

Rivista Giuridica Telematica

fondata e diretta da

Gaetano Veneto

www.**diritto**
dei lavori.it

COORDINATORE SCIENTIFICO

Antonio Belsito

VICEDIRETTORE

Tommaso Germano

COMITATO SCIENTIFICO

Gaetano Veneto, Antonio Iannarelli

Tommaso Germano, Aldo Balducci, Antonio Belsito

RESPONSABILI DI REDAZIONE

Daniela Cervellera

Giuseppe Conforto

REDAZIONE

Mariagrazia Acampora, Mario Assennato, Clarenza Binetti, Roberta Bruno

Fabio Cardanobile, Marilena Cortese, Silvia Ardua D'Alesio, Pietro Difino

Domenico Di Pierro, Francesco Gismondi, Maria Mangiatordi, Felicia Papagni

www.dirittodeilavori.it

info@dirittodeilavori.it



**Tutti i diritti sono riservati
Copyright 2008 by Cacucci Editore**

www.
diritto dei **lavori**.it

Rivista Telematica di Diritto del Lavoro
Periodico di informazione giuridica



Cacucci Editore

ISSN 1974-4269

DIRETTORE RESPONSABILE: Gaetano Veneto

VICEDIRETTORE:

Tommaso Germano

COORDINATORE SCIENTIFICO:

Antonio Belsito

COMITATO SCIENTIFICO:

Gaetano Veneto, Antonio Iannarelli, Tommaso Germano, Aldo Balducci,
Antonio Belsito.

RESPONSABILI DI REDAZIONE:

Daniela Cervelliera, Giuseppe Conforto

REDAZIONE:

Mariagrazia Acampora, Mario Assennato, Clarenza Binetti, Roberta Bruno,
Fabio Cardanobile, Marilena Cortese, Silvia Ardua D'Alesio, Pietro Difino,
Domenico Di Pierro, Francesco Gismondi, Maria Mangiatordi, Felicia Papagni.

Autorizzazione del Tribunale di Bari n. 62/2006

Sede Comitato Scientifico: Dipartimento Diritto del Lavoro Facoltà di
Giurisprudenza, Università degli Studi di Bari

Sede Comitato di Redazione: Via Sparano n. 149 - 70121 Bari

Cacucci Editore, Via Nicolai n. 39, 70122 Bari, Proprietà letteraria riservata

S O M M A R I O

EDITORIALE:

- I problemi del lavoro e la crisi: dal 2008 al 2009
(Gaetano Veneto) 9
-

DOSSIER:

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA:

- Cicli storici del sistema economico italiano
e riforma della contrattazione collettiva
(Gaetano Veneto) 17

SICUREZZA SUL LAVORO:

- La responsabilità degli enti
in materia di infortuni sul lavoro
(Giuseppe Maralfa) 23

PROCESSO DEL LAVORO:

- Incoercibilità dell'ordine di reintegrazione
nel posto di lavoro
(Antonio Belsito) 31
-

I LAVORI:

- **AGENTI E RAPPRESENTANTI**
Il patto di non concorrenza. Decorrenza
(Antonio Belsito) 49

- **CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO**
Legge n. 133/2008: luci ed ombre
(Maria Mangiatordi) 61

- **LAVORATORI EXTRACOMUNITARI**
Sfruttamento e riduzione in schiavitù in Capitanata 67
(*Daniela Cervellera*)
-

PRASSI AMMINISTRATIVA E PROFILI PROCEDURALI:

- Il libro unico del lavoro 73
(*Mariagrazia Acampora*)
 - Casi pratici di certificazione dei contratti 79
(*Silvia Ardua D'Alesio*)
-

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE:

- Collaborazioni coordinate e continuative:
incostituzionale la cessazione anticipata 93
(*Daniela Cervellera*)
- Danno esistenziale:
Limiti alla risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale 101
(*Clarenza Binetti*)
- Responsabilità del datore di lavoro:
rafforzata la tutela del contraente debole 123
(*Maria Mangiatordi*)
- Pratica professionale:
La subordinazione va adeguatamente provata 133
(*Clarenza Binetti*)

EDITORIALE

I PROBLEMI DEL LAVORO E LA CRISI: DAL 2008 AL 2009

A cavallo delle Festività natalizie, mentre si chiudeva il bilancio di un magro 2008, caratterizzato da un secondo semestre nel quale sono esplose, prima negli Stati Uniti e poi in tutti i Paesi industrializzati (da ultima, solo parzialmente ma significativamente, anche la Cina), a cascata, due grandi bolle, quella finanziaria prima e quella immobiliare dopo, si è prefigurato, un po' da tutti, un 2009 annus horribilis.

Gli effetti negativi della crisi, prima finanziaria ed immobiliare e poi economica, sullo sviluppo dei Paesi non sembrano adeguatamente ostacolati dagli interventi sinora adottati nell'Unione Europea e negli stessi Stati Uniti, malgrado le massicce iniezioni di capitali.

L'ultimo Bollettino di Bankitalia prevede per il nostro Paese, per il 2009, una flessione del PIL del 2%; intanto la BCE ha ridotto i tassi al 2%, percentuale più bassa nella storia dell'Euro, mentre il Regno Unito ha portato gli stessi tassi addirittura all'1,5% e la Sterlina continua a crollare.

Infine il Fondo Monetario Internazionale prevede un ulteriore peggioramento della crisi in atto in tutta la zona Euro, nella quale quest'anno, per la prima volta, il tasso di crescita del PIL si trasforma in tasso di ... decrescita.

In questo quadro desolante che, come tutti auspichiamo, potrà invertirsi forse già agli inizi del prossimo 2010, chi paga per primo e, purtroppo, più di tutti è il fattore lavoro, soprattutto, ma non solo, il mondo del lavoro subordinato.

Così per cercare di limitare i danni, cioè i licenziamenti in massa con espulsione, molto spesso definitiva, dalla società produttiva, si è ricorso ad una formula già ipotizzata, non di rado provata, nei tempi bui dell'economia, che può sintetizzarsi in: lavorare (e guadagnare) di meno per lavorare tutti.

Già in altri Paesi europei, prima la Germania e poi la Francia, si è aperta la stagione delle settimane corte o, in alternativa, di orari di lavoro giornaliero ridotto,

con conseguenti riduzioni delle retribuzioni, spesso compensate da integrazioni pubbliche.

Mentre in Germania la proposta Merkel è divenuta presto realtà, a fronte di una prima vera crisi globale del Paese, in Italia si sono evidenziate contrapposizioni che, in verità, hanno visto allineati su fronti opposti protagonisti trasversalmente aggregati.

Così, mentre la Confindustria ha accettato, sia pur con ampie riserve, ritenendo necessari interventi strutturali la proposta del Governo, all'interno del fronte delle piccole e medie imprese vi sono state ben diverse e più calorose adesioni all'ipotesi di una riduzione, più o meno temporanea, dell'orario di lavoro e della connessa retribuzione. Ancor più interessante, ma per qualcuno forse preoccupante, è la diversificazione fra le forze politiche all'opposizione del Governo e, ancor più, tra le forze tradizionali della sinistra italiana ed il movimento sindacale che, pur con sfumature abbastanza palesi, ha accettato l'ipotesi di un sacrificio dei lavoratori (ma anche delle imprese che con meno lavoro producono meno ed utilizzano meno impianti e risorse) in cambio di una difesa dell'occupazione posta in grave pericolo in questo momento di crisi dell'intero sistema economico, non solo capitalistico occidentale.

La scelta di ridurre la produzione, insieme contenendo il costo globale del lavoro, non è certo in sintonia con la proposta di incrementare i consumi, anzi è antitetica a quest'ultima, visto che riducendo i già striminziti redditi da lavoro subordinato, ben difficile appare la prospettiva di un incremento della spesa dei nuclei familiari. Tuttavia riducendo i costi per le aziende già in crisi in alcuni settori storicamente trainanti, come l'auto in tutto il mondo, si permette alle stesse di tirare il fiato senza aumentare un indebitamento che oggi appare insostenibile. Nello stesso tempo sindacati e lavoratori si garantiscono il bene primario, il posto di lavoro, senza il quale né gli uni né gli altri riuscirebbero a sopravvivere.

E' un discorso di notevole saggezza e responsabilità a fronte di soluzioni alternative che, molto più fantasiose e forse attraenti, come nel caso di "consumare tutti (di più)", potrebbero portare al "consumare tutto e consumarsi tutti" in un sistema economico, internazionale e locale, Paese per Paese, sempre più debole sul piano finanziario e sempre più subalterno ad iniezioni di denaro pubblico che

rischiano di creare bilanci statali irrimediabilmente indebitati per i prossimi decenni (come nel caso degli Stati Uniti dove, non a caso, l'intervento governativo nel settore dell'auto appare nebuloso e, pur andando avanti, notevolmente maldigerito).

In questo momento la Puglia, ma già in passato era avvenuto per casi simili, come per i contratti di riallineamento nell'agricoltura e nel settore del TAC, Tessile, Abbigliamento e Calzature a fