di condivisione del testo contrattuale da parte dell'Organismo di coordinamento dei Comitati di settore e di controllo/certificazione da parte della Corte dei Conti;

d) giunto il momento di procedere alla convocazione dei sindacati firmatari l'ipotesi di accordo per la sottoscrizione definitiva, la Presidenza del Consiglio-Dipartimento della Funzione pubblica, in assenza di una adesione unanime sull'accordo interpretativo, richiede al Consiglio di Stato un parere circa la necessità, ai fini dell'efficacia, di una sottoscrizione del contratto di interpretazione da parte di *tutti* i sindacati firmatari del contratto da interpretare, nell'alternativa se ritenere invece sufficiente l'acquisizione del consenso a maggioranza, secondo le percentuali di cui all'art. 43, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001. Considerata la vicenda nei termini sostanziali e processuali di cui si dirà, il Consiglio di Stato rende il suo parere (Sez. I, 31 ottobre 2001, n. 955) nel senso della necessaria sottoscrizione da parte di tutti i sindacati che hanno firmato il contratto da interpretare;

e) maturato pertanto un ostacolo insormontabile al positivo esperimento della fase conciliativa di cui all'art. 64, commi 1 e 2, il giudice *a quo* decide nel merito

con sentenza sulla questione pregiudiziale controversa, sollecitando così il ricorso *per saltum* alla Corte di Cassazione.

3. — A ben guardare, il primo motivo di ricorso appare quanto meno improprio, da un punto di vista sia sostanziale che processuale. Si lamenta, infatti, che il giudice abbia proceduto nel merito sulla questione pregiudiziale (Sulla questione della obbligatorietà/discrezionalità della questione pregiudiziale e sulle relative tesi avanzate in dottrina, v. De Angelis, *L'accertamento pregiudiziale*, cit., pp. 1276 ss.) senza tenere conto di un'ipotesi di accordo largamente sottoscritta a maggioranza che avrebbe di fatto chiuso positivamente la fase conciliativa della procedura, imponendo al giudicante l'applicazione della (nuova) regola negoziale. È facile tuttavia rilevare come, in presenza di precisi requisiti legali che attribuiscono efficacia al contratto collettivo del settore pubblico (cfr. il combinato disposto degli artt. 47, comma 5, e 40, comma 4, d.lgs. n. 165/2001 che collega l'efficacia del contratto unicamente alla sottoscrizione «definitiva» dello stesso), mai il giudice *a quo* avrebbe potuto considerare efficace un accordo privo del requisito della «definitiva sottoscrizione»; a prescindere dalle circostanze che ne hanno impedito la realizzazione, tale mancata sottoscrizione è stata interpretata come *fatto-presupposto* del passaggio alla fase «contenziosa» dell'art. 64, quella nella quale il giudicante, preso atto del fallimento del sub-procedimento «negoziale», decide con sentenza la questione controversa e dispone sulla prosecuzione della causa. E allora, questa interpretazione del giudice di merito concernente la mancata formazione della volontà negoziale sull'accordo *ex art.* 49, d.lgs. n. 165/2001, poteva essere più propriamente censurata in sede ordinaria di gravame, ma non quale motivo di ricorso *per saltum* in Cassazione, ammesso solo, secondo certa condivisibile dottrina (Borghesi, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Padova, 2002, pp. 97-98; *contra*, Briguglio, *La Cassazione e le controversie in materia di pubblico impiego trasferite alla giurisdizione ordinaria*, in *RDProc*, 1998, p. 1033, e Vaccarella, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *ADL*, 1998, p. 732, i quali optano, invece, per la possibilità di avanzare, nel ricorso *per saltum ex art.* 64, d.lgs. n. 165/2001, tutti i motivi di cui all'art. 360 cod. proc. civ.), per la risoluzione della questione pregiudiziale sulla clausola del contratto.

Al di là dell'ammissibilità o meno del motivo, la Corte di Cassazione si impegna nella delicata soluzione del quesito di fondo, già affrontato e risolto dal Consiglio di Stato, circa i requisiti soggettivi di validità dell'accordo di interpretazione autentica: e in effetti, il percorso argomentativo della Corte sul punto è piuttosto lineare, collocandosi nel preciso solco tracciato a suo tempo da Palazzo Spada, con il citato parere della Sezione I, 31 ottobre 2001, n. 955 (Cfr. Cons. Stato, Sez. I, parere 31 ottobre 2001, n. 955, in *LPA*, 2002, p. 330, con nota di De Angelis, *Legittimazione a sottoscrivere l'accordo sull'interpretazione autentica di contratto collettivo di lavoro pubblico*, e in *FI*, 2002, III, c. 250).

Sul presupposto della funzione conciliativo/deflativa dell'istituto, vengono rimarcate, con riferimento all'art. 49 del d.lgs. n. 165/2001, la «consensualità» dell'accordo interpretativo (in termini di identità tra chi ha stipulato la nuova intesa e i soggetti i quali avevano concluso quella interpretata) (Così già Grandi, *L'assetto della contrattazione collettiva: un ballo in maschera*, in *LD*, 1993, p. 575), nonché la sua capacità di sostituzione della clausola interpretata, trattandosi pertanto di vicenda che va a interessare l'applicazione di un contratto collettivo già vigente e già pienamente efficace tra le parti. L'attività dei soggetti sindacali interessati, che ritornano sul negozio precedentemente concluso, interpretandolo o modificandolo, deve dunque essere qualificata,

secondo la Corte, come «novazione oggettiva», la quale richiede, da un lato, la necessaria partecipazione alla trattativa di tutte le parti che hanno preso parte all'accordo da interpretare, e, dall'altro, ai fini dell'efficacia del negozio novativo, l'altrettanto necessaria sottoscrizione da parte di tutti (Cfr. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, pp. 221-222, per la tradizionale tesi secondo cui «la competenza all'interpretazione autentica, trattandosi di negozio bilaterale o plurilaterale, richiede l'accordo di tutte le parti che vi hanno partecipato»).

Questa conclusione troverebbe conferma, da un lato, nel fatto che le procedure richiamate per la stipulazione dell'accordo interpretativo/modificativo (Si accede, anche da parte della Suprema Corte, a un uso promiscuo dei termini – cfr. art. 64, comma 3. In realtà la distinzione tra accordo puramente interpretativo e accordo modificativo, talora utilizzata in dottrina al fine di riferire solo al secondo possibili censure di incostituzionalità della norma – Borghesi, *La giurisdizione del pubblico impiego*, cit., pp. 62 ss. –, non sembra assumere nella pratica particolare rilevanza, stante il contenuto sostanzialmente sempre novativo dell'accordo di interpretazione – D'Antona, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro*, cit., p. 634), attraverso il rinvio dell'art. 49, d.lgs. n. 165/2001 (L'art. 64, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 rinvia infatti, per quanto riguarda forma, procedura e sostanza dell'accordo interpretativo/modificativo, alle disposizioni del precedente art. 49: «Interpretazione autentica dei contratti collettivi»), sono solo quelle dell'art. 47 del decreto e non quelle dell'art. 43 (appunto non richiamato) circa le percentuali di rappresentatività utili a stabilire la legittima partecipazione delle Oo.Ss. alla trattativa prima, e la legittima sottoscrizione del contratto collettivo da parte dell'A.R.A.N. poi (Su questi temi, Caruso, *Rappresentanza e rappresentatività nel pubblico impiego riformato: «l'interramento del cratere»*, in *LPA*, 1999, pp. 225 ss., e G. Fontana, *Profili della rappresentanza sindacale – Quale modello di democrazia per il sindacato?*, Torino, 2004, pp. 123 ss.). Sarebbe, infatti, la speciale natura dell'accordo interpretativo, avente presupposti e finalità diversi da quello originario, a rendere superflua una verifica della rappresentatività secondo il criterio maggioritario, dovendo questa sempre e necessariamente coincidere, in questo caso, con l'universalità dei soggetti che hanno stipulato l'accordo da interpretare, a pena di incompatibilità con la disposizione, contenuta nell'ultima parte dell'art. 49, secondo cui l'accordo interpretativo sostituisce la clausola controversa «sin dall'inizio della vigenza del contratto». Dall'altro lato, sul piano processuale, la Cassazione riconosce la qualificazione di parte necessaria dell'accordo in capo a tutte le organizzazioni sindacali firmatarie e all'A.R.A.N., per via del potere loro riconosciuto di intervento autonomo e indipendente nella controversia individuale da cui origina la questione pregiudiziale (Questo argomento presta il fianco alla diversa e prevalente considerazione svolta dalla dottrina circa la posizione processuale dell'A.R.A.N. e delle altre Oo.Ss. nel procedimento, che non può essere qualificata come intervento *ex art.* 105 cod. proc. civ. per l'impossibilità, nella procedura *ex art.* 64, della formazione di un giudicato rilevante per le parti collettive e dunque di un litisconsorzio necessario: cfr. Borghesi, *La giurisdizione del pubblico impiego*, cit., pp. 98 ss.; Luiso, *Commento*, cit., p. 363; *contra*, Chizzini, *Commento dell'art. 30, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80*, in Consolo, Luiso, Giarda e Spangher (a cura di), *Processo civile e penale. Le riforme del 1998*, Milano, 1998, p. 199).

Logico corollario delle conclusioni raggiunte in chiave gius-privatistica, evidenziato nel parere del Consiglio di Stato, ma non dalla Corte di Cassazione, è infine quello delle eccezioni al principio dell'unanimità, ovviamente circoscritte al solo caso dell'e-

stinzione, nelle more, di taluno dei soggetti stipulanti, cui non abbiano fatto seguito fenomeni di successione o trasformazione dello stesso.

4. — Come si diceva, non sembra discutibile la lineare argomentazione del Consiglio di Stato prima (Cfr. De Angelis, *Legittimazione a sottoscrivere*, cit., p. 330, il quale considera «obbligato» il risultato cui perviene sul punto il Consiglio di Stato), e della Corte di Cassazione poi, se condotta sulla rigorosa assimilazione privatistica (Cfr. Salomone, *Accertamento pregiudiziale*, cit.) dell'accordo interpretativo/modificativo a una novazione del contratto originario (Per la natura novativa dell'accordo di interpretazione autentica v. Barbieri, *La contrattazione collettiva*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, II ed., Milano, 2000, pp. 193 ss. Per la qualificazione dell'accordo come negozio di accertamento v. Gragnoli, *La cd. «interpretazione autentica»*, cit., p. 482, e ivi ulteriori riferimenti), alla quale, secondo i principi generali in materia di obbligazioni, debbono partecipare tutte le parti stipulanti l'accordo da modificare (Cfr. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento* (artt. 123-1259), in *Commentario del Codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 77; P. Rescigno, voce *Novazione* (dir. civ.), in *NDI*, IX, Torino, 1965, p. 433; Di Prisco, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato di Diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1984, 9, pp. 262 ss.). La questione ha in effetti ricevuto scarsa attenzione da parte della dottrina (Un cenno, adesivo all'impostazione poi seguita dalla Corte, in Barbieri e Leccese, *L'amministrazione del contratto tra interpretazione autentica e transazione collettiva*, in Rusciano e L. Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993, p. 297; Corso, *Interpretazione autentica dei contratti collettivi*, in Corpaci, Rusciano e L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, 1999, p. 1377; Maresca, *Appunti per uno studio sull'interpretazione «autentica»*, cit., p. 165; Luciani, *Interpretazione autentica dei contratti collettivi*, in Fiorillo (a cura di), *Il Diritto del Lavoro*, III, *Il Lavoro pubblico*, Milano, 2004, p. 489), la quale forse non poteva ancora avvertire le possibili ricadute, all'esito della prassi, di una soluzione volta a escludere *in toto* l'operatività delle regole sulla rappresentatività sindacale di cui all'art. 43 del d.lgs. n. 165/2001 sull'accordo interpretativo/modificativo di cui all'art. 49, specie se inserito nel sub-procedimento di accertamento pregiudiziale dell'art. 64.

Il caso oggetto della decisione in epigrafe diventa allora paradigmatico delle rilevanti conseguenze di sistema che la regola (inderogabile) dell'unanimità produce sull'utile ed effettivo utilizzo dell'istituto.

In modo particolare quando si tratti di controversie relative a clausole a forte attrattiva «sindacale» (diritti sindacali sui luoghi di lavoro, prerogative dei dirigenti sindacali, costituzione e funzionamento degli organismi rappresentativi del personale), è facile prevedere una ampia, se non assoluta, probabilità di paralisi della fase di (ri)negoziiazione della clausola in sede A.R.A.N. La regola dell'unanimità imprime infatti a qualunque singola sigla sindacale, anche assai poco rappresentativa rispetto al complesso dei sottoscrittori, un potere di condizionamento ben più rilevante, con la mancata adesione all'accordo di interpretazione, di quello spendibile dalla stessa sigla in sede di stipulazione dell'accordo da interpretare (Uno spunto al riguardo già in Gragnoli, *La cd. interpretazione autentica*, cit., p. 491, dove si osserva che «l'elusione del preteso dovere [a trattare sull'accordo di interpretazione] può avere luogo con facilità e senza alcuna sanzione, sia sul versante dell'Agenzia, sia (a maggior ragione) su quello delle organizzazioni sindacali, che non avrebbero responsabilità per l'eventuale, mancata par-

tecipazione agli incontri indetti dall'A.R.A.N., in esito alle segnalazioni dei giudici, in applicazione dell'art. 64). La distorsione sembra poi materializzarsi in modo quasi automatico laddove l'organizzazione sindacale abbia un interesse diretto in causa, in quanto parte costituita nel giudizio *de quo*, o come soggetto sindacale di riferimento di una delle parti costituite: in questo caso, ben rappresentato dalla decisione in epigrafe, è davvero difficile immaginare una disponibilità dell'organizzazione sindacale a sottoscrivere un accordo interpretativo/modificativo che disponga in modo diverso rispetto a quello dalla medesima inteso o presupposto.

È ben vero, come sottolinea la Corte, che tali valutazioni – implicitamente fatte proprie dall'A.R.A.N. col segnalare in memoria di udienza che l'ipotesi di accordo era stata siglata dal 90% delle associazioni sindacali interessate (Stupiscono, tra le righe della sentenza, le perplessità dell'Avvocatura Generale dello Stato circa il comportamento processuale dell'A.R.A.N., ritenuta «persona giuridica di diritto pubblico», e in quanto tale «obbligata a uniformarsi al parere dell'Avvocatura dello Stato in argomento». Se ancora si discute sulla natura dell'A.R.A.N. – cfr. L. Zoppoli, *L'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni e i comitati di settore*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, II ed., 2000, pp. 1330-1332, e ivi riferimenti bibliografici –, non è possibile dubitare della posizione autonoma e di «parte» contrattuale dell'Agenzia, con riguardo alle vicende del contratto collettivo, sia sotto il profilo sostanziale che processuale – cfr. M. T. Carinci, *Struttura, competenze e natura dell'Aran*, in q. *Riv.*, 1999, pp. 475-476; Rusciano, *Giudice ordinario e relazioni sindacali*, cit., pp. 487 ss.) – si pongono su di un piano meramente fattuale, per ciò stesso ininfluenza sulla ermeneutica della norma; ma esse evidenziano in modo netto le intime contraddizioni di un istituto probabilmente destinato a una progressiva ineffettività, almeno nella sua architettura complessa, pensata allo scopo di consegnare in via privilegiata alla sede negoziale la risoluzione della questione controversa. È dunque altrettanto vero che la «funzione deflativa del ricorso alla tutela giurisdizionale», più volte richiamata dalla Corte Costituzionale a giustificazione del sacrificio della posizione della singola parte con riguardo alla battuta di arresto e all'allungamento della controversia individuale (Cfr. Corte Cost. 5 giugno 2003, n. 199, cit.), subisce, con l'interpretazione accolta in sentenza dalla Corte di Cassazione, un significativo ridimensionamento, essendo quella funzione inderogabilmente affidata al raggiungimento dell'«unanimità» sull'accordo interpretativo/modificativo, con esclusione di accordi «separati» (Evidenza ulteriori profili di incertezza circa la reale portata deflativa dell'istituto De Angelis, *L'accertamento pregiudiziale*, cit., pp. 1285 ss.).

Altre vie sarebbero state percorribili dalla Corte con una maggiore sensibilità rispetto al dato sistematico, ma non senza la simultanea presa in carico di delicatissime e più ampie questioni, di rilevanza costituzionale, circa l'efficacia dell'accordo di interpretazione.

In effetti sarebbe anzitutto possibile distinguere tra *legittimazione a trattare* sulla clausola controversa e *rappresentatività necessaria* a conferire validità all'accordo interpretativo. Se la prima deve necessariamente coincidere con il coinvolgimento di tutte le sigle firmatarie dell'intero e originario testo contrattuale, sì da soddisfare la richiesta dell'art. 49 a che le parti si *incontrino* per «definire consensualmente» il significato della clausola controversa, la seconda potrebbe essere ricercata in un consenso espresso a maggioranza, nella peggiore delle ipotesi ridotta alle percentuali descritte dall'art. 43, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 per attribuire efficacia al contratto collettivo da interpretare. Deve essere allo scopo valorizzato, in modo uguale e contrario rispetto a

quanto operato dalla Corte, il richiamo fatto dall'art. 49 al procedimento di cui all'art. 47 del d.lgs. n. 165/2001, poiché tale procedimento presuppone sempre, nella fase di avvio e di chiusura delle trattative per il contratto nazionale, un meccanismo legale di individuazione delle parti stipulanti e della rappresentatività necessaria alla legittima sottoscrizione da parte dell'A.R.A.N., secondo il criterio maggioritario. Il meccanismo dà per scontata la possibilità, una volta raggiunte le soglie richieste dalla legge, di realizzare accordi «separati», accordi nondimeno vincolanti per tutte le amministrazioni e per tutti i lavoratori, compresi quelli iscritti alle organizzazioni sindacali che non hanno sottoscritto il contratto.

Peraltro, con riguardo al fenomeno novativo di negozi plurilaterali, l'applicazione del principio maggioritario non è del tutto estranea al nostro ordinamento, trovando la regola dell'unanimità significative deroghe, ad esempio in ambito societario. Se l'applicazione del principio maggioritario in sede di modifiche del contratto sociale costituisce la regola per quanto riguarda le società di capitali, ove esiste una precisa disposizione di legge in tal senso (cfr. artt. 2368, 2436 cod. civ.) (Cfr. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, XXIX, I, Padova, 2004, p. 369; Marasà, *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo delle S.p.a. nella riforma*, in *Gcomm*, 2003, I), anche nelle società di persone, dove invece vige il principio dell'unanimità delle decisioni relative alla modifica del contratto, si rinvengono importanti eccezioni: l'art. 2252 cod. civ. rende in generale disponibile convenzionalmente la regola dell'unanimità dei consensi in sede di modifica del contratto sociale (V., sul punto, Ferri, *Delle società (di persone)*, in *Commentario del Codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981, p. 120, ove si considera sempre necessaria l'unanimità dei consensi solo per modificare il tipo di società, o per assegnare alla società un oggetto diverso, o per mutare l'amministratore designato nel contratto sociale); l'art. 2257, comma 3, prevede che la decisione circa l'opposizione all'amministrazione disgiunta della società sia assunta a maggioranza; l'art. 2287 prevede che l'esclusione del socio sia deliberata a maggioranza (Cfr. Venditti, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, p. 38), mentre il nuovo art. 2500-ter, prevede espressamente che la trasformazione di società di persone in società di capitali possa essere decisa con il consenso della maggioranza dei soci, salvi diverse disposizioni del contratto sociale e il diritto di recesso del socio dissenziente (Sulla nuova norma, introdotta dall'art. 6, comma 1, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, v. Olivieri, Presta e Vella, *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2003, p. 341).

Come si diceva, accedendo all'ipotesi per cui l'art. 43, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 descrive una regola generale maggioritaria di formazione del consenso e di validità del contratto collettivo, comprensiva dunque della fattispecie novativa dell'art. 49 (la quale, *in parte qua*, non darebbe quindi luogo a un tipo contrattuale distinto) (Vedi L. Zoppoli, *Accertamento pregiudiziale e contratto collettivo: ancora una sentenza tranquillizzante*, cit., p. 467, il quale osserva come si tratta di garantire, anche nel procedimento ex art. 64 o 49 del decreto, che le norme sulla rappresentanza trovino piena e puntuale applicazione, «dando ai lavoratori in sede di interpretazione autentica le medesime garanzie di rappresentatività che l'ordinamento offre quando la norma collettiva viene prodotta». Per vero l'Autore, pur non affrontando la questione della legittimazione a sottoscrivere l'accordo, sembra rinviare in modo adesivo alla dottrina che ritiene indispensabile l'unanimità dei consensi), la Corte di Cassazione avrebbe dovuto predisporre alla presa in carico di serie, e forse più gravi (Cfr. Salomone, *Accertamento pregiudiziale*, cit.), conseguenze, in definitiva proprie dell'intera riforma delle relazioni sindacali e dell'efficacia del contratto collettivo del settore pubblico.

Una doppia verifica di rappresentatività – quella operata per la sigla del contratto originario e quella operata, «a imbuto», sull'ambito più ristretto delle sigle che si predispongono a sottoscrivere l'accordo di interpretazione autentica secondo le percentuali del 51 o 60% – espone il meccanismo dell'art. 43, pure se in termini diversi, all'effetto che la Corte, intuitivamente, considera qui «incompatibile con la disposizione [...] secondo cui l'accordo interpretativo sostituisce la clausola interpretata "sin dalla vigenza del contratto"». Il problema dei problemi resta cioè quello della tutela della libertà sindacale e del dissenso: non tanto, o non solo, sul piano individuale (Profilo, quello individuale, cui sembra riferirsi la Corte di Cassazione, preoccupata degli effetti (retroattivi) dell'accordo sulla posizione delle parti in causa. Cfr., sul punto, da ultimo, Bollani, *Contratto collettivo e interpretazione*, Padova, 2004, spec. pp. 203 ss. Sulla questione del dissenso individuale rispetto al contratto collettivo del settore pubblico, v., per primo e per tutti, Ghezzi, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e il sistema delle fonti*, in *DLRI*, 1996, pp. 272-274), perché l'imposizione con effetto retroattivo della nuova clausola nel processo *de quo* è imposta direttamente dalla legge, rispetto alla quale resta come detto insoluto, ma senz'altro attuale, il quesito di costituzionalità; quanto, piuttosto, sul piano collettivo, con riguardo alla libertà sindacale dell'organizzazione sindacale che, pur dissenziente rispetto alla modifica del testo originariamente siglato, si troverebbe comunque vincolata dalla modifica intervenuta a maggioranza, senza alcuna possibilità di far valere il dissenso proprio e dei propri iscritti.

Si tratta, a ben vedere, e come anticipato, di questione non nuova e di portata generale, che trova qui solo una particolare declinazione. L'art. 49 (e l'art. 64) non presenta in effetti motivi di divergenza dall'art. 39 Cost. ulteriori rispetto a quelli di qualsiasi accordo sindacale *ex d.lgs. n. 165/2001*, in quanto tutti i contratti hanno efficacia soggettiva generale e non solo quelli di interpretazione autentica (Gragnoli, *La cd. interpretazione autentica*, cit., p. 486); e anzi, «la soluzione legislativa (efficacia retroattiva dell'interpretazione autentica e della modifica a prescindere dal consenso dei litiganti) può [...] considerarsi conforme all'art. 39 Cost., se si ritiene che le associazioni agiscano in base alle stesse regole e procedure che le legittimano a stipulare i contratti collettivi, sui quali poi, all'occorrenza, intervengono con finalità essenzialmente interpretative» (Rusciano, *Giudice ordinario e relazioni sindacali*, cit., p. 485).

5. — Qualche osservazione merita anche, e infine, la seconda parte della decisione, nella quale la Corte individua i limiti del proprio sindacato con riguardo all'interpretazione del contratto collettivo di lavoro pubblico.

Si diceva come la soluzione accolta con riguardo ai requisiti soggettivi di sottoscrizione dell'accordo interpretativo renda assai improbabile la realizzazione dell'accordo stesso, in quanto vincolato al requisito dell'unanimità. La conseguenza più diretta ed evidente risiede dunque in un impulso forte al ricorso *per saltum*, sollecitato dal mancato accordo e dalla relativa decisione del giudice di merito sulla questione pregiudiziale di validità, efficacia e interpretazione del contratto collettivo.

Viene così di fatto esaltata quella funzione nomofilattica della Corte di Cassazione sul contratto collettivo, promossa dagli artt. 63, comma 5, e 64, commi 3-8, d.lgs. n. 165/2001 per il solo lavoro pubblico (e in prospettiva anche per il lavoro privato) (Cfr. l'art. 1, comma 3, lett. a, della legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (cd. decreto competitività), ove, tra i principi di delega per la modifica, mediante decreto legislativo, del codice di procedura civile, si prevede «l'estensione del sindacato diretto della Corte sull'interpretazione e sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali di diritto comune, ampliando la previsione del numero 3) del

codice di procedura civile»), proprio al fine di comprimere il contenzioso seriale sulle clausole negoziali. Questa funzione della Corte, secondo un indirizzo unanimemente condiviso in dottrina (Indirizzo poi differenziato tra chi considera tale ruolo nomofilattico fisiologicamente dovuto al conferimento alle norme del contratto collettivo del carattere dell'oggettività tipico della norma legale (Rusciano, *Contratto, contrattazione e relazioni sindacali nel «nuovo» pubblico impiego*, in *ADL*, 1997, pp. 97 ss.; Pileggi, *Riflessi sostanziali del ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione dei contratti collettivi*, in Perone e Sassani (a cura di), *Processo del lavoro*, cit., p. 107) e chi, invece, lo lega a nuovi poteri indispensabili per verificare l'interpretazione di un atto che, nonostante le peculiarità, permane nella categoria dei negozi giuridici (Vaccarella, *Appunti sul contenzioso del lavoro*, cit., p. 715; Vallebona, *Le questioni di interpretazione, validità ed efficacia dei contratti collettivi nazionali del settore pubblico*, in *GC*, 1998, II, p. 275; Briguglio, *La Cassazione e le controversie in materia di pubblico impiego trasferite alla giurisdizione ordinaria*, cit., p. 1028; Garofalo, *Il trasferimento di giurisdizione nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 1999, p. 520). Sulla questione v. anche, in termini critici, Nogler, *I profili processuali dell'interpretazione del contratto collettivo*, in *DLRI*, 1998, p. 776), comporta la possibilità di entrare «nel merito» della clausola contrattuale, stabilendo direttamente quale debba essere l'interpretazione da dare al suo contenuto e dotando così la decisione di Cassazione di quell'efficacia *ultra partes* così ben rappresentata dai commi 4, 6 e 7 dell'art. 64 (Il comma 4 dell'art. 64 prevede infatti, nella sua ultima parte, che in caso di estinzione del processo per qualsiasi causa «la sentenza della Corte di Cassazione conserva i suoi effetti»; il comma 6 dispone la possibilità di sospensione, in pendenza del giudizio di cassazione, «di tutti i processi la cui definizione dipenda dalla risoluzione della medesima questione sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi»; il comma 7 prevede che qualora per la definizione di altri processi sia necessario risolvere una «questione pregiudiziale sulla quale è già intervenuta una pronuncia della Corte di Cassazione», e il giudice di merito «non intende uniformarsi a tale pronuncia», si inneschi il meccanismo del ricorso *per saltum* di cui al comma 3 dell'art. 64).

Ci si deve chiedere perché, allora, scartando del tutto queste premesse di metodo legislativamente imposte dalla riforma, la Corte di Cassazione dà l'impressione di utilizzare, citandone i precedenti, principi e criteri del tutto consolidati sull'interpretazione del contratto collettivo del settore privato (Sui quali v., da ultimo, i contributi raccolti nel volume *L'interpretazione del contratto collettivo*, in *DDG*, vol. 1, Milano, 2004), ma assolutamente incongrui rispetto al nuovo quadro normativo descritto per il settore pubblico.

Qui, «l'interpretazione della contrattazione collettiva in tutte le sue implicazioni» non è riservata «all'esclusiva competenza del "giudice del merito"», «le cui valutazioni soggiacciono, in sede di legittimità, 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»; qui, nel lavoro pubblico, pur potendo, come ovvio, aderire all'interpretazione fornita dal giudice di merito, la Corte è comunque destinataria di un ben più ampio e importante ruolo, non limitato al corretto utilizzo delle regole di interpretazione dei contratti, ma esteso, per i fini di cui si discorreva, al sindacato e all'interpretazione diretta della clausola controversa.

Sandro Mainardi

Professore straordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna

SICUREZZA SOCIALE

CORTE D'APPELLO ANCONA, 27 maggio 2005-22 giugno 2005, n. 307, Sez. lav. – Pres. Bandini – Marcolini e altri (avv.ti M. e D. Fagioli) c. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (avv.ti Augelletta e Maggio).

Previdenza sociale – Prepensionamento – Trattamento pensionistico commisurato su 35 anni – Diritto.

In tema di pensionamento anticipato dei feretrotranvieri, l'art. 4, d.l. n. 501 del 1995, convertito con legge n. 11 del 1996, deve essere interpretato nel senso che la maggiorazione, qui concessa, dell'anzianità contributiva, ovvero dell'età anagrafica, non comporta soltanto l'anticipo della decorrenza della pensione rispetto alla data ordinaria di conseguimento del diritto, ma incide anche sulla misura del trattamento pensionistico, in quanto nell'arco temporale intercorrente tra la data della anticipazione della decorrenza e quella ordinaria del conseguimento del diritto viene accreditata la contribuzione figurativa (1).

(Omissis)

3. Passando alla disamina dell'appello principale, giova ricordare, per quanto qui rileva, il contenuto dell'art. 4, d.l. n. 501/95, convertito in legge n. 11/96: «1. Al fine di favorire il processo di riorganizzazione e risanamento del settore del pubblico trasporto, le aziende appartenenti a tale settore predispongono, per il triennio 1995-1997, d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali di categoria, programmi di pensionamento anticipato di anzianità e di vecchiaia, tenendo conto delle domande a tal fine presentate dal proprio personale risultante dipendente al 31 dicembre 1994, sulla base della anzianità contributiva maturata a tale data nel Fondo per la previdenza del personale addetto ai pubblici servizi di trasporto, ov-

vero dell'età anagrafica con una maggiorazione, ai fini del conseguimento del diritto alle predette prestazioni, in misura non superiore a sette anni. Tale maggiorazione non potrà, in ogni caso, essere superiore al periodo compreso tra la data di risoluzione del rapporto di lavoro e quella del conseguimento del requisito di età pensionabile previsto dalle norme del Fondo e in vigore al momento della presentazione della domanda».

«2. [...] I programmi, che definiscono [...] le graduatorie per l'accesso al pensionamento anticipato, sono predisposti tenendo conto della quota delle disponibilità di cui al comma 7, che è assegnata a ciascuna azienda, con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, in funzione del rapporto tra la consistenza numerica del personale in servizio al 31 dicembre 1994 e il totale degli iscritti al Fondo alla medesima data...».

«3. [...] in caso di effettive eccedenze strutturali, accertate tramite accordo intervenuto con le organizzazioni sindacali territoriali di categoria entro il 31 luglio 1995, le aziende possono presentare nel periodo compreso tra la predetta data e il 31 agosto 1995 programmi di prepensionamento, anche con riferimento a distinti gruppi di lavoratori eccedentari. Nel caso in cui sia necessario ai fini del completamento del programma di gestione delle eccedenze strutturali, i programmi di prepensionamento possono riguardare anche lavoratori che raggiungano i requisiti di anzianità contributiva computando, oltre all'anzianità di cui al comma 1, quella maturata presso altre forme previdenziali. Per questi ultimi lavoratori la domanda di cui al comma 2 deve essere presentata entro il 15 settembre 1995 e la predetta anzianità rileva ai soli fini della maturazione del diritto al pensionamento anticipato a carico del Fondo di previdenza del personale addetto ai pubblici servizi di trasporto...».

«4. I programmi di cui ai commi 1 e 2 sono approvati con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con i Ministri del lavoro e della previdenza sociale e del tesoro. Con il predetto decreto [...] sarà disposta, in favore delle aziende di cui al comma 3, l'utilizzazione delle risorse eventualmente non impegnate in relazione al numero dei soggetti selezionati per il pensionamento anticipato. Per i pensionamenti anticipati realizzati con riferimento alle predette risorse aggiuntive il contributo di cui al comma 5 a carico delle aziende di cui al comma 3 è elevato al 25 per cento».

«5. Agli enti proprietari è fatto carico, per ciascun dipendente che abbia fruito del pensionamento anticipato, di un contributo pari al

20 per cento degli oneri complessivi derivanti dall'anticipazione della pensione medesima, fermo restando quanto disposto al comma 4. (*Omissis*)».

4. Il primo giudice ha respinto il ricorso facendo riferimento a quanto deciso dalla Suprema Corte con la sentenza n. 6764/2002, secondo cui in tema di pensionamento anticipato del personale del settore del trasporto pubblico, i requisiti per il conseguimento del diritto alla pensione di anzianità e di vecchiaia (anzianità contributiva maturata nel Fondo per la previdenza del personale addetto ai pubblici servizi di trasporto, o età anagrafica, tali da consentire, con una maggiorazione non superiore a sette anni di anzianità contributiva, la maturazione del diritto a pensione) devono sussistere, ai sensi dell'art. 4, d.l. n. 501/95, convertito in legge n. 11/96, alla data del 31 dicembre 1994.

Tale riferimento non appare tuttavia pertinente, poiché la questione sottoposta in quella occasione all'attenzione della Corte concerneva l'interpretazione da dare alla suindicata normativa in relazione alla applicabilità dei benefici soltanto al personale che, alla data del 31 dicembre 1994, fosse in possesso dell'anzianità anagrafica o contributiva che, maggiorata di sette anni, consentisse all'interessato di raggiungere i requisiti per la pensione, ovvero anche ai casi in cui i requisiti indicati fossero stati presenti alle successive date nelle quali erano stati programmati gli esoneri, cosicché il Supremo Collegio non ebbe modo (né necessità) di esaminare il problema ermeneutico inerente alla presente controversia.

5. Problema che, invece, è stato specificamente affrontato dalla giurisprudenza di legittimità con successive pronunce (cfr. Cass. nn. 17822/2003, 17823/2003, 8787/2004) e risolto nel senso che l'aumento figurativo o convenzionale dell'anzianità contributiva rileva non solo ai fini del conseguimento del diritto alla pensione, ma anche ai fini della misura della stessa.

È stato al riguardo osservato dalla Suprema Corte che:

– «*non* è sufficiente, sul piano logico, per ritenere che, quando la legge prevede un aumento convenzionale di anzianità ai fini dell'esercizio concreto del diritto ad accedere al pensionamento [...], essa debba necessariamente riferirsi al solo diritto all'*an* della pensione e non anche a quello al *quantum* della medesima, visto che in realtà il diritto alla pensione, inteso come concreto diritto esercitabile dall'assicurato non può essere che un diritto alla pensione di un certo ammontare» (cfr. Cass. n. 17823/2003);

– l'espressione di cui al comma 3 dell'art. 4 («ai soli fini della maturazione del diritto al pensionamento anticipato») è «inequivocabilmente limitativa» e ciò «rende evidentemente plausibile una interpretazione non limitativa della diversa espressione contenuta nel comma 1» (cfr. Cass. n. 17823/2003);

– il limite di cui alla seconda parte del comma 1 dell'art. 4 («Tale maggiorazione non potrà, in ogni caso, essere superiore al periodo compreso tra la data di risoluzione del rapporto di lavoro e quella del conseguimento del requisito di età pensionabile previsto dalle norme del Fondo e in vigore al momento della presentazione della domanda») «non avrebbe alcuna utilità se la maggiorazione dovesse essere intesa unicamente come anticipazione temporale e fosse priva di incidenza sull'ammontare dei contributi sui quali commisurare il trattamento», laddove «l'importanza di questo secondo limite si rende palese se la maggiorazione ha per oggetto anche l'anzianità contributiva: in tal caso i lavoratori che nei sette anni successivi avrebbero maturato i trentacinque anni di contribuzione, ma che prima della maturazione di tale requisito (necessario per la pensione di anzianità) raggiungono l'età pensionabile per vecchiaia, usufruiscono della "maggiorazione" prevista dalla prima parte della disposizione, solo per questo periodo inferiore, accedendo al pensionamento di vecchiaia con una anzianità contributiva inferiore ai trentacinque anni» (cfr. Cass. n. 17822/2003).

Il Collegio condivide pienamente le anzidette argomentazioni, non ravvisando validi motivi per discostarsene; appaiono del resto manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale avanzati dall'I.N.P.S., rientrando nella discrezionalità del legislatore attribuire, in presenza di ragioni ritenute meritevoli di tutela, una diversa valenza alle contribuzioni relative agli iscritti a un determinato fondo.

6. L'appello va dunque accolto, per quanto di ragione, dichiarando che gli appellanti hanno diritto a vedersi liquidata la pensione in base a 35 anni di anzianità contributiva a partire dal 16 novembre 1998 e condannando l'I.N.P.S. al pagamento delle differenze sul relativo trattamento pensionistico fino alla pronuncia della presente sentenza, oltre agli interessi legali dalle singole scadenze al saldo (esclusa la rivalutazione, stante la natura previdenziale della prestazione e tenuto conto dell'andamento della svalutazione monetaria nel periodo di tempo interessato).

(Omissis)

(1) PREPENSIONAMENTO E TRATTAMENTO PENSIONISTICO

1. — La pronuncia in esame affronta una delicata questione relativa ai prepensionamenti e in particolare il non semplice raccordo tra norme predisposte per governare le eccedenze di personale e quelle che disciplinano il trattamento pensionistico.

Con riferimento ad alcuni *ex* impiegati, autisti o meccanici, dell'azienda di trasporti A.S.P.E.S. di Pesaro, collocati in pensione con diverse decorrenze e con erogazione del trattamento di quiescenza commisurato su un numero di anni inferiore a 35, ovvero pari agli anni della prestazione lavorativa effettivamente resa, la questione sottoposta alla Corte d'Appello di Ancona attiene all'erronea liquidazione da parte dell'I.N.P.S. di Pesaro del trattamento pensionistico agli stessi lavoratori.

Il trattamento pensionistico degli interessati, infatti, era stato calcolato sui 33 anni di effettiva contribuzione, senza considerare la maggiorazione di cui all'art. 4, d.l. n. 501 del 1995, convertito in legge n. 11 del 1996, concernente «Interventi per il settore dell'autotrasporto di cose per conto di terzi nonché per il personale addetto ai pubblici servizi».

La suddetta maggiorazione non veniva riconosciuta dall'I.N.P.S. sul presupposto che la stessa sarebbe valida solo ai fini del conseguimento del diritto a pensione e non inciderebbe sul trattamento pensionistico, il quale andrebbe calcolato soltanto sulla base dell'anzianità effettivamente acquisita.

2. — Il caso in esame permette, preliminarmente, alcune riflessioni sull'istituto del prepensionamento che, assieme alla cassa integrazione guadagni e alla mobilità, può essere fatto rientrare tra gli ammortizzatori sociali più frequentemente utilizzati.

Quando si parla di ammortizzatori sociali (Sul tema si veda Di Stasi, *Questione metodologica e principio di solidarietà negli ammortizzatori sociali*, in Aa.Vv. *Tutela del lavoro e riforma degli ammortizzatori sociali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 57 ss. L'Autore sottolinea come l'espressione «ammortizzatore sociale» sia piuttosto recente; infatti la terminologia in uso precedentemente era semplicemente quella di «strumenti di gestione delle eccedenze di personale». La categoria degli «ammortizzatori sociali» è alquanto ampia, ed è difficile tracciarne in modo netto i confini, tanto che ogni «iniziativa di reazione avverso il fenomeno sociale della disoccupazione può esservi ricompreso»), si fa riferimento a strumenti di sostegno e di tutela al reddito per quei lavoratori che, per vari motivi, si trovano a dover affrontare periodi più o meno lunghi senza lavoro, o a essere anticipatamente espulsi dal mondo del lavoro prima di accedere alla pensione (Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 273).

I pensionamenti anticipati consistono, in buona sostanza, nel collocamento del lavoratore in pensione con un anticipo di cinque o più anni rispetto al momento in cui ne avrebbe diritto, e sono stati introdotti dalla legge, a partire dagli anni settanta, per governare le eccedenze di personale delle imprese di grandi dimensioni in crisi o anche di interi settori produttivi, cosicché, raccordandosi alla cassa integrazione straordinaria e alla indennità di mobilità, consentono l'espulsione, in forma socialmente indolore, di una molteplicità di lavoratori.

È stato poi messo in evidenza come l'istituto possa permettere o agevolare l'occupazione di determinate fasce sociali, nell'ipotesi in cui i lavoratori anziani cedano il posto a giovani in cerca di prima occupazione (Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, op. cit., p. 273).

La disciplina non è unitaria, ma differenziata a seconda dei particolari settori in cui di volta in volta interviene la crisi (La disciplina del prepensionamento, avendo riguardo ai diversi settori produttivi investiti dei processi di risanamento, è affidata a varie discipline normative fra cui, per il settore industriale, le leggi n. 155 del 1981 e nn. 48 e 67 del 1988; per i prepensionamenti nel settore delle miniere le leggi n. 221 del 1990 e n. 460 del 1992, di conversione del d.l. n. 393 del 1992; per le imprese editrici e stampatrici di quotidiani le leggi n. 416 del 1981 e n. 67 del 1988; per i dipendenti dell'E.N.I. e i dipendenti dei partiti politici la legge n. 236 del 1993; per i dipendenti delle ferrovie dello Stato la legge n. 141 del 1990. V. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2005, p. 813; Pessi, *Lezioni di diritto della previdenza sociale, Profili storici*, Cedam, 2005, p. 107, n. 46), tuttavia il principio che accomuna tutti i prepensionamenti è fondamentalmente quello di essere rivolto al personale che ne faccia domanda il quale:

- per ragioni diverse (come ad esempio: crisi economica del settore produttivo, innovazione tecnologica che ha reso obsolete delle professionalità ecc.) sia divenuto definitivamente «eccedentario», nei cui confronti non può quindi sopperire un mezzo temporaneo quale la cassa integrazione straordinaria;

- dopo la perdita del posto di lavoro, potrebbe trovarne difficilmente un'altra a causa dell'età anagrafica;

- nel contempo non abbia ancora maturato i requisiti utili per fruire del pensionamento, ma che tuttavia vi è prossimo, cosicché con l'accredito della contribuzione mancante – che non deve essere superiore ai cinque anni – può conseguire la pensione di vecchiaia, ovvero la pensione di anzianità, e quindi, dopo la cessazione del rapporto di lavoro, può immediatamente ottenerne la liquidazione.

Il sistema del pensionamento anticipato, prefigurato dal legislatore, è quindi caratterizzato sia dalla delimitazione della fascia di lavoratori legittimati ad avvalersene, in relazione all'età e all'anzianità contributiva effettiva, sia dalla volontarietà e dalla non automatica concessione dello stesso (Bisogna ricordare che la Finanziaria 2001, legge 23 dicembre 2000, n. 388, all'articolo 80, comma 3, consente ai lavoratori sordomuti e agli invalidi per qualsiasi causa – ai quali sia stata riconosciuta un'invalidità superiore al 74 per cento o assimilabile – di richiedere, per ogni anno di lavoro effettivamente svolto, il beneficio di due mesi di contribuzione figurativa. Il beneficio è riconosciuto fino al limite massimo di cinque anni di contribuzione figurativa utile ai soli fini del diritto alla pensione e dell'anzianità contributiva. La disposizione è entrata in vigore il 1° gennaio 2002).

È necessario, infatti, che i lavoratori interessati ne facciano domanda (Così Cass., Sez. lav., n. 467 del 1998, in *Notiziario del Lavoro e Previdenza*, n. 5, 1999, p. 513, che ha affermato il principio che la titolarità del diritto al prepensionamento si consegue per effetto dell'invio della domanda irrevocabile di prepensionamento all'Istituto previdenziale), e la loro ammissione al pensionamento anticipato può essere disposta solo nei limiti del contingente determinato per il raggiungimento delle finalità previste dalla legge, seguendo una graduatoria che tiene conto dell'età e dell'anzianità contributiva di chi ha presentato domanda.

Ai fini della liquidazione del trattamento pensionistico è attribuito un aumento figurativo dell'anzianità contributiva (In favore del lavoratore che presta la propria attività lavorativa alle dipendenze di terzi, si costituisce, presso l'Ente previdenziale dove viene obbligatoriamente assicurato, una posizione assicurativa nella quale sono registrati vari periodi di contribuzione. Si tratta dei periodi di anzianità

contributiva accreditabili al lavoratore assicurato o d'ufficio o dietro sua richiesta. La somma di tali periodi costituisce l'anzianità contributiva che, in concorso con gli altri requisiti, è utile sia per acquisire il diritto a un trattamento pensionistico sia per determinarne il relativo importo.

Tra le tipologie di contribuzione accreditabili figurano: quella fondamentale connessa alla retribuzione percepita in relazione al rapporto di lavoro; la contribuzione volontaria; la contribuzione da riscatto; la contribuzione da ricongiunzione nonché la contribuzione figurativa, la quale assume particolare importanza perché finalizzata alla copertura di periodi non retribuiti e privi di altra contribuzione allorché si verificano determinati eventi degni di tutela previdenziale. La Contribuzione figurativa (salvo che nei casi di periodi di assistenza antitubercolare e di disoccupazione indennizzata, nei quali è attribuita d'ufficio) è accreditata a domanda dell'iscritto ed è caratterizzata dal fatto che il relativo onere non grava né sul datore di lavoro né sul lavoratore.

Alla contribuzione figurativa viene assegnato un valore retributivo. Le modalità di carattere generale per individuare il valore della retribuzione corrispondente alla contribuzione figurativa, a qualsiasi titolo accreditata, sono stabilite, essenzialmente, dall'articolo 8 della legge 23 aprile 1981, n. 155; in alcuni casi vigono disposizioni particolari quali: l'articolo 7, commi 1 e 9, della legge 23 luglio 1991, n. 223; l'articolo 15, comma 2, lettera *b*, del d.P.R. n. 1204/1971, come sostituito dall'articolo 3, comma 4, della legge n. 53/2000 (ora recepito nell'articolo 35, comma 2, del Testo Unico di cui al d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151); l'articolo 4, comma 4-*bis*, della legge 8 marzo 2000, n. 53, introdotto dall'articolo 80, comma 2, della legge n. 388/2000, ora recepito nell'articolo 42, comma 5, del Testo Unico di cui al d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151); l'accredito per il lavoratore è gratuito ed è per questo motivo che il prepensionamento viene definito come «beneficio».

I prepensionamenti hanno causato negli anni dei forti dispendi per le casse dello Stato (Utilizzando lo strumento del prepensionamento si è accelerato il risanamento produttivo delle imprese, ma si sono generati giovani pensionati. Già nel 1978 era fortemente sentito «l'affaticamento del sistema previdenziale», tanto che venivano predisposti numerosi progetti di riforma. Pessi, *op. cit.*, p. 107), ed è per questo che, a partire dagli anni novanta, l'utilizzo dell'istituto è stato disincentivato, ponendo la metà dell'onere in capo al datore di lavoro.

In particolare, la legge n. 223 del 1991 con gli artt. 27 e 29 ha revisionato la materia, consentendo l'accesso al pensionamento in anticipo rispetto ai requisiti di spettanza soltanto per i lavoratori dipendenti da imprese industriali, caratterizzate da elevati livelli di innovazione tecnologica, competitività mondiale, capacità innovativa, tali da essere definite di interesse nazionale, interessate da esigenze di ristrutturazione e riorganizzazione con adeguati programmi di sviluppo e di investimenti, individuate dal C.I.P.E., e ai lavoratori dipendenti dalle imprese industriali del settore siderurgico pubblico (Per quanto concerne i processi di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale si veda l'art. 10 della legge n. 451 del 19 luglio 1994, di conversione del d.l. 16 maggio 1994, n. 299. La procedura è analoga a quella già prevista per altri casi: il lavoratore deve avere una determinata anzianità assicurativa di almeno 30 anni; gli viene concesso l'aumento dell'anzianità contributiva per arrivare ai 35 anni; l'impresa che intende partecipare al piano di pensionamenti anticipati deve farne domanda al Ministero del lavoro, che deve dare l'approvazione; la medesima impresa deve trasmettere all'I.N.P.S. le varie do-

mande, precisando anche la data di risoluzione del rapporto, che dovrà comunque coincidere con l'ultimo giorno del relativo mese. La gestione I.N.P.S. delle prestazioni temporanee (sostanzialmente la gestione che eroga la cassa integrazione ex art. 37, legge n. 88 del 1989) versa al fondo pensioni lavoratori dipendenti, per ciascun mese di anticipazione della pensione, una somma pari all'aliquota contributiva vigente (ad esempio per quattro anni se il lavoratore aveva 31 anni di contributi), e deve pagare anche una somma pari all'importo mensile della pensione anticipata; e, infatti, il fondo pensioni che deve erogare la prestazione non si troverebbe, in mancanza di tale pagamento, in possesso dei contributi necessari a liquidare la pensione in relazione all'aumento dell'anzianità riconosciuta. Il 50% del costo complessivo del pensionamento anticipato è a carico del datore di lavoro).

Attualmente il ruolo del prepensionamento è affidato alla cosiddetta *mobilità lunga*: si sono succeduti, infatti, provvedimenti speciali nei confronti del personale delle grandi imprese in crisi od operanti in determinati settori produttivi e in zone particolarmente colpite dalla disoccupazione, al fine di prolungare dell'indennità di mobilità fino all'età pensionabile o di estenderne l'applicazione, pure in mancanza dei requisiti oggettivi e soggettivi generalmente richiesti per la sua corresponsione (si veda l'art. 62 della legge n. 488 del 1999 e l'art. 78 della legge n. 388 del 2000) (Mazzotta, *op. cit.*, p. 817; ricorda l'Autore che nella struttura originaria l'indennità di mobilità delineata dalla legge n. 223, la durata normale del trattamento poteva essere prolungata per periodi limitati di tempo ed entro specifici ambiti territoriali, accompagnando il lavoratore fino alla soglia della pensione. Tale possibilità, con i successivi interventi legislativi (legge n. 236 del 1993 e legge n. 451 del 1994), è stata stabilizzata ed estesa al di fuori del suo ambito di riferimento – art. 78 della legge n. 388 del 2000).

Anche la Suprema Corte si è espressa sull'argomento affermando che nell'attuale situazione di disoccupazione strutturale è razionale collocare in mobilità i lavoratori più vicini al pensionamento (Cass., Sez. lav., n. 13691 del 1999, in *MFI*, 1999). È noto che in materia di riduzione del personale la legge n. 223 del 1991 stabilisce che l'individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità deve avvenire, in relazione alle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti di contratti collettivi stipulati con i sindacati, ovvero, in mancanza di questi contratti, nel rispetto di tre criteri, in concorso tra loro: a) carichi di famiglia; b) anzianità; c) esigenze tecnico-organizzative e produttive).

Il criterio di scelta basato sull'anzianità contributiva e sulla prossimità all'età pensionabile, come è stato affermato anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 268 del 1994, deve ritenersi legittimo in quanto la svalutazione del privilegio tradizionale dell'anzianità di servizio, nei confronti dei lavoratori prossimi al raggiungimento dei requisiti per fruire del trattamento di quiescenza, può essere giustificata in una situazione del mercato tale da escludere per i lavoratori più giovani la possibilità di trovare a breve tempo un altro posto.

Il criterio della prossimità al pensionamento non può, pertanto, ritenersi discriminatorio e irrazionale, in quanto produce un evento meno traumatico di quello che potrebbe verificarsi secondo i criteri indicati dalla legge; esso, del resto, consente di formare una graduatoria rigida, e quindi di essere applicato e controllato senza alcun margine di discrezionalità per il datore di lavoro: il che appare esattamente in linea con lo spirito della legge che era quello di eliminare, attraverso l'adozione di criteri di scelta concordati, ovvero applicando la regola legale sussidiaria, ogni possibilità di scelta discrezionale dei lavoratori da licenziare.

Del resto, in una situazione di disoccupazione strutturale, quale quella attuale – sostiene la Corte Suprema di Cassazione –, appare perfettamente razionale e giustificato che i lavoratori collocati in mobilità siano quelli più prossimi al pensionamento, soprattutto quando essi conservino una posizione quasi identica a quella precedente, con la garanzia di mantenere il trattamento economico loro riservato sino al raggiungimento dell'età pensionabile.

3. — Di recente l'istituto del prepensionamento è stato al centro di importanti decisioni da parte della Corte di Cassazione. In particolare, si è cercato di chiarire se sia possibile il diritto al cumulo integrale tra pensione di anzianità – conseguita, appunto, a seguito di prepensionamento – e redditi di lavoro autonomo, ovvero vi sia il diritto al cumulo solo nella misura del 50%.

Sull'argomento, infatti, si era determinato un contrasto all'interno della Sezione lavoro perché, mentre numerose sentenze (Cass. n. 13835 del 2000, in *MFI*, 2000; Cass. n. 10709 del 2002, in *MFI*, 2002; Cass. n. 11605 del 2003, in *MFI*, 2003; Cass. n. 4438 del 4 marzo 2004, in *RFI*, 2004) hanno affermato il diritto al cumulo integrale, con la sentenza n. 12323 del 21 agosto 2003 (Altalex, 23 ottobre 2003, con nota di L. Ciocca) detto diritto è stato negato. Da ultimo, le Sezioni Unite della Cassazione con l'innovativa sentenza n. 20336 del 21 ottobre 2005 (Il testo integrale della sentenza è pubblicato sul sito *internet* della Corte di Cassazione: www.cortedicassazione.it) hanno risolto il contrasto di giurisprudenza, in tema di diritto al cumulo, integrale o limitato al 50%, tra pensione di anzianità in godimento, conseguita a seguito di prepensionamento, e redditi da lavoro autonomo, enunciando un principio di diritto che si inserisce nel solco del prevalente orientamento che ha affermato il diritto al cumulo integrale. Sono stati esclusi, peraltro, dubbi di legittimità costituzionale, attesa la peculiarità della disciplina transitoria, applicabile al caso esaminato, che ricollegando l'esistenza del diritto a un mero dato temporale non lede il principio di uguaglianza, ponendosi come mero fatto collegato al fluire del tempo.

Anche se le citate decisioni vertono su una problematica diversa da quella sottoposta all'esame della Corte d'Appello di Ancona, dettano importanti spunti per chiarire la funzione del prepensionamento, mettendo ancora una volta in rilievo l'importanza del principio del *favor* con riferimento a soggetti espulsi dal mondo del lavoro, al quale sembra ispirarsi anche la sentenza in commento, e considerando la specialità dell'istituto.

La questione esaminata dalla Corte d'Appello di Ancona affronta, nel merito, il problema della quantificazione del trattamento pensionistico da erogare al personale posto in prepensionamento e, in particolare, se questo debba essere o meno commisurato all'intera contribuzione necessaria per poter accedere alla pensione.

A tal proposito, la normativa è costituita dal decreto legge n. 501 del 1995, convertito con legge n. 11 del 1996; il citato provvedimento legislativo va iscritto nel novero degli interventi statali finalizzati al risanamento e alla ristrutturazione delle grandi aziende in crisi.

L'espediente di collocare in pensione anticipatamente dei lavoratori non deve però avere delle ricadute negative sugli stessi; la Corte delle Marche, ribaltando la decisione presa in primo grado dal Tribunale di Pesaro, accoglie le richieste della difesa dei lavoratori dichiarando il loro diritto ad aver liquidata la pensione in base a 35 anni di contribuzione, anche se raggiunti con contribuzione figurativa.

Occorre partire dal dato di fatto per cui nel nostro ordinamento non è ravvisabile un principio generale in base al quale ogni qual volta il legislatore voglia concedere a una determinata categoria di lavoratori un trattamento di quiescenza prima della maturazione dell'età minima prevista, questo comporti la liquidazione di una pensione di anzianità sulla base di una contribuzione più ampia di quella effettiva (In tal senso, Cass. n. 3034 del 23 marzo 1998, in *MFI*, 1998, da cui si ricava che allorquando il legislatore abbia inteso riferirsi alla sola maggiorazione della anzianità contributiva e assicurativa lo ha fatto espressamente, parlando semplicemente di «maggiore anzianità», come ad esempio, nell'art. 27 della legge 223 del 1991 riguardante il personale addetto alle esattorie delle imposte dirette).

In assenza di tale principio, una previsione di questo tenore deve essere stabilita da una legge speciale, posta in deroga alla norma generale secondo cui la pensione di anzianità spetta a condizione che si possano far valere 35 anni di contribuzione effettiva in costanza di lavoro (cfr. art. 22, comma 1, lett. *b*, legge n. 153 del 1969).

In particolare, la Corte d'Appello si è dovuta riferire alla legge speciale che regola molto chiaramente la deroga al principio generale e pertanto l'esame si è focalizzato sulla interpretazione dell'art. 4 del decreto legge n. 501 del 1995 di cui, per comodità del lettore, si riporta il testo: «Al fine di favorire il processo di riorganizzazione del settore del pubblico trasporto, le aziende appartenenti a tale settore predispongono, per il triennio 1995-1997, d'intesa con le organizzazioni territoriali di categoria, programmi di pensionamento anticipato di anzianità e di vecchiaia, tenendo conto delle domande a tal fine presentate dal proprio personale risultante dipendente al 31 dicembre 1994, sulla base della anzianità contributiva maturata a tale data nel fondo per la previdenza del personale addetto ai pubblici servizi di trasporto con una maggiorazione, ai fini del conseguimento del diritto alle predette prestazioni, in misura non superiore a sette anni...».

Dalla formulazione letterale della prima parte dell'art. 4, comma 1, se da un lato emerge come la sua *ratio* risieda nella esigenza di «favorire il processo di riorganizzazione del settore del pubblico trasporto», anche mediante il pensionamento anticipato di un certo numero di lavoratori, non risulta del tutto chiaro se per diritto alle prestazioni debba intendersi *sic et simpliciter* soltanto il diritto all'abbuono degli anni di contribuzione (In particolare, la Cassazione, con le sentenze n. 6883 del 1998, in *MFI*, 1998, e n. 15806 del 2001, in *MFI*, 2001, ha affermato il principio generale di diritto previdenziale secondo cui la titolarità della pensione si colloca cronologicamente prima dell'erogazione del trattamento), ovvero il diritto al conseguimento della pensione in misura pari alla anzianità maggiorata (Se l'espressione venisse intesa nel primo senso, allora i lavoratori collocati anticipatamente in pensione avrebbero il diritto soltanto a un abbuono di anni di contribuzione; se invece venisse intesa nel secondo senso, oltre al diritto all'abbuono, i lavoratori collocati anticipatamente in pensione avrebbero diritto a una pensione calcolata su 35 anni di contribuzione e non, come nel caso di specie, su un numero di anni pari a 35 meno gli anni abbonati).

A sostegno di quest'ultima tesi, fatta propria dalla Corte d'Appello di Ancona, sta il dettato contenuto nel comma 3 dello stesso art. 4, nella parte in cui precisa che, «nel caso in cui sia necessario ai fini del completamento del programma di gestione delle eccedenze strutturali, i programmi di prepensionamento possono riguardare anche lavoratori che raggiungano i requisiti di anzianità di cui al comma

1, computando, oltre alla anzianità di cui al comma 1, quella maturata presso altre forme previdenziali. Per questi ultimi lavoratori la domanda deve essere presentata entro il 15 settembre 1995 e la predetta anzianità rileva ai soli fini della maturazione del diritto al pensionamento anticipato a carico del fondo di previdenza del personale addetto ai pubblici servizi di trasporto».

Se il legislatore, nel medesimo articolo di legge, ha previsto una prima ipotesi di collocamento anticipato in pensione, disponendo, con ampia espressione, che la maggiorazione della anzianità contributiva (quella necessaria per arrivare ai 35 anni) è utile «ai fini del conseguimento del diritto alle predette prestazioni» (comma 1), e successivamente (comma 3), e nel prevedere una ulteriore ipotesi di pensionamento anticipato (possibilità di cumulare l'anzianità di cui al comma 1 con quella maturata presso altre forme previdenziali) ha precisato che tale cumulo «rileva ai soli fini della maturazione al pensionamento anticipato», risulta chiara la volontà di attribuire al beneficio *ex* comma 1 un'estensione maggiore rispetto a quello *ex* comma 3.

Tale interpretazione è stata sostenuta in precedenza sia da giudici di merito (Corte d'Appello di Napoli 11 dicembre 2000-11 giugno 2001, in *MFI*, 2001) che da giudici di legittimità (Cass., Sez. lav., n. 17822 del 2003, in *MFI*, 2003; Cass., Sez. lav., n. 17823 del 2003, *ibidem*) che hanno enunciato il principio di diritto secondo cui in tema di pensionamento anticipato dei feretrotravvieri, l'art. 4, d.l. n. 501 del 1995, convertito con legge n. 11 del 1996, deve essere interpretato nel senso che la maggiorazione, con lo stesso concessa, dell'anzianità contributiva, ovvero dell'età anagrafica, non comporta solo l'anticipo della decorrenza della pensione rispetto alla data ordinaria di conseguimento del diritto, ma incide altresì sulla misura della prestazione, giacché nell'arco temporale intercorrente tra la data della anticipazione della decorrenza e quella ordinaria del conseguimento del diritto viene accreditata la contribuzione figurativa.

La soluzione adottata dai giudici nella sentenza in commento collima anche con quanto ha avuto modo di specificare la Suprema Corte in una successiva decisione in tema di prepensionamenti (Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 20336 del 2005), ovvero che la pensione anticipata di anzianità non rappresenta un *tertium genus*, ma è una ordinaria pensione di anzianità, per la quale sono necessari i trentacinque anni, con la peculiarità, però, di venire acquisita con un accredito *ex lege* dei requisiti mancanti. Invero, la denominazione di pensione anticipata o prepensionamento è dovuta al fatto che questa viene erogata con anticipo, ossia prima del momento in cui normalmente maturerebbe con i requisiti effettivamente in possesso del lavoratore.

Al lavoratore non vengono accreditati semplicemente «contributi» mancanti, che come tali dovrebbero essere necessariamente riferiti a un preciso periodo temporale il quale non potrebbe che essere successivo al momento del pensionamento, ma in luogo dei contributi, viene direttamente concesso un aumento dell'anzianità contributiva per il periodo necessario al compimento dei trentacinque anni e, pertanto, la posizione previdenziale dell'interessato viene a essere completata integralmente «prima» della erogazione della pensione; in altri termini, nel momento in cui viene erogata la pensione, la maggiorazione dell'anzianità utile è già stata considerata.

Le argomentazioni della Corte d'Appello appaiono senz'altro apprezzabili anche sotto il profilo dei principi costituzionali; in particolare, laddove si equipara il trattamento pensionistico dei lavoratori che hanno maturato i requisiti per il pensionamento anticipato a quelli che hanno raggiunto i 35 anni di contribuzione per

raggiunta anzianità di servizio, si aderisce al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione (Con riferimento al principio di eguaglianza, la comparazione delle posizioni viene giustificata sulla base dell'obiettivo perseguito, agevolando il pensionamento anticipato di lavoratori appartenenti a categorie e qualifiche per le quali siano accertate eccedenze rispetto ai progetti di riorganizzazione), riconoscendo pari diritti retributivi anche ai lavoratori collocati in pensione anticipatamente. Con tale decisione si soddisfa, inoltre, il principio contenuto nell'art. 38 della Costituzione ovvero al diritto dei lavoratori ad avere assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di vecchiaia.

Laura Torsello

*Borsista alla scuola di specializzazione in
Diritto del lavoro sindacale e della previdenza presso l'Università di Macerata*

CORTE COSTITUZIONALE, 10 maggio 2005, n. 191; Pres. Capotosti, Rel. Marini; A. C. e altri (avv. Assennato) c. I.N.A.I.L. (avv. La Peccerella e Raspanti).

**Infortuni sul lavoro e malattie professionali – I.N.A.I.L. –
Attribuzione di rendita – Facoltà di rettifica per errore –
Introduzione di un termine decadenziale di dieci anni –
Efficacia retroattiva del termine anche con riguardo ai rap-
porti esauriti nel vigore della previgente disciplina –
Irragionevolezza – Illegittimità costituzionale.**

**Infortuni sul lavoro e malattie professionali – I.N.A.I.L. –
Attribuzione di rendita – Facoltà di rettifica per errore entro
il termine decadenziale di dieci anni – Mancato esercizio –
Consolidamento del diritto del beneficiario pur in difetto dei
presupposti di legge – Assunto contrasto con il principio pre-
videnziale e con il principio di buon andamento dei pubbli-
ci uffici – Non fondatezza della questione.**

*È costituzionalmente illegittimo l'art. 9, commi 5, 6 e 7, del decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38, che dispone che tale normativa tro-
va applicazione anche in riferimento ai provvedimenti di rettifica a-
dottati in vigore della precedente disciplina, ancorché coperti da prescri-
zione o giudicato (commi 5, 6 e 7), sollevata in riferimento all'art. 3
della Costituzione. E, invero, la disposizione censurata viola il canone
della ragionevolezza – sia per quanto si riferisce ai «casi prescritti e de-
finiti con sentenza passata in giudicato», sia per quanto riguarda i casi
non prescritti e non definiti da giudicato – poiché l'istituto della deca-
denza, per sua natura, non tollera implicazioni retroattive, non poten-
do configurarsi una ipotesi di estinzione del diritto (o, come nella specie,
del potere) per mancato esercizio da parte del titolare, in assenza di u-
na previa determinazione del termine entro il quale il diritto (o, il po-
tere) debba essere esercitato (1).*

*La previsione di un termine decadenziale per l'esercizio, da parte
dell'I.N.A.I.L., dei poteri amministrativi di accertamento e di rettifica
dell'errore commesso in sede di attribuzione, erogazione o riliquidazio-
ne delle prestazioni, salvi i casi di dolo o colpa grave dell'assicurato, non
si pone in contrasto con la funzione propria del sistema previdenziale,
ma rappresenta una non irragionevole misura di tutela dell'assicurato in
buona fede sia in quanto, dopo il decorso di un congruo periodo di tem-*

po dall'accertamento dell'invalidità, l'assicurato potrebbe non essere più in grado di far valere adeguatamente i propri interessi nella procedura amministrativa di rettifica, sia in ordine all'esigenza di certezza nei rapporti giuridici, che, nella specifica materia, può tradursi in una legittima aspettativa, da parte dell'assicurato in buona fede, di stabilità della prestazione previdenziale attribuita, costituendo il mantenimento di una prestazione economica non dovuta una indiretta conseguenza del meccanismo proprio della decadenza. Non è, pertanto, fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, commi 1, secondo periodo, e 3, del decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38, nella parte in cui dispone che la rettifica per errore delle prestazioni erogate dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (I.N.A.I.L.) può intervenire solamente entro dieci anni dalla comunicazione dell'originario provvedimento di attribuzione della rendita (comma 1); che l'errore non rettificabile comporta il mantenimento delle prestazioni godute (comma 3) (2).

(Omissis)

1.- Il giudice unico del lavoro del Tribunale di Treviso dubita della legittimità costituzionale dell'art. 9, commi 1, secondo periodo, 3, 5, 6 e 7, del decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38 (Disposizioni in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, a norma dell'articolo 55, comma 1, della legge 17 maggio 1999, n. 144).

I commi 1 e 3 – prevedendo che l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (I.N.A.I.L.) possa esercitare la facoltà di rettifica per errore delle prestazioni erogate entro dieci anni dalla comunicazione del provvedimento di attribuzione della rendita e che, decorso inutilmente tale termine, si consolidi il diritto del beneficiario al mantenimento delle prestazioni in godimento, pur in difetto dei presupposti di legge – violerebbero gli artt. 38 e 97 della Costituzione, ponendosi in contrasto sia con i principi su cui si fonda il sistema previdenziale, sia, per i maggiori oneri che ne conseguono a carico dell'I.N.A.I.L., con il principio di buon andamento dei pubblici uffici.

I commi 5, 6 e 7, che attribuiscono efficacia retroattiva alla suddetta disciplina, anche con riguardo a rapporti ormai esauriti in quanto prescritti o coperti da giudicato, sarebbero dal canto loro in contrasto con il principio di certezza del diritto enucleabile dall'art. 3 della Costituzione, disponendo l'applicazione del suddetto termi-

ne decadenziale anche in riferimento a provvedimenti di rettifica adottati nel vigore di una diversa disciplina che non prevedeva alcun termine di decadenza.

2.- Le eccezioni di inammissibilità sollevate dalle parti costituite e intervenute sono prive di fondamento.

Affermando che «le conclusioni delle C.T.U. non lasciano dubbi sul fatto che in tutti e tre i casi le originarie determinazioni dei gradi di invalidità fossero sovrastimate per errore», il giudice *a quo* ha, infatti, adeguatamente motivato il proprio convincimento circa l'insussistenza dei presupposti per la procedura di revisione per miglioramento, attivata dall'I.N.A.I.L., e la conseguente qualificazione dei provvedimenti impugnati dagli assicurati come rettifiche per errore.

La descrizione della fattispecie è, d'altro canto, sufficiente a dare conto della rilevanza della questione, mentre è, infine, del tutto plausibile – e del resto conforme alla giurisprudenza di legittimità – l'interpretazione della norma sulla cui base la questione stessa è prospettata.

3.- Nel merito la questione, quanto ai commi 1 e 3, non è fondata.

3.1.- La norma impugnata introduce un termine decadenziale – peraltro di peculiare ampiezza – per l'esercizio, da parte dell'I.N.A.I.L., dei poteri amministrativi di accertamento e rettifica dell'errore commesso in sede di attribuzione, erogazione o riliquidazione delle prestazioni, salvi i casi di dolo o colpa grave dell'assicurato.

La previsione di un tale termine – diversamente da quanto il richiedente assume – non si pone in contrasto con la funzione propria del sistema previdenziale, quale delineata dall'art. 38 della Costituzione, ma rappresenta una non irragionevole misura di tutela dell'assicurato in buona fede, quale controinteressato, rispetto all'esercizio di quei poteri.

Da un lato, infatti, è lecito presumere che, dopo il decorso di un congruo periodo di tempo dall'accertamento dell'invalidità, l'assicurato possa non essere più in grado di far valere adeguatamente i propri interessi nella procedura amministrativa di rettifica (ad esempio a causa della difficoltà di reperimento della documentazione medica dell'epoca), cosicché, sotto tale profilo, il termine decadenziale si configura quale strumento – del resto ben noto all'ordinamento – di garanzia del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Dall'altro lato non vi è dubbio che l'esigenza di certezza nei rapporti giuridici può tradursi, nella specifica materia, in una legittima

aspettativa, da parte dell'assicurato in buona fede, di stabilità della prestazione previdenziale attribuita a seguito di un regolare procedimento accertativo e non rettificata entro un termine ragionevole, cosicché per tale aspetto la norma realizza un contemperamento di interessi entrambi meritevoli di tutela.

Che, poi, l'inutile decorso del termine decadenziale determini – come espressamente dispone il comma 3 – il mantenimento di una prestazione economica astrattamente non dovuta costituisce conseguenza indiretta del meccanismo proprio della decadenza, di per sé non incompatibile con il citato art. 38 della Costituzione.

3.2.- È poi da escludersi, sotto altro profilo, che la disciplina in esame violi il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

Premesso, infatti, che la comparazione tra i maggiori oneri presumibilmente derivanti dalla introduzione del termine decadenziale e i risparmi conseguenti alla probabile riduzione del contenzioso è senz'altro riservata alla discrezionale valutazione del legislatore e, quindi, censurabile solamente nei limiti di una manifesta irragionevolezza, che nella specie non è sicuramente dato di ravvisare, giova comunque osservare che il pur ampio termine di cui si tratta assolve una obiettiva funzione acceleratoria riguardo all'esercizio dei poteri attribuiti all'I.N.A.I.L. e, pertanto, rappresenta uno strumento volto, sia pure indirettamente, ad accrescere l'efficienza dell'Istituto e dunque a favorire il buon andamento della sua azione, senza incidere, ovviamente, nel caso di errore non tempestivamente rettificato, sulle eventuali responsabilità individuali.

4.- La questione di legittimità costituzionale dei commi 5, 6 e 7 dello stesso art. 9, sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione, è invece fondata.

Tali norme – come si è detto – consentono di impugnare i provvedimenti di rettifica adottati nel vigore dell'art. 55, comma 5, della legge 9 marzo 1989, n. 88 (Ristrutturazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro), che ne consentiva l'adozione senza limiti di tempo, al fine di far valere retroattivamente la violazione del termine decadenziale introdotto dalla nuova disciplina.

È senza dubbio vero – come ricorda la difesa dell'I.N.A.I.L. – che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, il divieto di retroattività della legge non è stato elevato a precetto costituzionale, salva, per la materia penale, la previsione dell'art. 25 della Costituzione.

Questa stessa Corte ha tuttavia costantemente precisato che la retroattività deve comunque trovare giustificazione sul piano della ragionevolezza e non può trasmodare in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori (si vedano, tra le tante, la sentenza n. 446 del 2002 e la sentenza n. 416 del 1999).

Nel caso di specie, l'irragionevolezza della disposizione – sia per quanto si riferisce ai «casi prescritti o definiti con sentenza passata in giudicato», sia per quanto riguarda i casi non prescritti o non definiti da giudicato – è di tutta evidenza, in quanto è l'istituto stesso della decadenza che per sua natura non tollera applicazioni retroattive, non potendo logicamente configurarsi una ipotesi di estinzione del diritto (o, come nella specie, del potere) per mancato esercizio da parte del titolare, in assenza di una previa determinazione del termine entro il quale il diritto (o il potere) debba essere esercitato.

La Corte Costituzionale:

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, commi 5, 6 e 7, del decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38 (Disposizioni in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, a norma dell'articolo 55, comma 1, della legge 17 maggio 1999, n. 144);

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, commi 1, secondo periodo, e 3, dello stesso decreto legislativo, sollevata, in riferimento agli artt. 38 e 97 della Costituzione, dal giudice unico del lavoro del Tribunale di Treviso con l'ordinanza in epigrafe.

(1-2) LA RETTIFICA PER ERRORE DELLE PRESTAZIONI EROGATE
DALL'I.N.A.I.L. ALLA LUCE DELLA SENTENZA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 191/2005

Con ordinanza del 12 novembre 2003 (*Gazz. Uff.*, Serie speciale, n. 7 del 18 febbraio 2004), il Tribunale di Treviso ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 del decreto legislativo n. 38 del 23 febbraio 2000, comma 1, nella parte in cui prevede che l'I.N.A.I.L. possa, salvo i casi di dolo e colpa grave dell'interessato, esercitare la facoltà di rettifica entro dieci anni dalla data di comunicazione dell'originario provvedimento errato, nonché dei successivi commi 3, 5, 6 e 7 del medesimo articolo.

Il giudice unico del lavoro ha infatti ritenuto che la nuova disciplina della rettifica per errore, introdotta dal citato art. 9 che ha abrogato l'art. 55, comma 5, primo periodo, della legge n. 88/1989 (Ristrutturazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro), violi i principi base su cui si fonda l'intero assetto previdenziale e non realizzi le

finalità di tutela previste dalla Costituzione ponendosi in contrasto con l'art. 38 Cost., non rispetti il principio di buon andamento della pubblica amministrazione sancito dall'art. 97 Cost. e, infine, contrasti con il principio di certezza del diritto tutelato dall'art. 3 della Cost.

All'attuale disciplina dell'istituto della rettifica per errore si è pervenuti attraverso alterne vicende legislative, accompagnate da una costante opera di interpretazione e sistemazione giurisprudenziale (si veda Alibrandi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2002, pp. 463 ss.; De Compadri, Gualtierotti, *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali*, Milano, 1999, pp. 578 ss.).

Occorre, infatti, risalire all'art. 13 del r.d. 31 gennaio 1904, n. 51, per trovare una prima disciplina della revisione che contemplasse l'ipotesi dell'errore; in seguito il r.d. 17 agosto 1935, n. 1765, ha introdotto il sistema di liquidazione in rendita delle prestazioni economiche previdenziali, e ha disciplinato, all'art. 25, l'istituto della revisione delle rendite costituite in favore degli assicurati, senza tuttavia considerare l'errore come motivo per procedere alla revisione stessa.

La disciplina della revisione è stata poi trasfusa negli stessi termini nell'attuale art. 83 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, sempre con riferimento alla sola revisione delle rendite e senza contemplare l'errore come presupposto per la modifica dell'originario provvedimento di attribuzione al lavoratore delle previdenze di legge.

Da tali vicende legislative la giurisprudenza della Corte di Cassazione, antecedente all'entrata in vigore dell'art. 55 della legge n. 88/1989, aveva desunto che la revisione della rendita già costituita, per errore nella valutazione medico-legale del danno, non era più consentita e che ogni nuova e diversa valutazione dei postumi fosse ammessa solo nei limiti dell'art. 83 del d.P.R. n. 1124/1965 (Cass. 13 febbraio 1987, n. 1606, in *RFI*, 1987, voce *Infortuni sul lavoro*, n. 334; Idem, 5 febbraio 1985, n. 837, in *RFI*, 1985, voce cit., n. 297; Idem, 25 luglio 1984, n. 4368, in *RFI*, 1984, voce cit., n. 67).

È nota la diversità dei presupposti richiesti per l'applicazione dei due istituti: la revisione disciplinata dall'art. 83 del T.U. presuppone un miglioramento o un peggioramento dell'inabilità permanente accertata in capo all'assicurato, per il verificarsi di sopravvenienze; la rettifica, invece, si riferisce a un errore che può riguardare tanto l'aspetto medico-legale della diagnosi originaria (e quindi la stessa esistenza della patologia originariamente riconosciuta) e della valutazione dei postumi invalidanti, quanto la sussistenza dei requisiti soggettivi, necessari perché il lavoratore sia sottoposto alla tutela assicurativa, e di quelli oggettivi, legati alla sussistenza del nesso eziologico tra patologia accertata e attività di lavoro (occasione di lavoro).

La dottrina, peraltro, già sotto il vigore del r.d. n. 1765/1935 si era espressa nel senso che nonostante non potesse procedersi a revisione della rendita per eliminare errori di valutazione medico-legale del *quantum* di inabilità permanente, potesse invece essere sempre invocata, con riferimento alle vicende di un obbligo giuridico, la teoria generale dell'errore come vizio del consenso.

In seguito, entrato in vigore il T.U. n. 1124/1965, la giurisprudenza si era orientata nel senso di ritenere che, pur non essendo prevista la revisione per errore di valutazione o di calcolo, era tuttavia consentito all'I.N.A.I.L., in base al principio generale di autotutela che assiste la pubblica amministrazione, di annullare i propri atti di liquidazione delle rendite che si fossero in seguito rivelati illegittimi per l'assenza dei requisiti soggettivi richiesti dalla legge per la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali o per la mancanza dell'occasione di lavoro.

La rettifica per errore è stata successivamente reintrodotta ed espressamente disciplinata dall'art. 55, comma 5, della legge n. 88/1989, secondo il quale: «Le prestazioni a qualunque titolo erogate dall'I.N.A.I.L. possono essere in qualunque momento rettificate dallo stesso Istituto in caso di errore di qualsiasi natura commesso in sede di attribuzione, erogazione o riliquidazione delle prestazioni»; è stato così consentito all'Istituto di procedere senza limiti temporali alla rettifica delle prestazioni, erogate a qualsiasi titolo, in caso di errore di qualsiasi natura, anche oltre i limiti temporali della stabilizzazione dei postumi indennizzabili previsti dagli artt. 83 e 137 del T.U. n. 1124/1965, che costituiscono i termini ultimi entro i quali procedere alla revisione ordinaria delle rendite (sul punto della assenza di un limite temporale per procedere alla rettifica per errore e in merito alla differenza tra revisione ordinaria delle rendite e rettifica per errore si veda Cass. 20 dicembre 1999, n. 14330, in *RIMP*, 2000, I-II, p. II, 21, con nota di Pontrandolfi, *La revisione della rendita da silicosi* (art. 146, T.U. 1124/1965) e *la rettifica per errore* (art. 9 D.lgs. 38/2000)).

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 38/2000 il potere di rettifica dell'Istituto è stato fortemente limitato dalla norma introdotta con l'art. 9 che, salvo i casi di dolo o colpa grave dell'interessato giudizialmente accertati, fissa un termine di dieci anni, a decorrere dalla comunicazione del provvedimento originario, entro il quale l'Istituto può esercitare la facoltà di rettifica; il citato articolo prevede poi, al comma 3, il mantenimento delle prestazioni economiche in godimento al momento in cui l'errore è stato rilevato, nei casi in cui non sia più possibile procedere alla rettifica e, ai successivi commi 5, 6 e 7, sancisce la retroattività della norma, consentendo ai soggetti nei cui confronti si sia proceduto alla rettifica, in base alla precedente disciplina, di presentare all'I.N.A.I.L. una domanda di riesame del provvedimento anche nei casi prescritti o definiti con sentenza passata in giudicato.

Pronunciandosi sulla questione sollevata dal Tribunale di Treviso, la Corte Costituzionale, con la sentenza in commento, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 5, 6 e 7 dell'art. 9 del d.lgs. n. 38/2000 e non fondata la questione di legittimità costituzionale dei commi 1 e 3 del medesimo articolo.

La Corte delle leggi ha così escluso che la previsione di un termine decadenziale entro il quale l'Istituto deve esercitare il potere di procedere alla revisione per errore possa considerarsi in contrasto con la funzione propria del sistema previdenziale e con i principi inerenti alla «liberazione dal bisogno», come invece ha sostenuto il giudice remittente e una larga parte della dottrina che da tempo aveva osservato come la soluzione adottata dal legislatore, con il d.lgs. n. 38/2000, non andasse esente da possibili censure di legittimità costituzionale, in quanto implicava il riconoscimento definitivo della prestazione economica a prescindere dalla sussistenza dei presupposti di legge necessari per la sua erogazione (Cass. 13 gennaio 2001, n. 435, in *RIMP*, 2001, III, p. II, 106, con nota di Piccinino, *Potere di rettifica e applicabilità dell'art. 9 del D.lgs. n. 38/2000, nei giudizi in corso; profili di legittimità costituzionale*).

Secondo tale dottrina, ripresa anche dalla Corte di Cassazione, alla quale ha fatto riferimento il Tribunale di Treviso nell'ordinanza di rimessione, il sistema previdenziale è finalizzato alla soddisfazione dell'interesse alla «liberazione dal bisogno», tutelato dall'articolo 38 della Costituzione, che appartiene al singolo e all'intera collettività, che è il solo a giustificare l'erogazione della prestazione (Cass. 16 agosto 2000, n. 10842, in *RFI*, voce *Infortuni sul lavoro*, n. 184. La Corte, in merito alla costituzionalità della disciplina introdotta dall'art. 9, comma 2, del d.lgs. n. 38/2000, afferma che «Si tratta di una disposizione che potrebbe suscitare qualche dubbio di legiti-

timità sul piano della conformità alla Costituzione, poiché finisce per attribuire prestazioni previdenziali a soggetti che non ne avrebbero diritto...»).

Il venir meno del collegamento fra prestazione previdenziale ed effettiva esistenza dei presupposti per la sua erogazione in funzione della «liberazione dal bisogno» del lavoratore, attraverso il riconoscimento al beneficiario della possibilità di continuare a godere di una prestazione indebita (con l'unica eccezione dell'ipotesi di dolo o colpa grave del percipiente), comporterebbe quindi, secondo questa ricostruzione degli istituti previdenziali, l'attribuzione di un ingiustificato privilegio a favore di coloro che, seppure in buona fede, percepiscono prestazioni non dovute.

Sconfessando tale opzione ermeneutica, la Corte Costituzionale ha rilevato come la previsione di un termine decadenziale, peraltro di «peculiare ampiezza», entro il quale l'I.N.A.I.L. deve esercitare i propri poteri amministrativi di accertamento e rettifica dell'errore commesso in sede di attribuzione, erogazione o revisione della prestazione – termine che non decorre nei casi di dolo o colpa grave del soggetto tutelato – non sia in contrasto con la funzione propria del sistema previdenziale così come delineata dall'art. 38 della Costituzione, ma rappresenti una «non irragionevole» tutela della buona fede dell'assicurato quale controinteressato rispetto all'esercizio di quei poteri.

D'altro canto il principio di buona fede, al quale l'ordinamento attribuisce il valore di clausola generale nella disciplina dei rapporti tra soggetti, costituisce strumento di tutela della posizione di colui che abbia ragionevolmente confidato sulla rispondenza della situazione alla realtà, cosicché è possibile considerare preminente, nella comparazione degli interessi in gioco, la protezione dell'affidamento incolpevole di coloro che partecipano alle relazioni giuridiche.

Nel caso di specie la Corte ha valutato che, decorso un congruo periodo di tempo dall'accertamento della invalidità, l'interessato possa non essere più in grado di far valere adeguatamente i propri interessi nella procedura amministrativa di rettifica dell'errore e, di conseguenza, il termine di decadenza diviene lo strumento di garanzia del cittadino nei confronti dell'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione.

Occorre inoltre considerare che, come ha avuto modo di chiarire la Corte di Cassazione con la sentenza del 13 gennaio 2001, n. 435, la *ratio* della norma, introdotta con il comma 1 dell'art. 9 del d.lgs. n. 38/2000, è anche quella di tutelare l'interesse generale della certezza del diritto, attraverso la delimitazione temporale del potere di rettifica dell'Istituto e la conseguente stabilizzazione dei rapporti protrattisi per un'apprezzabile durata temporale.

In tale prospettiva, non può non considerarsi che è proprio il principio della «liberazione dal bisogno», sul quale si fonda il sistema previdenziale, a essere salvaguardato e a divenire oggetto di tutela da parte del legislatore.

Infatti, rispetto al rischio di assunzione da parte della amministrazione di maggiori oneri derivanti dal definitivo riconoscimento di prestazioni non dovute, assume rilievo preminente la tutela di coloro che, assoggettati a un procedimento di verifica finalizzato alla rettifica di un presunto errore dell'amministrazione, non siano più in grado, a causa del notevole lasso di tempo trascorso, di dimostrare di avere effettivamente diritto alla prestazione.

In sostanza, nella comparazione degli interessi e delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti, il rischio di accollo economico definitivo da parte dell'I.N.A.I.L. di una prestazione non dovuta assume secondario rilievo rispetto alla possibilità che le prestazioni vengano revocate a chi ne avrebbe invece diritto.

La Corte, peraltro, va oltre tali considerazioni e precisa che la disciplina in discorso non viola neppure il principio di buon andamento della pubblica amministrazione poiché il termine decadenziale, assolvendo una funzione acceleratoria dell'esercizio dei poteri da parte dell'I.N.A.I.L., rappresenta uno strumento che, se pure indirettamente, accresce l'efficienza dell'Istituto e favorisce il buon andamento della sua azione, senza incidere, nel caso di errore non tempestivamente rettificato, sulle eventuali responsabilità individuali.

È stata invece ritenuta fondata, come già accennato, la questione di legittimità costituzionale dei commi 5, 6 e 7 dello stesso art. 9 del d.lgs. n. 38/2000.

Tali norme attribuiscono, ai soggetti nei cui confronti si è proceduto a rettifica delle prestazioni sulla base della normativa precedente, la facoltà di «chiedere all'Istituto assicuratore il riesame del provvedimento», fissando un termine di centotanta giorni dalla entrata in vigore del decreto legislativo, al fine di far valere retroattivamente la violazione del termine decadenziale introdotto con la nuova disciplina, anche per i casi prescritti o definiti con sentenza passata in giudicato.

E, infatti, se è vero che il divieto di retroattività della legge non è stato elevato a precetto costituzionale se non limitatamente alla materia penale, secondo la previsione dell'art. 25 della Costituzione, è altrettanto vero, come è precisato nella sentenza in commento, che la retroattività deve comunque trovare una giustificazione sul piano della ragionevolezza.

Nel caso di specie la Consulta ha ritenuto che la prevista retroattività della disposizione contenuta nell'art. 9, commi 5, 6 e 7, del d.lgs. n. 38/2000, sia sostanzialmente irragionevole (sia per quanto riguarda i casi prescritti o definiti con sentenza passata in giudicato, sia per quelli non prescritti o non passati in giudicato), in quanto è l'istituto stesso della decadenza che, per sua natura, non tollera applicazioni retroattive.

Non è, infatti, logicamente configurabile una ipotesi di estinzione di un diritto o di un potere per mancato esercizio dello stesso da parte del titolare, senza che sia stato preventivamente fissato un termine entro il quale il diritto o potere debba essere esercitato, tanto più se, come in questo caso, si tratta di una decadenza di ordine pubblico, ovvero posta dalla legge nell'interesse generale (Cass. 16 agosto 2000, n. 10842, *retro cit.*; Cass. 20 novembre 2000, n. 14959, in *RFI*, 2000, voce *Infortuni sul lavoro*, n. 179, p. 190).

Il carattere eccezionale dell'istituto della decadenza che, da un lato, assolve alla funzione di garantire la certezza dei rapporti giuridici e, dall'altro, deroga al principio generale secondo il quale l'esercizio dei diritti non è sottoposto a limiti, impone che la stessa non possa in nessun caso concretamente tradursi in un impedimento assoluto dell'esercizio dei diritti da parte del titolare, come avverrebbe nel caso in cui fosse consentito prevedere una decadenza con effetto retroattivo.

Per quanto concerne i casi definiti con sentenza passata in giudicato, va infine ricordato che, come da sempre sostenuto dalla Corte di Cassazione e dalla stessa ribadito di recente con la sentenza 28 marzo 2000, n. 3751, proprio in tema di rettifica per errore effettuata dall'I.N.A.I.L., l'accertamento contenuto nella sentenza si estende alla esistenza di tutti i presupposti di legge previsti per la concessione della prestazione, con la conseguenza che resterebbe precluso all'Istituto di procedere a una revisione per errore ritenendo insussistenti i presupposti di legge definitivamente accertati con la decisione giurisdizionale (in *Banca Dati C.E.D. Cass.*, rv. 535128, e in *Dir. e Giur. Agraria e dell'Ambiente*, 2000, VII, p. 460, con nota di Fontana. La Corte ha

precisato che: «Quando l'I.N.A.I.L. ritenga che l'erogazione di una prestazione sia stata frutto di un errore commesso in sede di accertamento può intervenire in ogni momento, e perciò anche dopo il decorso del termine previsto per la revisione dall'art. 83, d.P.R. n. 1124 del 1965, sulle situazioni pendenti, e procedere a una loro nuova valutazione, pur in presenza di condizioni fisiche dell'assicurato rimaste immutate rispetto al tempo di attribuzione della prestazione; quando, tuttavia, la prestazione sia stata riconosciuta a seguito di un accertamento giudiziale, la soppressione della prestazione, in presenza di un giudicato sul relativo diritto correlato a determinate condizioni fisiche dell'assicurato, può intervenire solo a seguito di un raffronto tra la situazione esistente al momento dell'accertamento giudiziale e quella esistente al momento della soppressione, al fine di verificare un'evoluzione in senso migliorativo, giacché la portata vincolante della decisione irrevocabile si estende non solo alla debenza dei singoli ratei della prestazione riconosciuta, ma anche all'esistenza di tutti gli elementi voluti dalla legge per la configurazione del rapporto, compreso, oltre al requisito assicurativo, lo stato invalidante accertato»).

È opportuno, infine, segnalare che il legislatore, a seguito di questa sentenza, è opportunamente intervenuto con l'art. 14-*vicies quater*, decreto legge 30 giugno 2005, n. 115, convertito, con modificazioni, in legge 17 agosto 2005, n. 168. — (Riconoscimento di prestazioni economiche in caso di provvedimenti di rettifica per errore). Il tenore della disposizione è il seguente: «Al fine di salvaguardare il principio dell'affidamento, i soggetti che hanno chiesto e ottenuto il riesame del provvedimento di rettifica delle prestazioni erogate dall'istituto assicuratore ai sensi dell'articolo 9, commi 5, 6 e 7, del decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38, dichiarato illegittimo dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 191 del 5-10 maggio 2005, continuano a percepire le medesime prestazioni a condizione che siano titolari, oltre che di un eventuale reddito di natura pensionistica o da rendita da lavoro, di un reddito proprio assoggettabile all'imposta sul reddito delle persone fisiche per un importo non superiore a euro 3.000, rivalutabile annualmente secondo gli indici I.S.T.A.T.. Nella determinazione di detto importo non si tiene conto del reddito derivante dall'abitazione principale e relative pertinenze. Nel caso in cui il reddito posseduto sia superiore al limite previsto dal presente comma, le prestazioni sono ridotte in misura pari alla differenza tra lo stesso reddito e il limite previsto».

Donatella Moraggi
Avvocato dell'Inail

CASSAZIONE, 1° giugno 2005, n. 11689, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Rel. Cellerino, P.M. Finocchi Gheri (Conf.) – I.N.P.S. c. M. P.

Pensione ai superstiti – Figli ultradiciottenni inabili e viventi a carico – Presupposto di fatto della «vivenza a carico» – Estremi – Fattispecie.

In caso di morte del pensionato, il figlio superstite ha diritto alla pensione di reversibilità, ove maggiorenne, se riconosciuto inabile al lavoro e a carico del genitore al momento del decesso di questi, laddove il requisito della «vivenza a carico», se non si identifica indissolubilmente con lo stato di convivenza né con una situazione di totale soggezione finanziaria del soggetto inabile, va considerato con particolare rigore, e in tale valutazione occorre prendere in considerazione tutti gli elementi di giudizio acquisiti al processo in base ai quali poter ricostruire la sussistenza o meno di una rilevante dipendenza economica del figlio inabile dal defunto genitore (Nella specie, la S.C. ha riformato la sentenza di merito che non aveva adeguatamente accertato se la ricorrente poteva o meno far affidamento, al momento della morte del padre, sull'assegno di mantenimento erogato dal coniuge separato, al quale, dopo la separazione, aveva affermato di aver rinunciato, ma la cui titolarità risultava ribadita con la sentenza di divorzio) (1).

(Omissis)

Con l'unico motivo l'Istituto ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 22 della legge 21 luglio 1965, n. 903, e difetti di motivazione (art. 360, nn. 3 e 5, cod. proc. civ.) della sentenza. Obiettando che il giudice d'appello avrebbe stravolto la lettera e la *ratio* della norma, secondo la quale: «nel caso di morte del pensionato [...] spetta una pensione [...] ai figli superstiti che, al momento della morte [...] non abbiano superato l'età di 18 anni e ai figli di qualunque età riconosciuti inabili al lavoro e a carico del genitore al momento del decesso di questi».

In particolare, la difesa dell'I.N.P.S., pur riconoscendo che il concetto di «vivenza a carico» non implica una situazione di convivenza, rileva che la decisione non ha considerato che la *ratio* della norma va apprezzata «con assoluto rigore», essendo diretta a «garantire al figlio inabile superstite la continuità della funzione d'imprescindibile e primario sostegno economico già svolta in vita dal dante cau-

sa», e contesta il giudizio espresso dalla Corte di merito per aver attribuito un significato determinante alla rinuncia dell'interessata a conseguire dal coniuge l'assegno di mantenimento che «...la M. afferma di non aver riscosso per un intervenuto accordo con il marito...», le cui difficoltà economiche «non dovevano trovare né ingresso, né credito presso il giudice dell'appello», trattandosi di evenienze estranee alla questione litigiosa.

Il ricorso merita di essere accolto.

Seppure possa essere condivisa l'affermazione secondo cui il concetto di «vivenza a carico» non comporta indissolubilmente lo stato di convivenza, né una situazione di totale soggezione finanziaria del soggetto inabile, cui sovviene, per il suo sostentamento, l'intervento economico assicurato dal defunto, tuttavia è pur vero che la rinuncia, ritenuta verosimile dalla Corte di merito, all'assegno di mantenimento dovutole dal marito separato («al momento del decesso del dante causa la M. percepiva, a parte il contributo paterno, la sola pensione d'inabilità...»), ha costituito la pietra angolare su cui è stato fondato il giudizio di decisività del contributo paterno, inteso quale requisito costitutivo ai fini del riconoscimento della prestazione.

In questo contesto, la sentenza ha trascurato, però, di considerare la circostanza secondo cui, come risulta dall'esposizione in narrativa della stessa sentenza, «dall'anno 2000, in coincidenza con la sentenza di divorzio», rimaneva «confermata l'avvenuta corresponsione dell'assegno di mantenimento», quale reddito ulteriore per una valutazione complessiva della persistente ricorrenza dello stato di insostituibile, se non esclusiva, soggezione e dipendenza finanziaria della M. dal padre.

Pertanto, da un lato, la valutazione, favorevole alla tesi dell'assistita, dell'elemento contraddittorio, perché espresso attraverso una vicenda *inter alios acta*, estranea al rapporto assicurativo (ovvero la rinuncia dell'interessata, in favore dell'*ex* marito, all'assegno di mantenimento dovutole, di cui la difesa dell'Istituto ha reclamato, tra l'altro, la sintomatica mancanza di una domanda di riduzione dell'assegno), ha inciso logicamente sul requisito della rilevante dipendenza economica della M. dal defunto e, dall'altro, l'esclusione di quel reddito dalla valutazione onnicomprensiva degli introiti, su cui la M. poteva (o avrebbe dovuto) fare affidamento, rendono evidente il difetto di analisi complessiva di tutti gli elementi di giudizio acquisiti al processo.

Il che vizia il conclusivo convincimento espresso dal giudice d'appello il quale, infatti, ha tralasciato di esaminare l'avvenuto ripristino dell'assegno (divorzile), di cui la sentenza riferisce nella parte narrativa, senza tuttavia approfondirne in motivazione le implicazioni operative.

D'altra parte, è appena il caso di aggiungere, considerazione non ultima per importanza, che ai fini del riconoscimento della prestazione non si può sottovalutare l'analisi di un doveroso bilanciamento tra il rapporto affettivo e protettivo di natura familiare, meritevole di ogni rispetto, e quello costituzionalmente garantito (art. 38, comma 1, Cost.), assicurato dall'intervento pubblico invocato.

(*Omissis*)

(1) VIVENZA A CARICO E PENSIONE AI SUPERSTITI

1. — *Profili generali* — La pensione di reversibilità, come noto, è il beneficio riconosciuto ai superstiti nel caso di morte del lavoratore assicurato o pensionato nell'assicurazione generale obbligatoria (art. 2, regio decreto legge 14 aprile 1939, n. 636, convertito con modificazioni dalla legge 6 luglio 1939, n. 1272).

Lo stesso beneficio è riconosciuto nel settore del lavoro pubblico, ed esemplificativamente in questa sede basti rinviare al d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092 (T.U. sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato), che dedica al trattamento di reversibilità il Titolo V.

Il legislatore del 1995, da ultimo, al comma 41, dell'art. 1 della legge 8 agosto 1995, n. 335, ha previsto l'estensione della disciplina dettata sulla materia in sede di assicurazione generale obbligatoria a tutte le forme previdenziali esclusive o sostitutive di questa.

L'evento protetto da tale tipo di prestazione pensionistica è un fatto naturale, che sopravviene quando si è costituita una situazione giuridica qualificata dalla norma (maturazione dei requisiti di assicurazione e contribuzione per il conseguimento della pensione di invalidità o vecchiaia) o per una causa (finalità di servizio [art. 6, legge 12 giugno 1984, n. 222]) capace di modificare quella situazione (Su tale istituto si veda, fra l'altro: P. Pierini, *La pensione ai superstiti*, in B. Bussi e M. Persiani (diretto da), *Trattato di previdenza sociale, Il regime generale della invalidità, vecchiaia e superstiti*, Padova, Vol. I, 1974, p. 429; M. Intorcia, *L'ordinamento pensionistico*, I.N.P.S., 2005, p. 247).

La Corte Costituzionale ritiene che:

la pensione di reversibilità appartiene al più ampio *genus* delle pensioni ai superstiti, ed è una forma di tutela previdenziale nella quale l'evento protetto è la morte, cioè, un fatto naturale che, secondo una presunzione legislativa, crea una situazione di bisogno per i familiari del defunto, i quali sono i soggetti protetti;

l'evoluzione legislativa ha dato al citato trattamento pensionistico un fondamento sostanzialmente identico per il settore pubblico e privato; tant'è che lo si considera, ormai, una forma di tutela previdenziale e strumento necessario per il perseguimento dell'interesse della collettività alla liberazione di ogni cittadino dal bisogno e alla garanzia di quelle minime condizioni economiche e sociali che consentono l'ef-

fettivo godimento dei diritti civili e politici con una riserva, costituzionalmente riconosciuta, in favore del lavoratore, di un trattamento preferenziale (Corte Cost. 28 luglio 1987, n. 286, in *FI*, 1988, I, c. 3516).

Il diritto alla pensione di reversibilità, sorto in capo ai superstiti, è un diritto che spetta a costoro, automaticamente, per legge, *iure proprio*, senza connessione alcuna con la posizione riconosciuta ai medesimi soggetti dall'ordinamento, quali eredi del defunto, con la conseguenza che il trattamento pensionistico in questione spetterà anche in presenza di rinuncia all'eredità.

Il diritto a fruire del citato beneficio pensionistico decorre dal primo giorno del mese successivo a quello in cui è avvenuto il decesso dell'assicurato o del pensionato (art. 5, decreto legislativo luogotenenziale 18 gennaio 1945, n. 39), qualunque sia il momento di presentazione della domanda da parte degli aventi diritto.

Domanda, quest'ultima, sempre necessaria e la cui tardiva presentazione, stante l'imprescrittibilità del diritto a pensione, produrrà effetti sulla prescrizione, quinquennale, dei ratei di pensione (art. 129, comma 1, r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827, convertito con modificazioni dalla legge 6 aprile 1936, n. 1155).

L'accesso al trattamento pensionistico di cui si discute è subordinato, oltre che alla morte del lavoratore, al sorgere di ulteriori condizioni che riguardano, da un verso, la posizione del lavoratore defunto e, da altro verso, le condizioni soggettive dei superstiti.

Con riguardo al secondo dei versanti evidenziati (rinviando alla integrale lettura dei testi normativi di riferimento), la legislazione prevede, fra l'altro, il riconoscimento della reversibilità:

al coniuge (art. 13, comma 1, r.d.l. n. 636/1939);

ai figli superstiti che, al momento della morte del pensionato o dell'assicurato, non abbiano superato l'età di 18 anni e ai figli di qualunque età riconosciuti inabili al lavoro e a carico del genitore al momento del decesso di questi (art. 13, commi 1 e 3, r.d.l. ult. cit.).

Oltre a queste due categorie, concorrenti fra loro, nell'assegnazione della pensione di reversibilità, il legislatore individua ulteriori due categorie di possibili beneficiari: si tratta dei genitori e dei fratelli celibi e delle sorelle nubili del *de cuius*.

Categorie, queste ultime, che possono fruire della pensione ai superstiti solo se non esistono le precedenti due categorie, o se queste non hanno diritto a fruire della citata pensione.

Genitori, fratelli e sorelle sono alternativi fra loro nella possibile fruizione della pensione (art. 13, comma 6, r.d.l. cit.).

La sentenza, che si annota nei limiti della presente trattazione, è stata chiamata a pronunciarsi proprio con riguardo a uno dei requisiti che attengono ai superstiti, ovvero la vivenza a carico dei figli maggiorenni, dei genitori, dei fratelli celibi e delle sorelle nubili.

2. — *La vivenza a carico* — La pensione di reversibilità è riconosciuta alle categorie di soggetti diverse dal coniuge nell'ipotesi che, fra l'altro, i soggetti possibili fruitori fossero a carico del lavoratore o del pensionato, al momento della sua morte.

Requisito, questo, che si rinviene altresì in sede di riconoscimento della rendita ai superstiti *ex art.* 85, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124.

Lo stesso legislatore afferma che tali soggetti si considerano a carico dell'assicurato o del pensionato se costui, prima del decesso, provvedeva al loro sostentamento in maniera continuativa (art. 13, comma 7, r.d.l. n. 636/1939).

La vivenza a carico, rinvenibile in seno al T.U. sugli infortuni sul lavoro e sulle malattie professionali del 1965, si ritiene essere positivamente provata allorché risulti che gli ascendenti si trovino senza mezzi di sussistenza autonomi sufficienti e al mantenimento di essi concorrevano in modo efficiente il defunto (art. 106, comma 1).

In seno all'Assicurazione Generale Obbligatoria si prevede, da un lato, la necessaria produzione da parte del richiedente il beneficio, ai fini della determinazione della vivenza a carico, del documento rilasciato dal Comune di origine o di residenza, e, da altro lato, si riconosce all'I.N.P.S. il potere di compiere indagini per controllare la sussistenza delle condizioni del diritto alla prestazione, e nel compiere tali indagini l'ente previdenziale potrà rivolgersi all'Arma dei Carabinieri, alle Autorità di pubblica sicurezza, all'Ufficio delle imposte dirette e ad altri uffici pubblici (art. 40, commi 1 e 4, d.P.R. 26 aprile 1957, n. 818).

Il documento rilasciato dal Comune deve contenere il nome delle persone a carico del lavoratore o del pensionato defunto e la data di nascita di ciascuno di essi (art. 38, comma 3, d.P.R. 30 maggio 1955, n. 797, richiamato dal comma 1, art. 40, d.P.R. n. 818/1957).

Parimenti, con riguardo alla concessione della rendita ai superstiti, è riconosciuto all'I.N.A.I.L., per l'accertamento della vivenza a carico, il potere di assumere le notizie del caso presso gli uffici comunali, gli uffici delle imposte e presso altri uffici pubblici, nonché il potere di chiedere per le indagini del caso l'intervento dell'Arma dei Carabinieri (art. 106, comma 3, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124).

La Corte Costituzionale ha inteso con tale espressione «la cura del sostentamento del "familiare" in modo continuativo e non occasionale, in adempimento di uno specifico obbligo giuridico o di un mero dovere» (Corte Cost. 28 luglio 1987, n. 286, *rv. cit.*).

La Corte di Cassazione ha ritenuto manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3 e 38 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22, legge 21 luglio 1965, n. 903, nella parte in cui subordina il diritto a pensione di reversibilità degli orfani maggiorenni inabili al lavoro alla condizione che l'inabilità sussista al momento del decesso del genitore, in quanto la detta pensione di reversibilità tende a garantire la continuità del sostentamento del superstite, inabile, anche se maggiorenne, sulla base del necessario nesso di dipendenza causale fra lo stato di bisogno dell'inabile a carico del genitore e l'evento morte del genitore stesso, in ciò giustificatamente differenziandosi dalla reversibilità delle pensioni di guerra, spettante anche ai figli divenuti inabili dopo la morte del padre titolare di essa, che si ispira al diverso principio di garantire a tutti gli orfani di guerra un trattamento di particolare favore (Cass. 13 aprile 1981, n. 2204, in *Banca Dati C.E.D. Cass.*, *rv.* 412941).

Detto questo si tratta di individuare il significato assegnato dalle Corti al sintagma «vivenza a carico» proprio con riguardo al riconoscimento di entrambi i citati benefici, evidenziando sin da ora come una clausola generale di tal fatta si colori della concreta fattispecie volta per volta sottoposta allo scrutinio dei giudici. Il giudice della legittimità ha ritenuto che:

«La prova della cosiddetta vivenza a carico dell'assicurato o del pensionato, richiesta ai fini del diritto alla pensione di reversibilità a favore del figlio superstite (ultradiciottenne) inabile al lavoro, non è esaurita con la dimostrazione della convivenza fra tali due soggetti, occorrendo anche provare che il genitore defunto provvedeva in via continuativa e in misura totale, o quanto meno prevalente, al mantenimento del figlio inabile» (Cass. 26 marzo 1984, n. 1979, in *Banca Dati*, *cit.*, *rv.* 434054);

«La sussistenza del requisito della “vivenza a carico” dell’assicurato o del pensionato, ai fini del riconoscimento del diritto alle prestazioni delle assicurazioni obbligatorie per l’invalidità, la vecchiaia e i superstiti, può essere desunta anche dal solo certificato rilasciato dal Comune di residenza degli interessati ai sensi dell’art. 38, commi 2 e 3, d.P.R. 30 maggio 1955, n. 797 (T.U. delle norme sugli assegni familiari); invero, ai sensi dell’art. 40, d.P.R. 26 aprile 1957, n. 818, mentre la presentazione all’I.N.P.S. di tale documento esaurisce l’onere che la legge addossa all’interessato in ordine alla dimostrazione del requisito suddetto, resta salva la facoltà dell’Istituto previdenziale del relativo controllo, con la conseguenza che, in mancanza di verifica, l’accertamento della sussistenza del requisito della “vivenza a carico” non abbisogna di ulteriore prova» (Cass. 15 luglio 1980, n. 4575, in *Banca Dati*, cit., rv. 408417);

«Ai fini della corresponsione della rendita ai fratelli superstiti del lavoratore deceduto per infortunio sul lavoro, ai sensi dell’art. 85, n. 4, T.U. n. 1124 del 1965, è necessaria la vivenza a carico che va intesa nel senso di un rapporto diretto di dipendenza economica dei detti congiunti (nella specie: non è stata ritenuta sufficiente la dimostrazione della sola circostanza della loro convivenza con i genitori in parte mantenuti dall’assicurato perché versanti in stato di bisogno)» (Cass. 11 febbraio 1985, n. 1135, in *RIMP*, 1985, II, p. 39);

«Il presupposto di fatto della vivenza a carico del titolare della pensione deceduto, previsto dall’art. 22, legge 21 luglio 1965, n. 903, perché i superstiti abbiano diritto alla pensione di reversibilità, da una parte non implica la convivenza materiale; d’altra parte non necessariamente il mantenimento del superstite deve aver fatto esclusivamente carico sul titolare della pensione, essendo invece sufficiente che quest’ultimo abbia integrato il reddito del primo perché inidoneo a garantire il suo sostentamento» (Cass. 21 giugno 1985, n. 3748, in *Banca Dati*, cit., rv. 441327);

«Ai fini del diritto a pensione di reversibilità da parte del figlio maggiorenne inabile, la vivenza a carico deve essere accertata all’atto del decesso del genitore (art. 13, r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636, nel testo modificato dall’art. 22, legge 21 luglio 1965, n. 903); non sussiste la vivenza a carico nell’ipotesi in cui il soggetto inabile, non vedente, sia stato assunto nell’imminenza del decesso del genitore quale centralinista, presso un ente ospedaliero, con retribuzione adeguata in quanto la “vivenza a carico” presuppone nel soggetto un bisogno, se non totale, certamente prevalente, del soccorso economico da parte del deceduto, titolare della pensione diretta» (Cass. 16 gennaio 1987, n. 355, in *IPREV*, 1987, p. 911);

«Il diritto alla rendita per infortunio sul lavoro in favore degli ascendenti superstiti – che, secondo il combinato disposto degli artt. 85 e 106, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, presuppone la cd. vivenza a carico, la quale è provata allorché risulti che gli ascendenti medesimi si trovino senza sufficienti mezzi di sussistenza autonomi e che al loro mantenimento concorresse in modo efficiente il lavoratore defunto – è previsto con distinto riferimento a ciascuno dei superstiti dell’infortunato, sicché non implica una valutazione cumulativa delle posizioni reddituali di entrambi gli ascendenti, neppure se versino in regime di comunione legale tra coniugi; pertanto, occorrendo valutare distintamente la posizione di ciascuno di essi indipendentemente da contributi o aiuti familiari, sia a titolo di mantenimento che di alimenti, il possesso di autonomi mezzi di sussistenza da parte di un coniuge non preclude che il diritto alla rendita sia riconosciuto all’altro coniuge (ascendente del defunto), ove privo di sufficienti e autonomi mezzi di sussistenza» (Cass. 10 settembre 1993, n. 9465, in *Banca Dati*, cit., rv. 483716);

«Il presupposto di fatto della vivenza a carico del titolare della pensione – previsto dall'art. 22, legge n. 903 del 1965, per il riconoscimento del diritto del superstite alla pensione di reversibilità – non implica necessariamente che il mantenimento di quest'ultimo sia stato esclusivamente a carico del titolare medesimo, essendo sufficiente che il secondo abbia integrato il reddito del primo, perché inidoneo a garantire il suo sostentamento; nell'ipotesi di convivenza dei due soggetti, occorre quindi accertare in concreto se l'apporto economico del titolare della pensione abbia avuto carattere prevalente e decisivo per il mantenimento del superstite» (Cass. 21 maggio 1994, n. 5008, in *Banca Dati*, cit., rv. 486724);

«Il diritto alla rendita in favore degli ascendenti superstiti, di cui all'art. 85, T.U. n. 1124/1965, presuppone, ai sensi del successivo art. 106, la cd. vivenza a carico, la quale è provata allorché risulti che gli ascendenti medesimi si trovino senza sufficienti mezzi di sussistenza autonomi e che al loro mantenimento concorreva in modo efficiente il lavoratore deceduto; pertanto, ai fini della sussistenza di tale diritto, non è sufficiente la dimostrazione della loro convivenza con l'assicurato o che da questi ottenessero parziale mantenimento perché versanti in stato di bisogno» (Cass. 24 maggio 1996, n. 4805, in *RIMP*, 1996, II, p. 108);

«Ai fini del requisito della vivenza a carico, previsto per il riconoscimento della rendita I.N.A.I.L. agli ascendenti conviventi del lavoratore deceduto per infortunio sul lavoro, il reddito fruito dal coniuge del superstite va considerato fra i mezzi di sussistenza autonoma che, ove risultino sufficienti, possono escludere la ricorrenza del requisito» (Cass. 24 novembre 1997, n. 11745, in *FI*, 1998, I, c. 2218). I giudici, nel comporre un contrasto sorto in seno alla Sezione lavoro, hanno ritenuto di accogliere il succitato orientamento sulla scorta dell'obbligo di assistenza materiale imposto dall'art. 143 cod. civ. Secondo la Corte: «proprio la realizzazione di questo diritto impedisce di considerare il titolare sprovvisto di mezzi di sussistenza; né la parola "autonoma", contenuta nell'art. 106, può indurre in diverso avviso poiché essa non significa che il requisito in questione sia escluso solo dalla titolarità di redditi personali, ciò che porterebbe a concedere il beneficio anche a chi fruisca di elevati redditi del consorte, ma serve a non negarlo a chi comunque possa sopravvivere (ad esempio grazie a una convivenza di fatto) tuttavia non potendo vantare alcun diritto di contenuto patrimoniale, oppure a chi possa percepire somme insufficienti a liberarlo dallo stato di bisogno» (riv. cit., 2219);

«Il diritto alla rendita per infortunio sul lavoro in favore degli ascendenti superstiti, ex art. 85, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (T.U. assicurazione obbligatoria infortuni sul lavoro e malattie professionali), presuppone ai sensi del successivo art. 106 la cd. vivenza a carico, la quale è provata allorché ricorrano contestualmente due condizioni: a) che gli ascendenti medesimi si trovino senza sufficienti mezzi di sussistenza autonomi; b) altresì, che al loro mantenimento concorreva in modo efficiente il lavoratore defunto, dovendo intendersi tale requisito nel senso che non è necessario che i superstiti siano totalmente mantenuti in tutti i loro bisogni dal lavoratore defunto, ma è indispensabile che quest'ultimo abbia contribuito in modo efficiente al loro mantenimento, mediante aiuti economici che, per la loro costanza e regolarità, costituivano un mezzo normale, anche se parziale, di sussistenza» (Cass. 12 giugno 1998, n. 5910, in *Banca Dati*, cit., rv. 516448);

«La cosiddetta "vivenza a carico" ricorre quando gli ascendenti sono privi di sufficienti mezzi di sussistenza autonomi e al loro mantenimento concorreva in modo efficiente il lavoratore defunto; ciò non implica che i superstiti fossero totalmente man-

tenuti in tutti i loro bisogni dal lavoratore defunto, ma è indispensabile che quest'ultimo abbia contribuito in modo efficiente al loro mantenimento mediante aiuti economici che, per la loro costanza e regolarità, costituivano un mezzo normale, anche parziale di sussistenza (la S.C., nella specie, ha confermato la decisione di merito che ha escluso la sussistenza del diritto in una ipotesi in cui risultava provato che il lavoratore, deceduto dopo una settimana dall'assunzione, convivesse con i genitori e desse un aiuto all'andamento familiare ma non anche la continuità e l'essenzialità del conferimento)» (Cass. 18 maggio 2001, n. 6794, in *Banca Dati*, cit., rv. 546752, e, per esteso, al pari delle precedenti decisioni menzionate *retro*, www.iuritalia.com). Nel caso di specie era stato accertato che il padre del lavoratore defunto era bidello con uno stipendio sufficiente alla sussistenza, mentre la madre era coltivatrice diretta e la sorella era camiciaia, per cui ogni componente del nucleo familiare aveva un reddito sufficiente alla propria sussistenza);

«La cosiddetta "vivenza a carico" sussiste ove l'ascendente medesimo si trovi senza sufficienti mezzi di sussistenza autonoma e al suo mantenimento abbia concorso in modo efficiente il discendente defunto; a tal fine occorre considerare anche il reddito del coniuge dell'ascendente che domanda la prestazione previdenziale, perché, anche ove non sia operante il regime di comunione legale tra gli stessi, comunque sussiste l'obbligo di assistenza materiale tra coniugi posto dall'art. 143 cod. civ.» (Cass. 4 marzo 2002, n. 3069, in *AC*, 2002, p. 663);

«La prova del requisito della vivenza a carico non si esaurisce con la dimostrazione della convivenza, occorrendo anche provare che il genitore provvedeva in via continuativa e in misura totale, o quanto meno prevalente, al mantenimento del figlio inabile» (Cass. 10 agosto 2004, n. 15440, in *Banca Dati*, cit., rv. 575330);

«Il presupposto di fatto della vivenza a carico del titolare della pensione non implica necessariamente che il mantenimento di quest'ultimo sia stato esclusivamente a carico del titolare medesimo, essendo sufficiente che il secondo abbia integrato il reddito del primo, perché inidoneo a garantire il suo sostentamento: con l'ulteriore specificazione che, nell'ipotesi di convivenza dei due soggetti, occorre accertare in concreto se l'apporto economico del titolare della pensione abbia avuto carattere prevalente e decisivo per il mantenimento del superstite» (Cass. 7 febbraio 2005, n. 2371, non massimata). Sulla scorta di tale consolidato orientamento la Corte ha escluso che, nel caso di specie, potesse ritenersi sussistente tale requisito stante il fatto che il figlio richiedente la pensione, «...all'epoca del decesso della madre, era titolare di un reddito annuo, derivante da pensione di invalidità, di importo pari al trattamento minimo, e, al contempo, "analogo" alla pensione di vecchiaia percepita dalla madre [...] era documentato che il ricorrente non conduceva vita in comune con la madre...».

Appaiono altresì degne di menzione due decisioni di merito, l'una del Tribunale di Terni, l'altra del Tribunale di Milano.

Il Tribunale di Terni, con sentenza del 2 giugno 1983 (in *Psoc*, 1983, p. 1459), osservava che: «Ai fini del riconoscimento (ai sensi dell'art. 13, r.d. 14 aprile 1939, n. 636, e succ. mod.) del diritto a pensione di reversibilità a favore dei figli maggiorenni occorre la sussistenza dei requisiti della inabilità al lavoro e della vivenza a carico del genitore "al momento del decesso di questi"; in ordine al secondo requisito (vivenza a carico), è necessario che il contributo economico del genitore sia almeno di apprezzabile rilievo; di conseguenza il solo fatto di essere ospitati nella casa del proprio genitore (a prescindere dagli eventuali diritti su questa del figlio), per una convivenza con questi, o con altri congiunti, non equivale certamente a quella erogazione

in maniera continuativa del sostentamento richiesta dall'art. 19, d.P.R. 26 aprile 1957, n. 818, dato che il termine "sostentamento" nella sua comune accezione presuppone, necessariamente, una soddisfazione più ampia dei bisogni del sostentato».

Il Tribunale di Milano, con decisione del 4 maggio 1984 (in *L80*, 1984, p. 907), riteneva che «Nel caso di morte per infortunio sul lavoro spettano ai superstiti le prestazioni di cui all'art. 85, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, se gli stessi vivevano a carico dell'assicurato, ancorché quindicenne e occupato da poco tempo; nel concetto di "vivenza a carico" deve ricomprendersi il caso in cui più componenti della famiglia producano un reddito così modesto da essere essenziale per il mantenimento dell'intera famiglia».

Sull'evidenziato *trend* giurisprudenziale si pone la decisione n. 11689 del 1° giugno 2005, sentenza secondo la quale «... "il concetto di vivenza a carico" non comporta indissolubilmente lo stato di convivenza, né una situazione di totale soggezione finanziaria del soggetto inabile».

Nel caso di specie la Corte, nel cassare la sentenza di merito, ha evidenziato che la richiedente il beneficio, figlia del *de cuius*, risultava percepire un assegno di mantenimento a seguito di sentenza di divorzio, assegno di cui non aveva tenuto conto il giudice di merito nel compiere la valutazione onnicomprensiva degli introiti di cui fruiva o avrebbe potuto fruire la richiedente.

Ma oltre modo rilevante appare la considerazione di stampo costituzionale in tema di bilanciamento di interessi, bilanciamento che è effettuato tra il rapporto affettivo e protettivo di natura familiare e il rapporto costituzionalmente garantito, ai sensi del comma 1 dell'art. 38 Costituzione, assicurato dall'intervento pubblico invocato.

Siffatta considerazione consente di affermare che la tutela patrimoniale apprestata dall'ordinamento con la pensione ai superstiti non può essere invocata, con riguardo ai soggetti diversi dal coniuge, solo ed esclusivamente quale profilo economico nascente da un rapporto familiare, ma allo stesso si deve necessariamente connettere il requisito economico individuato dal legislatore, la cui esistenza fa presumere una dipendenza economica dal *de cuius*.

Antonino Sgroi
Avvocato dell'I.N.P.S.

I

CASSAZIONE, 13 aprile 2005, n. 10654, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Rel. Celentano – I.N.P.S. (avv.ti Riccio e Valente) c. G. R. (avv. Del Rosso).

Pensione di anzianità – Decorrenza – Anzianità contributiva di 40 anni.

In base a quanto previsto dall'art. 59, commi 6 e 8, legge 27 dicembre 1997, n. 449, i lavoratori che dispongano al 1° gennaio del 1998, ai fini del pensionamento per anzianità, dell'autonomo requisito della sussistenza di quaranta anni di contribuzione, hanno diritto a ottenere la pensione di anzianità dal primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda, e non sono soggetti ad attendere gli slittamenti quadrimestrali (cosiddette «finestre») previsti dalla legge n. 335 del 1995 (1).

II

CASSAZIONE, 24 giugno 2005, n. 13626, Sez. lav. – Pres. Senese, Rel. La Terza – E.N.P.A.L.S. (avv. De Luca) c. D. M. (avv. Garlatti).

Pensione di anzianità privilegiata – Decorrenza – Anzianità contributiva di 30 anni.

Ogni qual volta la pensione di anzianità – in forza del regime delle cosiddette finestre, in base al quale l'apertura della «finestra» è condizione essenziale per la decorrenza della pensione di anzianità (sia a carico dell'assistenza generale obbligatoria che delle forme sostitutive) – abbia decorrenza dal 1° gennaio 1998, si devono applicare i nuovi requisiti, introdotti dall'art. 59, comma 6, della legge n. 449 del 1997, e non è più possibile godere delle pensioni di anzianità anticipate, indipendentemente dalla precedente maturazione di tutti i requisiti previsti dalla previgente legislazione, stante il chiaro tenore letterale della suddetta disposizione, che richiama la data di decorrenza della prestazione e non la data del conseguimento dei requisiti, confermato dalla deroga prevista nel successivo comma 7. Né la suddetta interpretazione contra-

sta con l'art. 38 Cost., atteso che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Cost., il parametro non è conferente rispetto alle pensioni di anzianità. (Nella specie la S.C. ha cassato, rigettando la domanda, la sentenza di merito che aveva riconosciuto la pensione di anzianità a carico dell'E.N.P.A.L.S. con i requisiti di cui al d.P.R. n. 1420 del 1971 a un assicurato che, avendo presentato domanda nel settembre 1997 essendo a tale data maturati i requisiti, aveva diritto al trattamento pensionistico dal gennaio 1998, secondo il meccanismo delle «finestre» disciplinato dall'art. 1, commi 25 e 29, della legge n. 335 del 1995) (2).

I

(Omissis)

La difesa dell'I.N.P.S. denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 1, commi 25 e 29, della legge 8 agosto 1995, n. 335, e dell'art. 59, commi 6, 7 e 8, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, nonché vizio di motivazione.

Deduce che l'assicurato Gherardeschi, nato l'8 maggio 1940, aveva maturato, entro il 31 dicembre 1997, 39 anni di contributi e 57 anni di età e poteva accedere al pensionamento solo dal 1° aprile 1998; i 40 anni di contribuzione li aveva maturati solo nel gennaio 1998 e ciò gli consentiva solo di evitare l'ulteriore slittamento di tre mesi previsto dal comma 8 dell'art. 59 della legge n. 449/97, non di anticipare la decorrenza della pensione fissata al 1° aprile 1998.

Il ricorso non è fondato.

Il comma 25 dell'art. 1 della legge 8 agosto 1995, n. 335, dispone che «Il diritto alla pensione di anzianità dei lavoratori dipendenti a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti e delle forme di essa sostitutive ed esclusive si consegue:

- a) al raggiungimento di un'anzianità contributiva pari o superiore a 35 anni, in concorrenza con almeno 57 anni di età anagrafica;
- b) al raggiungimento di un'anzianità contributiva non inferiore a 40 anni».

Il successivo comma 29 ha stabilito, nella prima parte, che «I lavoratori, che risultano essere in possesso dei requisiti di cui ai commi 25, 26, 27, lettera a, e 28: entro il primo trimestre dell'anno, possono accedere al pensionamento di anzianità dal 1° luglio dello stesso anno, se di età pari o superiore a 57 anni; entro il secondo trime-

stre, possono accedere al pensionamento dal 1° ottobre dello stesso anno, se di età pari o superiore a 57 anni; entro il terzo trimestre, possono accedere al pensionamento dal 1° gennaio dell'anno successivo; entro il quarto trimestre, possono accedere al pensionamento dal 1° aprile dell'anno successivo. In fase di prima applicazione, la decorrenza delle pensioni è fissata con riferimento ai requisiti di cui alla allegata tabella E per i lavoratori dipendenti e autonomi, secondo le decorrenze ivi indicate».

La legge 27 dicembre 1997, n. 449, ha poi stabilito, nella prima parte del comma 6 dell'art. 59: «Con effetto sui trattamenti pensionistici di anzianità decorrenti dal 1° gennaio 1998, a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti per i lavoratori dipendenti e autonomi e delle forme di essa sostitutive ed esclusive, il diritto per l'accesso al trattamento si consegue, salvo quanto previsto al comma 7, al raggiungimento dei requisiti di età anagrafica e di anzianità ovvero di sola anzianità contributiva indicati nella tabella C allegata alla presente legge per i lavoratori dipendenti iscritti all'assicurazione generale obbligatoria e alle forme di essa sostitutive e nella tabella D allegata alla presente legge per i lavoratori dipendenti pubblici iscritti alle forme esclusive dell'assicurazione generale obbligatoria; per i lavoratori autonomi l'accesso al trattamento si consegue al raggiungimento di un'anzianità contributiva non inferiore a 35 anni e al compimento del cinquantottesimo anno di età. Per il periodo dal 1° gennaio 1998 al 31 dicembre 2000 resta fermo il requisito anagrafico di 57 anni e i termini di accesso di cui al comma 8 sono differiti di quattro mesi. È in ogni caso consentito l'accesso al pensionamento al raggiungimento del solo requisito di anzianità contributiva di 40 anni».

Il comma 8 dello stesso articolo dispone poi, nella prima parte, che «I lavoratori, per i quali sono liquidate le pensioni a carico delle forme di previdenza dei lavoratori dipendenti, che risultino in possesso dei requisiti di cui ai commi 6 e 7, lettere *a* e *b*, entro il primo trimestre dell'anno, possono accedere al pensionamento di anzianità dal 1° luglio dello stesso anno, se di età pari o superiore a 57 anni; entro il secondo trimestre, possono accedere al pensionamento dal 1° ottobre dello stesso anno, se di età pari o superiore a 57 anni; entro il terzo trimestre, possono accedere al pensionamento dal 1° gennaio dell'anno successivo; entro il quarto trimestre, possono accedere al pensionamento dal 1° aprile dell'anno successivo. Per l'anno 1998 i diversi termini di accesso al pensionamento di anzianità so-

no comunque differiti di tre mesi, salvo che per i lavoratori di cui al comma 7, lettera c, nonché per quelli che abbiano raggiunto una anzianità contributiva non inferiore a 40 anni, per i quali restano confermati i termini di cui alle previgenti disposizioni».

Con la disposizione contenuta nell'ultima parte del comma 6 («È in ogni caso consentito l'accesso al pensionamento al raggiungimento del solo requisito di anzianità contributiva di 40 anni») e con la successiva disposizione di cui all'ultima parte del comma 8 («...salvo che per i lavoratori di cui al comma 7, lettera c, nonché per quelli che abbiano raggiunto una anzianità contributiva non inferiore a 40 anni, per i quali restano confermati i termini di cui alle previgenti disposizioni») il legislatore ha chiaramente escluso i lavoratori con quaranta anni di contribuzione dalle cd. finestre previste con decorrenza dal 1° gennaio 1998.

Il carattere di autonomo requisito, ai fini del pensionamento, della sussistenza di quaranta anni di contribuzione induce a ritenere che il richiamo alle previgenti disposizioni non può comportare l'applicazione, dopo il 1° gennaio 1998, dello slittamento trimestrale previsto dalla legge n. 335 del 1995, dopo che è stata espressamente esclusa l'applicazione degli ulteriori slittamenti ai soggetti con anzianità contributiva quarantennale.

Per tutto quanto esposto il ricorso va rigettato e l'I.N.P.S. va condannato al rimborso delle spese di giudizio nei confronti del resistente.

II

(*Omissis*)

Va preliminarmente disattesa la eccezione di inammissibilità del ricorso che il D. M. solleva per difetto della procura speciale, perché, in applicazione del principio generale di conservazione degli atti, la procura rilasciata a margine o in calce al ricorso fa presumere, salvo la presenza di elementi contrari (che nella specie non sono ravvisabili), che il mandato *ad litem* sia stato conferito al fine di proporre il giudizio di legittimità avverso la sentenza menzionata nel ricorso stesso (tra le tante Cass. n. 9670 del 17 giugno 2003).

L'E.N.P.A.L.S. denuncia violazione dell'art. 16 del d.P.R. n. 1420 del 1971 in rapporto all'art. E dell'art. 2, lettera c, della convenzione stipulata tra l'E.N.P.A.L.S. e l'I.N.P.S. in attuazione del citato art.

16, violazione ed errata interpretazione dell'art. 1, comma 7, del d.lgs. n. 503 del 1992, nonché violazione del principio del contraddittorio previsto dall'art. 101 e del litisconsorzio di cui all'art. 102 cod. proc. civ., e anche difetto di motivazione. Assume l'Istituto di avere sollevato il proprio difetto di legittimazione passiva sin dalla memoria di costituzione di primo grado, con specifico riferimento alla domanda di pensione presentata dal D. M. nel settembre del 1997, il cui mancato vaglio l'aveva costretto a denunciare in sede di appello il vizio di omessa pronunzia e difetto di motivazione. L'assunto della sentenza impugnata sarebbe frutto di un travisamento degli atti e dei termini di causa, e persistente indice e misura del vizio di omessa pronunzia e di difetto di motivazione.

I giudici d'appello avrebbero male interpretato le sue argomentazioni difensive, e cioè che, in presenza di contribuzione mista E.N.P.A.L.S. e I.N.P.S., l'art. 16 del d.P.R. n. 1420/71 attribuisce la competenza a decidere sulla domanda di pensione all'ente presso il quale l'assicurato possa far valere una prevalente contribuzione, valutata secondo la normativa in vigore presso ciascuno dei due Enti; si dovrebbe quindi procedere alla verifica di quale sia la contribuzione prevalente, valutando il «peso specifico» di ciascuna e tenendo presente che i contributi E.N.P.A.L.S. valgono di più, per cui, nella specie, applicando i prescritti coefficienti, la contribuzione prevalente risultava quella I.N.P.S. ed era quindi l'I.N.P.S. deputato alla erogazione della pensione. Si assume poi che quanto meno motivi di opportunità processuale dovevano indurre a disporre la chiamata in giudizio dell'I.N.P.S.. Vi sarebbe altresì violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., il quale obbliga il giudice a decidere su tutti i capi di domanda, dando peraltro priorità a questioni preliminari dal punto di vista logico e giuridico.

Il ricorrente deduce ancora che la fattispecie sarebbe soggetta alle disposizioni di cui alla legge n. 449/97, perché la prestazione non avrebbe avuto decorrenza antecedente alla data della sua entrata in vigore (slittamento delle decorrenze per le pensioni di anzianità già previste dalla legge n. 335/95).

Assume infine l'Istituto ricorrente che dai versamenti I.N.P.S. emergerebbe la prestazione di attività lavorativa all'atto della domanda di pensione.

Il ricorso merita accoglimento esclusivamente in relazione al profilo concernente l'applicazione della legge n. 449/97, mentre è infondato per il resto.

1. Si lamenta in primo luogo un errore nell'interpretazione nelle difese svolte da esso Istituto ricorrente e quindi un difetto di motivazione, che in ricorso doveva essere esplicitato, dimostrando che le argomentazioni svolte nella memoria di costituzione si riferivano, inequivocabilmente, alla domanda del 1997 e non già a quella del 1998, come ritenuto dalla sentenza impugnata; nel ricorso però non viene per nulla illustrata l'esistenza dell'errore che avrebbe dovuto emergere offrendo il raffronto tra il contenuto degli atti difensivi e le conclusioni cui sono pervenuti i giudici di merito.

Non è quindi ravvisabile il lamentato difetto di motivazione, ma va aggiunto che, in ogni caso, la tesi dell'Istituto ricorrente, per cui sarebbe l'I.N.P.S. legittimato passivo siccome competente alla erogazione della prestazione, è erronea dal momento che l'art. 16 del d.P.R. 31 dicembre 1971, n. 1420, prevede espressamente, al terzultimo comma, che la competenza a decidere sulle domande di cui all'art. 9, e cioè sulle pensioni di anzianità privilegiata, qual è quella oggetto del giudizio, è solo dell'E.N.P.A.L.S., anche quando si tratti di contribuzione mista; non valgono quindi nella specie, trattandosi di pensione di anzianità privilegiata, i criteri di competenza posti in via generale dall'art. 16 del d.P.R. n. 1420, per cui è competente l'Ente presso il quale si faccia valere la maggiore contribuzione.

2. Né può essere addebitato alla sentenza di non avere disposto la chiamata in causa dell'I.N.P.S. perché quest'ultimo, per le ragioni sopra illustrate, era completamente estraneo alla controversia concernente la pensione privilegiata di anzianità.

3. Non è ravvisabile neppure la dedotta violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., giacché i giudici di merito hanno deciso su tutti i capi di domanda, ivi compresa la questione relativa alla legittimazione passiva, affermando che questa spettava all'E.N.P.A.L.S.

4. Merita invece accoglimento il motivo di censura relativo alla applicazione, alla fattispecie, della legge n. 449/97.

Invero, poiché la domanda di pensione risale al settembre 1997, viene sicuramente in applicazione la legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), la quale, in materia di pensione di anzianità, detta immediatamente criteri uniformi sia per quelle A.G.O., sia per quelle dei regimi sostitutivi per quanto concerne le cd. «finestre». Si tratta dell'art. 1, comma 29, della legge n. 335, il quale abroga la regola generale fino ad allora vigente di cui all'art. 5, comma 22, della legge 30 aprile 1969, per cui la pensione di anzianità decorreva normalmente dal

primo giorno del mese successivo a quello di presentazione della domanda da parte del lavoratore che ne aveva perfezionato i requisiti. Alla stregua della citata disposizione del 1995, infatti, non è più sufficiente il possesso dei requisiti assicurativi e contributivi prescritti (oltre che la presentazione della domanda e la cessazione dell'attività lavorativa), dovendo in aggiunta verificarsi una nuova condizione per determinare la decorrenza del trattamento, ossia la apertura delle cd. «finestre» per il conseguimento della prestazione.

La nuova regola sulle «finestre» si applica anche ai fondi sostitutivi dell'assicurazione generale obbligatoria, qual è l'E.N.P.A.L.S., giacché il citato art. 1, comma 29, della legge del 1995 fa riferimento ai lavoratori che risultano essere in possesso dei requisiti di cui ai commi 25, 26, 27, lettera a, e 28, mentre il comma 25 prevede l'applicazione delle nuove regole sia per le pensioni a carico dell'A.G.O., sia a carico delle forme sostitutive ed esclusive.

Ne consegue che anche alla pensione di anzianità privilegiata per cui è causa si applicano le disposizioni sulla decorrenza del trattamento, a norma delle quali la prestazione in esame avrebbe avuto decorrenza dal primo gennaio 1998. Infatti il citato comma 29 prevede che coloro i quali perfezionano i requisiti entro il terzo trimestre dell'anno (nella specie al settembre 1997), possono accedere al pensionamento dal primo gennaio dell'anno successivo, ossia dal gennaio 1998, e non già come si sostiene in controricorso dall'ottobre 1997.

5. Ma se, in forza della regola delle «finestre» che testè si è illustrata, la pensione decorre dal gennaio 1998, consegue che viene necessariamente in applicazione – contrariamente a quanto affermato dai giudici di merito – l'art. 59 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, il cui comma 6 prescrive che «Con effetto sui trattamenti pensionistici di anzianità decorrenti dal primo gennaio 1998 a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, vecchiaia e superstiti per i lavoratori dipendenti e autonomi e delle forme di essa sostitutive ed esclusive, il diritto per l'accesso al trattamento si consegue, salvo quanto previsto dal comma 7, al raggiungimento dei requisiti di età anagrafica e di anzianità ovvero di sola anzianità contributiva indicati nella tabella C allegata alla presente legge per i lavoratori dipendenti iscritti all'assicurazione generale obbligatoria e alle forme di essa sostitutive...». Secondo la citata tabella C i requisiti per la pensione di anzianità per l'anno 1998 sono 35 anni di contribuzione e 54 anni di età, oppure 36 anni di contribuzione a prescindere dall'età.

Pertanto, in forza dell'art. 59, comma 6, della legge n. 449/97, a partire dal gennaio 1998 non è più possibile godere delle pensioni di anzianità anticipate, come quella pretesa dal D. M., che si maturava con i requisiti ridotti previsti dall'art. 9, penultimo comma, del d.P.R. 31 dicembre 1971, n. 1420, ossia con soli 30 anni di contribuzione.

6. Va ulteriormente precisato che la persistenza, sia pure con l'aggravio di determinate riduzioni, del diritto alla pensione di anzianità privilegiata per i lavoratori dello spettacolo (art. 9, d.P.R. n. 1420, di cui il Di Maio chiede l'applicazione) era stata disposta dall'art. 4, comma 6, del d.lgs. n. 182 del 30 aprile 1997 (che era stato emesso in forza della delega al governo conferita dall'art. 2, comma 22, della legge n. 335/95, per l'emanazione di decreti legislativi intesi ad armonizzare con il generale regime A.G.O. vigente presso l'I.N.P.S. i vari regimi pensionistici sostitutivi dell'A.G.O., tra cui l'E.N.P.A.L.S.).

7. Tuttavia detta pensione di anzianità privilegiata era stata prima sospesa, al pari di tutti i trattamenti pensionistici di anzianità anticipati, a opera del d.l. 3 novembre 1997, n. 335, per il periodo dal 3 novembre 1997 fino alla data di entrata in vigore della legge n. 449/97. Il d.l. n. 335/97 non venne convertito ma i suoi effetti vennero fatti salvi dall'art. 59, comma 54, della legge n. 449/97. Ne consegue che i trattamenti pensionistici di anzianità anticipati, tra cui rientra quello per cui è causa, vennero prima sospesi a partire dal 3 novembre 1997 fino all'entrata in vigore della legge n. 449/97, e poi definitivamente eliminati, allorquando il ricordato comma 6 dell'art. 59 della stessa legge ha escluso che, con decorrenza dal primo gennaio 1998, possano maturare trattamenti di anzianità anticipati, essendo ormai necessario, per tutti (tranne che per i soggetti espressamente esclusi dal successivo comma 7), il possesso di almeno 35 anni di anzianità contributiva.

8. Invero, nella specie, per escludere il diritto dell'assicurato alla pensione di anzianità rileva non già la disposizione sopra citata sulla sospensione dei trattamenti anticipati di anzianità dal 3 novembre 1997 in poi, poiché la prestazione del D. M. era fuori dell'ambito di operatività della disposizione, decorrendo la sua prestazione da un momento successivo, e cioè, come già detto, dal primo gennaio 1998, in forza del sistema delle «finestre» introdotto dalla legge n. 335 del 1995; rileva invece la nuova regola introdotta dal comma 6 del medesimo art. 59 della legge n. 447/97, che dal primo gennaio 1998 non consente più la erogazione di trattamenti di anzianità conseguiti con meno di trentacinque anni di contribuzione.

9. Non vi è poi da dubitare che la suddetta condizione del conseguimento dei trentacinque anni si applichi anche all'assicurato che abbia già maturato tutti i requisiti prescritti per avere diritto alla pensione di anzianità alla luce della normativa previdente se, in forza del regime delle finestre, il suo trattamento decorre dal primo gennaio 1998, giacché il citato art. 59, comma 6, richiama, per determinare la applicazione dei più onerosi requisiti, non già la data del loro conseguimento, ma la data di decorrenza della prestazione, posto che il suo tenore letterale, come già sopra ricordato, è il seguente: «Con effetto sui trattamenti pensionistici di anzianità decorrenti dal primo gennaio 1998...». Detta interpretazione, nonostante il contrasto determinatosi tra alcune pronunzie di questa Corte (Cass. nn. 8435/2003, 7470/2003, *contra* Cass. n. 18280/2003, e n. 11668/2003) appare l'unica conforme alla lettera della legge, e trova ulteriore conferma nel comma 7 del medesimo art. 59, denominato «Ambito di applicazione della previdente normativa» il cui tenore letterale è il seguente: «Le disposizioni in materia di requisiti per l'accesso al trattamento pensionistico di cui alla tabella B allegata alla legge 8 agosto 1995, n. 335, trovano applicazione nei confronti...»; segue l'elencazione di 3 categorie di lavoratori, ossia: a) gli operai che svolgono mansioni usuranti, b) i dipendenti cd. precoci che sono stati iscritti a forme di previdenza in età compresa tra i 14 e i 19 anni, c) infine categorie di lavoratori collocati in mobilità o in cassa integrazione.

Pertanto il combinato disposto dei commi 7 e 8 della legge n. 449/97 non lascia dubbi sul fatto che ogni qual volta la pensione di anzianità abbia decorrenza, in forza del regime delle finestre, dal primo gennaio 1998, si debbano applicare i nuovi requisiti dalla medesima introdotti, anche se nell'anno 1997, o anche anteriormente, erano già stati conseguiti i requisiti di età e di contribuzione previsti dalla legislazione precedente.

10. La suddetta ricostruzione del quadro normativo, che conduce a rigettare la pretesa dell'assicurato, non è sospettabile di contrasto con le norme costituzionali, giacché la Corte Costituzionale, con la sentenza del 24 luglio 2003, n. 278, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni sopra citate in tema di sospensione dei trattamenti pensionistici di anzianità dal 3 novembre 1997 fino all'entrata in vigore della legge n. 449/97 (ossia dell'art. 59, comma 54, e dell'art. 63 della legge n. 449/97), ha enunciato un principio già in

precedenza affermato, e cioè che non è conferente, in tema di pensione di anzianità, il richiamo all'art. 38, comma 2, Costituzione, in quanto la garanzia posta dal citato parametro costituzionale, legata allo stato di bisogno, è riservata alle pensioni che trovano la loro causa nella cessazione dell'attività lavorativa per ragioni di età, e non anche a quelle il cui presupposto consiste nel mero avvenuto svolgimento dell'attività stessa per un tempo predeterminato, così come nel caso dei trattamenti pensionistici di anzianità. Nella stessa sentenza la Corte – per evidenziare le differenze tra i trattamenti di anzianità rispetto a quelli di vecchiaia – ha richiamato la sua pronunzia precedente n. 416 del 1999, in cui era stato affermato che nella vigenza dell'ordinamento pensionistico anteriore al 1995, era già stato espresso l'avviso (sentenza n. 115 del 1969) che il godimento delle pensioni di anzianità, rappresentando un beneficio discrezionalmente concesso dal legislatore a prescindere dall'età pensionabile, potesse essere limitato al caso di cessazione effettiva del lavoro e che erano infondati i dubbi di illegittimità costituzionale di normative in materia di divieto di cumulo con i redditi da lavoro dipendente.

Se tali sono i principi enunciati dal giudice delle leggi con riguardo alle «normali» pensioni di anzianità e cioè con riguardo a quelle conseguite con trentacinque anni di anzianità assicurativa, non è sospettabile di contrarietà ai principi costituzionali la abolizione delle pensioni di anzianità anticipate, e cioè quelle che erano previste con soli trenta anni, come quella presentata dal D. M.

L'accoglimento di questo profilo di censura determina l'assorbimento di quella concernente la cessazione del rapporto di lavoro.

11. Il ricorso va quindi accolto, e non essendo necessari accertamenti in fatto all'esito dei principi affermati, la causa va decisa nel merito con il rigetto della domanda avanzata dal D. M. con il ricorso introduttivo.

Nulla per le spese dell'intero giudizio ai sensi dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ. non essendo applicabile *ratione temporis* il disposto dell'art. 42, comma 11, d.l. n. 269 del 30 settembre 2003, convertito in legge 24 novembre 2003 n. 326.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta la domanda di cui al ricorso introduttivo.

(1-2) PENSIONI DI ANZIANITÀ:
VERSO LE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE?

La pensione di anzianità costituisce un beneficio concesso al lavoratore, che ha modo così di accedere al pensionamento indipendentemente dal raggiungimento dell'età pensionabile di vecchiaia, ma, tenendo conto dei contributi versati, a qualsiasi età, oppure tenendo conto del requisito contributivo e dell'età anagrafica, e comunque successivamente alla risoluzione del rapporto di lavoro, nei mesi legislativamente fissati (V. legge n. 335/95, art. 1, commi 25 ss., e legge n. 449/97, art. 59, commi 6 ss., e relative tabelle allegate).

La presentazione della domanda è condizione indispensabile per dare avvio al procedimento amministrativo di liquidazione della pensione che, in via di principio, come disposto dall'art. 22 della legge n. 153/69, decorre dal primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda stessa.

Il legislatore tuttavia, ai fini di contenimento della spesa pubblica, con l'art. 1, comma 2-bis, del d.l. 19 settembre 1992, n. 384 (convertito in legge n. 438/92), ha introdotto le cosiddette «finestre», ovvero ha fatto slittare la data di decorrenza della pensione dal mese successivo alla presentazione della domanda a date legislativamente prefissate, variabili in base al requisito contributivo posseduto e all'età, salvo le eccezioni di cui in seguito.

Nel senso della «*ratio legis*», ispirata da un sistema normativo tendente alla radicale riforma della disciplina pensionistica, divenuta eccessivamente onerosa per la finanza pubblica proprio per la diffusa erogazione dei trattamenti di anzianità» come da Cass. sentenza n. 11668/03, il legislatore ha incentivato il posticipo del pensionamento per «i lavoratori dipendenti del settore privato che abbiano maturato i requisiti minimi indicati alle tabelle di cui all'articolo 59, commi 6 e 7, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, per l'accesso al pensionamento di anzianità» nel modo disciplinato dall'art. 1, comma 12, della legge n. 243 del 23 agosto 2004, anche se così operando, con il protrarsi della permanenza in servizio di potenziali pensionandi, ha reso più difficile l'accesso dei giovani al mercato del lavoro.

La domanda pertanto, dall'introduzione delle cd. finestre, ha perduto l'effetto di determinare la data di decorrenza della pensione di anzianità, conservando esclusivamente la funzione di provocare l'avvio del procedimento amministrativo di liquidazione.

Con riferimento alle decisioni di specie, con la sentenza n. 10654/05, la S.C. è stata interessata a determinare la decorrenza della pensione di anzianità relativamente a un lavoratore dipendente che aveva maturato 40 anni di contribuzione nel gennaio 1998, epoca della domanda amministrativa.

Il giudice d'appello aveva ritenuto sussistere il diritto dal 1° febbraio 1998, ossia dal primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda; al contrario l'I.N.P.S. aveva invocato l'applicazione dell'art. 1, commi 25 e 29, della legge n. 335/95, ritenendo legittimo l'accesso al pensionamento soltanto dal 1° aprile 1998 e che l'art. 59, comma 8, della legge n. 449/1997 consentiva di evitare soltanto l'ulteriore differimento di tre mesi della decorrenza della pensione, perché detto comma faceva salvi fra l'altro da tale differimento i lavoratori con un'anzianità contributiva non inferiore a 40 anni.

La S.C. ha ritenuto di disattendere il ricorso dell'I.N.P.S., fondato su una tesi restrittiva, in base al disposto letterale dell'art. 59, comma 6, per cui «è in ogni caso con-

sentito l'accesso al pensionamento al raggiungimento del solo requisito di anzianità contributiva di 40 anni», e comma 8, che esclude il differimento di tre mesi «per i lavoratori che abbiano raggiunto una anzianità contributiva non inferiore a 40 anni, per i quali restano confermati i termini di cui alle previgenti disposizioni».

La giurisprudenza della S.C. sembra in linea con l'intenzione del legislatore, che non è mai giunto a penalizzare i lavoratori con quaranta anni di contribuzione, titolari quindi di 2.080 contributi, che poi costituiscono il massimo pensionabile.

Tant'è che anche la recente legge n. 243/2004, ha previsto che «il diritto al pensionamento si consegue, indipendentemente dall'età, in presenza di un requisito di anzianità contributiva non inferiore a quaranta anni».

La questione della decorrenza della pensione di anzianità viene esaminata anche nella successiva sentenza n. 13626/05.

La S.C., disposta la competenza dell'E.N.P.A.L.S. a decidere sulle domande di pensione di anzianità privilegiata per i lavoratori dello spettacolo di cui all'art. 9, comma 2 (art. 16, d.P.R. n. 1420/71), quanto alla decorrenza di detta pensione per una domanda risalente al settembre 1997, non dubita dell'applicazione dell'art. 1, comma 29, della legge n. 335/95, e quindi delle cd. «finestre» per la decorrenza della prestazione.

Di qui, anche l'applicazione della successiva legge n. 449/97 (art. 59).

La Corte di Cassazione, stabilito infatti che la pensione dovrebbe decorrere dal gennaio 1998 per coloro che perfezionano i requisiti entro il terzo trimestre dell'anno (nella specie al settembre 1997), prende in considerazione l'art. 59 della legge n. 449/97, comma 6, relativamente ai «trattamenti pensionistici di anzianità decorrenti dal primo gennaio 1998».

L'excursus della S.C. perviene alla conclusione che «i trattamenti pensionistici di anzianità anticipati, tra cui rientra quello per cui è causa, vennero prima sospesi a partire dal 3 novembre 1997 fino all'entrata in vigore della legge n. 449/97, e poi definitivamente eliminati, allorquando il ricordato comma 6 dell'art. 59 ha escluso che, con decorrenza dal primo gennaio 1998, possano maturare trattamenti di anzianità anticipati, essendo ormai necessario, per tutti (tranne che per i soggetti esclusi dal successivo comma 7 «tra i quali non rientra la fattispecie in esame») il possesso di almeno 35 anni di anzianità contributiva».

In quest'ultima sentenza la S.C. propende per una interpretazione restrittiva del conseguimento della pensione di anzianità in quanto, esclusi profili di incostituzionalità della norma, si sofferma sul dato letterale del citato art. 59, facendo leva sul fatto che lo stesso fa riferimento ai «trattamenti pensionistici di anzianità decorrenti» e non al conseguimento del requisito contributivo, di età anagrafica e di cessazione dell'attività lavorativa, verificatisi anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge.

Con tale decisione la S.C. si discosta da decisioni precedenti, peraltro richiamate in sentenza, segnatamente dalla n. 8435/03, secondo cui sono esclusi dall'ambito di applicazione della legge n. 449/97 i soggetti che, prima della sua entrata in vigore, abbiano già raggiunto l'anzianità anagrafica e contributiva stabilita dall'art. 1, commi 28 e 29, legge n. 335 del 1995, e presentato la domanda di pensione.

La S.C. sottolinea inoltre che l'interpretazione alla quale è pervenuta appare rafforzata dal comma 7 del medesimo art. 59, che dispone l'applicazione del trattamento pensionistico di cui alla tabella B della legge n. 335/95 per alcune categorie di lavoratori elencate nel suddetto comma.

L'interpretazione della S.C., senza dubbio di carattere restrittivo, fa perno essenzialmente sull'interpretazione letterale della normativa che ha un aspetto penalizzan-

te riguardo alle pensioni di anzianità, cosicché, ai fini della individuazione della normativa applicabile, non fa riferimento alla disciplina vigente al momento della maturazione del diritto, bensì alla data di decorrenza della pensione.

Pertanto, mentre nel contesto dell'art. 22, comma 1, della legge n. 153 del 1969, il possesso del requisito assicurativo e contributivo, unitamente alla cessazione del rapporto di lavoro, erano sufficienti per far sorgere il diritto alla pensione di anzianità e la domanda fissava la data della sua decorrenza, allo stato la domanda, stando alla suddetta decisione, serve soltanto a dare impulso al procedimento amministrativo di liquidazione e l'erogazione della pensione risulta condizionata dalle cd. «finestre» nonché dalla normativa vigente al momento della decorrenza.

Tuttavia dall'insegnamento della S.C., in ordine alla non coincidenza tra momento perfezionativo del diritto a pensione e momento di decorrenza della stessa, dovuta al fatto che la pensione decorre quanto meno dal giorno successivo alla data di perfezionamento del diritto stesso (Cass. sentenze nn. 15806/01; 441/99; 6883/98; 5433/91), si ricava la conseguenza che, in caso di successione di leggi nel tempo, dovrebbe farsi riferimento alla disciplina vigente al momento della maturazione del diritto e non alla data di decorrenza della pensione e neppure alla data di presentazione della domanda, che presuppone la maturazione del diritto e rileva ai soli fini della decorrenza.

Se la legge n. 449/97 viene a essere interpretata come nel caso in specie, attraverso il riferimento alla decorrenza, dovrebbe ritenersi che la legge viene a pregiudicare diritti già perfezionati e pertanto la stessa sembra presentare profili di incostituzionalità, dovendo ritenersi violato il principio dell'affidamento.

Peraltro la stessa S.C., pur ritenendo conforme a legge la propria interpretazione, richiama il contrasto esistente in materia tra alcune pronunzie della stessa Corte (Cass. nn. 8435/2003; 7470/2003; *contra* Cass. n. 18280/2003 e n. 11668/2003), per cui sarebbe auspicabile una pronuncia da parte delle Sezioni Unite, tanto più che la sentenza n. 8435/03, di segno opposto, ha richiamato nella propria decisione la sentenza n. 48/2000 della Corte Costituzionale secondo cui «Per un verso è evidente, infatti, che l'effetto abrogativo del *referendum*, verificandosi *ex nunc*, non potrebbe mettere in discussione i diritti acquisiti sotto l'impero della legge n. 335 del 1995, in quanto legge destinata a regolare la fattispecie legale attributiva del diritto a pensione di anzianità in presenza dei requisiti maturati durante la sua vigenza...».

Carlo De Angelis
Avvocato in Roma

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

CONTROVERSIE

- Prescrizione – Interruzione – Eccezione – Natura giuridica
– Rilevabilità d'ufficio (Cassazione, 27 luglio 2005, n.
15661, Sezioni Unite). 68

DIRITTO ALL'IMMAGINE

- Danno – Onere della prova (Tribunale di Forlì, 21 settem-
bre 2005, Sez. lav.). 89

FESTIVITÀ INFRASETTIMANALI

- Diritto soggettivo del lavoratore all'astensione dal lavoro –
Conseguenze (Cassazione, 8 agosto 2005, n. 16634,
Sez. lav.). 50

GRUPPO D'IMPRESA

- Affiliazione commerciale – Incidenza dell'affiliante sull'atti-
vità di gestione dell'affiliato – Struttura gerarchica unita-
ria – Rilevanza giuridica ai fini dell'applicazione dell'art.
18 Stat. lav. (Tribunale Milano, 25 giugno 2005). 97

IMPIEGATO DELLO STATO E PUBBLICO IN GENERE

- Contratto collettivo – Accertamento pregiudiziale sull'effi-
cacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi –
Art. 64, d.lgs. n. 165/2001 – Interpretazione della clau-

sola controversa – Giudizio di cassazione – Limiti (Cassazione, 18 aprile 2005, n. 7932, Sez. lav.).	111
Contratto collettivo – Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi – Art. 64, d.lgs. n. 165/2001 – Natura dell'accordo di interpretazione autentica – Novazione oggettiva (Cassazione, 18 aprile 2005, n. 7932, Sez. lav.).	111
Contratto collettivo – Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi – Art. 64, d.lgs. n. 165/2001 – Procedimento di stipulazione dell'accordo interpretativo – Efficacia e validità dell'accordo interpretativo – Necessaria sottoscrizione da parte di tutti i soggetti stipulanti l'accordo originario – Sussiste (Cassazione, 18 aprile 2005, n. 7932, Sez. lav.).	111
INFORTUNI SUL LAVORO E MALATTIE PROFESSIONALI	
I.N.A.I.L. – Attribuzione di rendita – Facoltà di rettifica per errore – Introduzione di un termine decadenziale di dieci anni – Efficacia retroattiva del termine anche con riguardo ai rapporti esauriti nel vigore della previgente disciplina – Irragionevolezza – Illegittimità costituzionale (Corte Costituzionale, 10 maggio 2005, n. 191).	141
I.N.A.I.L. – Attribuzione di rendita – Facoltà di rettifica per errore entro il termine decadenziale di dieci anni – Mancato esercizio – Consolidamento del diritto del beneficiario pur in difetto dei presupposti di legge – Assunto contrasto con il principio previdenziale e con il principio di buon andamento dei pubblici uffici – Non fondatezza della questione (Corte Costituzionale, 10 maggio 2005, n. 191).	141
LAVORO A TEMPO PARZIALE	
Accordo sindacale di trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale – Determinazione uni-	

laterale delle clausole elastiche – Illegittimità – Effetti (Cassazione, 6 luglio 2005, n. 14215, Sez. lav.).	60
PATTO DI PROVA	
Sottoscrizione – Prestazione di lavoro – Posteriorità (Tribunale Milano, 25 giugno 2005).	97
PENSIONE AI SUPERSTITI	
Figli ultradiciottenni inabili e viventi a carico – Presuppo- sto di fatto della «vivenza a carico» – Estremi – Fattispecie (Cassazione, 1° giugno 2005, n. 11689, Sez. lav.).	151
PENSIONE DI ANZIANITÀ	
Decorrenza – Anzianità contributiva di 40 anni (Cassazio- ne, 13 aprile 2005, n. 10654, Sez. lav.).	160
PENSIONE DI ANZIANITÀ PRIVILEGIATA	
Decorrenza – Anzianità contributiva di 30 anni (Cassazio- ne, 14 giugno 2005, n. 13626, Sez. lav.).	160
PRESTAZIONI PREVIDENZIALI	
Istituti di patronato – Richiesta – Prescrizione – Effetto interruttivo (Cassazione, 27 luglio 2005, n. 15661, Sezioni Unite).	68
PREVIDENZA SOCIALE	
Prepensionamento – Trattamento pensionistico commisur- ato su 35 anni – Diritto (Corte d'Appello Ancona, 27 maggio 2005-22 giugno 2005, n. 307, Sez. lav.).	129

SERVIZI AEROPORTUALI

Direttiva n. 96/67/Ce – Recepimento nazionale – D.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18 – dipendenti del gestore aeroportuale – Obbligo di assunzione alle dipendenze delle imprese neoentrate nel settore – Contrasto con la direttiva (Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 9 dicembre 2004, causa C-460/2002). 21

Direttiva n. 96/67/Ce – Recepimento nazionale – Dipendenti del gestore aeroportuale – Obbligo di assunzione alle dipendenze delle imprese neoentrate nel settore o di misure compensative dei costi sociali – Contrasto con la direttiva (Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 14 luglio 2005, causa C-386/2003). 21

TRASFERIMENTO DI LAVORATORE

Incompatibilità ambientale – Nozione (Corte d'Appello Bologna, 3 febbraio 2005, Sez. lav.). 79

CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

2004

DICEMBRE

Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 9 dicembre 2004, causa C-460/2002 – Pres. Jann, Rel. Silva de la Puerta, Avv. Gen. Léger – Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana. 21

2005

FEBBRAIO

Corte d'Appello Bologna, 3 febbraio 2005, Sez. lav. – Pres. Castiglione, Est. Benassi – Folchini (avv.ti Lannutti e

Pedri) c. Ministero della pubblica istruzione (contumace) e Provveditorato agli studi di Parma (contumace). 79

APRILE

Cassazione, 13 aprile 2005, n. 10654, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Rel. Celentano – I.N.P.S. (avv.ti Riccio e Valente) c. G. R. (avv. Del Rosso). 160

Cassazione, 18 aprile 2005, n. 7932, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Rel. Balletti, P.M. Frazzini (Conf.) – Gerboni (avv.ti Siri e Pucci) c. Ministero della pubblica istruzione-Provveditorato agli studi di Imperia (Avv. Gen. Stato), Brilla Carlo (avv.ti Lucifredi e Stoppani), S.N.A.L.S.-CONES.A.L. (avv.ti Lucifredi e Stoppani). 111

MAGGIO

Corte Costituzionale, 10 maggio 2005, n. 191; Pres. Capotosti, Rel. Marini; A. C. e altri (avv. Assennato) c. I.N.A.I.L. (avv. La Peccerella e Raspanti). 141

GIUGNO

Cassazione, 1° giugno 2005, n. 11689, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Rel. Cellerino, P.M. Finocchi Gherzi (Conf.) – I.N.P.S. c. M. P. 151

Cassazione, 14 giugno 2005, n. 13626, Sez. lav. – Pres. Senese, Rel. La Terza – E.N.P.A.L.S. (avv. De Luca) c. D. M. (avv. Garlatti). 160

Corte d'Appello Ancona, 27 maggio 2005-22 giugno 2005, n. 307, Sez. lav. – Pres. Bandini – Marcolini e altri (avv.ti M. e D. Fagioli) c. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (avv.ti Augelletta e Maggio). 129

Tribunale Milano, 25 giugno 2005 – Est. Sala – Bellotto (avv. Scarpelli) c. B. S. Milano S.r.l. e Dorado S.r.l. (avv.ti Fusillo, Punzi e Biffi). 97

LUGLIO

Cassazione, 6 luglio 2005, n. 14215, Sez. lav.; Pres. Ciciretti, Est. D. L. Miani Canevari, P.M. Matera (Conf.); Petruzzi (avv. Mastrangeli) c. A.I.S.P. Azienda Servizi e partecipazioni (avv.ti Biscotto, Scognamiglio). Cassa con rinvio app. Perugia 12 novembre 2002. 60

Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 14 luglio 2005, causa C-386/2003 – Pres. Timmermans, Rel. Silva de la Puerta, Avv. Gen. Léger – Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica federale di Germania. 21

Cassazione, 27 luglio 2005, n. 15661, Sezioni Unite – Pres. Carbone, Est. Roselli, P.M. Iannelli (Conf.) – Leporatti (avv.ti Pellegrini e Alibrandi) contro I.N.A.I.L. (avv.ti Catania e Raspanti). 68

AGOSTO

Cassazione, 8 agosto 2005, n. 16634, Sez. lav. – Pres. Mileo, Est. Balletti, P.M. Napoletano, (Diff.) – Boemi e altri (avv.ti Muggia e Ciccio) c. Fondazione Teatro alla Scala di Milano (avv. Ichino). Cassa appello Milano 29 novembre 2002. 50

SETTEMBRE

Tribunale di Forlì, 21 settembre 2005, Sez. lav. – Est. Sorgi – Ramenghini (avv. Mazzini) c. Fustelpack S.p.a. (avv.ti Pinza). 89

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

– art. 2	92
– art. 3	114, 140, 141, 155
– art. 24	72
– art. 25	144
– art. 32	92
– art. 36	60
– art. 38	140, 142, 153, 161
– art. 39	121
– art. 41	81, 95
– art. 97	142
– art. 111	68

Preleggi

– art. 12	50
-----------------	----

CODICE CIVILE DEL 1865

– art. 2105	73
-------------------	----

CODICE CIVILE

– art. 10	95
– art. 12	51
– art. 123	124
– art. 143	157
– art. 1242	69
– art. 1259	124
– art. 1353	61
– art. 1362	60, 113
– art. 1363	113
– art. 1372	61
– art. 1418	60, 80, 86
– art. 1344	105
– art. 1345	86
– art. 1435	80

– art. 1442	69
– art. 1460	69
– art. 2043	92
– art. 2059	92
– art. 2087	94
– art. 2103	80
– art. 2107	56
– art. 2108	56
– art. 2109	56
– art. 2113	115
– art. 2252	126
– art. 2257	126
– art. 2287	126
– art. 2359	107
– art. 2368	126
– art. 2436	126
– art. 2497	109
– art. 2500- <i>ter</i>	126
– art. 2751- <i>bis</i>	93
– art. 2934	72
– art. 2937	72
– art. 2938	69
– art. 2943	68
– art. 2944	71
– art. 2945	71

CODICE CIVILE TEDESCO
(BÜRGERLICHES GESETZBUCH)

– art. 613- <i>bis</i>	24
------------------------------	----

CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 152 disp. att.	169
– art. 101	164
– art. 102	164
– art. 105	123
– art. 112	68, 165
– art. 345	69
– art. 360	122, 151

– art. 378.....	56
– art. 416.....	69
– art. 419.....	117
– art. 437	69

CODICE PENALE

– art. 185.....	90
-----------------	----

LEGGI E DECRETI

r.d. 31 gennaio 1904, n. 51	
– art. 13.....	146
T.U. 26 giugno 1924, n. 1054	
– art. 26.....	80
legge 22 febbraio 1934, n. 370	50
– art. 3	56
– art. 5	56
r.d. 17 agosto 1935, n. 1765	
– art. 25.....	146
r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827	
– art. 129.....	154
legge 6 aprile 1936, n. 1155	154
regio decreto legge 14 aprile 1939, n. 636	
– art. 2.....	153
– art. 13.....	154
legge 6 luglio 1939, n. 1272	153
decreto legislativo luogotenenziale	
18 gennaio 1945, n. 39	
– art. 5.....	154
d.lgs. C.p.S. 29 luglio 1947, n. 804	
–art. 1	68
legge n. 260/49	
– art. 2.....	51
– art. 5.....	50
legge n. 520/52	54
legge n. 90/1954	50
– art. 1	57
– art. 2.....	57
– art. 3.....	57

– art. 4.....	57
d.P.R. 30 maggio 1955, n. 797	
– art. 38.....	155
d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3	
– art. 31.....	79
– art. 32.....	80
d.P.R. 26 aprile 1957, n. 818	
– art. 19.....	159
– art. 40.....	155
legge n. 1369/1960	
– art. 1.....	109
d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124	
– art. 83.....	146
– art. 85.....	154
– art. 106.....	155
– art. 112.....	68
– art. 137.....	147
– art. 146.....	147
legge 21 luglio 1965, n. 903	
– art. 22.....	151
legge 15 luglio 1966, n. 604	
– art. 3.....	60
– art. 5.....	60
– art. 6.....	61
– art. 15.....	60
legge 30 aprile 1969	
– art. 5.....	165
legge n. 153 del 1969	
– art. 22.....	138, 170
legge 20 maggio 1970, n. 300	
– art. 7.....	86
– art. 13.....	86
– art. 18.....	60, 97
legge 6 dicembre 1971, n. 1034	
– art. 2.....	80
– art. 3.....	80
d.P.R. n. 1204/1971	
– art. 15.....	135
d.P.R. 31 dicembre 1971, n. 1420.....	161
– art. 9.....	165
– art. 16.....	163

d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092	153
legge n. 155 del 1981	134
– art. 8	135
legge n. 416 del 1981	134
legge 12 giugno 1984, n. 222	
– art. 6	153
d.l. n. 726 del 1984	
– art. 5	66
legge 19 dicembre 1984, n. 863	
– art. 5	60
legge n. 48 del 1988	134
legge n. 67 del 1988	134
legge 9 marzo 1989, n. 88	
– art. 37	136
– art. 55	144
legge n. 141 del 1990	134
legge n. 221 del 1990	134
legge 23 luglio 1991, n. 223	
– art. 7	135
– art. 27	135
– art. 29	135
d.l. 19 settembre 1992, n. 384	
– art. 1	170
d.l. n. 393 del 1992	134
legge n. 438/92	170
legge n. 460 del 1992	134
d.lgs. n. 503 del 1992	
– art. 1	164
d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29	
– art. 2	79
– art. 53	113
– art. 68- <i>bis</i>	111
legge n. 236 del 1993	134
d.lgs. 23 dicembre 1993, n. 546	79
– art. 24	115
– art. 53	115
d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297	
– art. 467	84
– art. 468	84
– art. 469	84
– art. 492	87

– art. 493.....	87
– art. 494.....	87
– art. 495.....	87
– art. 496.....	87
– art. 497.....	87
– art. 498.....	87
– art. 499.....	87
– art. 500.....	87
– art. 501.....	87
– art. 502.....	87
– art. 503.....	87
– art. 504.....	87
– art. 505.....	87
– art. 506.....	87
– art. 507.....	87
– art. 508.....	87
– art. 564.....	80
– art. 567.....	80
– art. 575.....	81
– art. 576.....	81
– art. 577.....	81
– art. 578.....	81
d.l. 16 maggio 1994, n. 299.....	135
legge n. 451 del 19 luglio 1994	
– art. 10.....	135
legge 8 agosto 1995, n. 335.....	160
– art. 1.....	153, 161
– art. 2.....	167
d.l. n. 501/95	
– art. 4.....	129
legge n. 11/96.....	129
legge n. 59/1997	
– art. 11.....	114
d.lgs. n. 182 del 30 aprile 1997	
– art. 4.....	167
d.l. 3 novembre 1997, n. 335.....	167
d.lgs. n. 396 del 1997.....	120
legge 27 dicembre 1997, n. 449	
– art. 59.....	160
– art. 63.....	168
d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80.....	79

– art. 30	114
– art. 43	80, 115
– art. 54	116
– art. 68- <i>bis</i>	115
legge n. 192/1998	
– art. 9	102
d.lgs. n. 387 del 1998	120
decreto legislativo 13 gennaio 1999, n. 18 ...	22
– art. 14	32
– art. 20	33
legge 17 maggio 1999, n. 144	
– art. 55	142
d.lgs. n. 270/1999	
– art. 90	109
legge n. 488 del 1999	
– art. 62	136
decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38	
– art. 9	141
legge 8 marzo 2000, n. 53	
– art. 3	135
– art. 4	135
d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61	62
legge 23 dicembre 2000, n. 388	
– art. 78	136
– art. 80	134
d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151	
– art. 35	135
– art. 42	135
d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.	79
– art. 2	85
– art. 30	85
– art. 40	116
– art. 49	113
– art. 47	113
– art. 43	113
– art. 63	118
– art. 64	111
d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61	
– art. 1	109
d.lgs. n. 74/2002	109
d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5	109

d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6	109
– art. 6	126
d.lgs. n. 66/2003	56
– art. 9	57
d.l. n. 269 del 30 settembre 2003	
– art. 42	169
d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276	66
– art. 20	108
– art. 21	108
– art. 27	108
– art. 29	108
– art. 31	109
– art. 46	67
legge 31 ottobre 2003, n. 306	
legge 24 novembre 2003 n. 326	169
legge n. 129/2004	
– art. 1	102
– art. 3	104
d.lgs. n. 213/2004	57
legge 23 agosto 2004, n. 243	
– art. 1	170
d.l. 14 marzo 2005, n. 35	127
legge 14 maggio 2005, n. 80	
– art. 1	127
decreto legge 30 giugno 2005, n. 115	
– art. 14- <i>vicies quarter</i>	150
legge 17 agosto 2005, n. 168	150

LEGGI DELLA REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA

legge 11 novembre 1997, sui servizi di assistenza a terra negli aeroporti (<i>Gesetz über Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen</i>)	23
---	----

Regolamento 10 dicembre 1997, relativo ai servizi di assistenza a terra negli aeroporti, <i>Verordnung über Bodenabfertigungsdienste auf Flugplätzen</i> («BADV»)	
– art. 3	23
– art. 7	24

– art. 8	22
– art. 9	22

UNIONE EUROPEA

Trattato Ce

– art. 81	46
– art. 82	46
– art. 85	47
– art. 86	47
– art. 87	47
– art. 88	47
– art. 89	47
– art. 28	47
– art. 49	47
– art. 4	47
– art. 2	47
– art. 3	47

Commissione europea

Direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, n. 77/187/Cee	23
Direttiva n. 93/104/Ce	56
Direttiva del Consiglio 15 ottobre 1996, n. 96/67/Ce	21
– art. 2	33
– art. 6	26
– art. 7	26
– art. 9	34
– art. 11	32
– art. 14	34
– art. 16	22
– art. 18	22
Direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, n. 98/50/Ce	23
Direttiva n. 2000/34/Ce	56
Direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, n. 2001/23/Ce	23
– art. 1	26

CCNL E ACCORDI SINDACALI

c.c.n.l. degli enti lirici	50
– art. 110 del	

c.c.n.l. personale non docente 4 agosto 1995	
– art. 57	81
– art. 58	81
– art. 59	81
– art. 60	81
– art. 61	81
– art. 62	81

c.c.n.l. integrativo Scuola sulla mobilità	
– art. 9	113

c.c.n.l. quadro del 7 agosto 1998	
– art. 18	121

ACCORDI INTERCONFEDERALI

Convenzione stipulata tra l'E.N.P.A.L.S. e l'I.N.P.S.	
– art. E dell'art. 2.	163

PUBBLICITÀ UNIPOL

PUBBLICITÀ UNIPOL

Finito di stampare
nel mese di aprile 2006
dalla Tipografia O.GRA.RO.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma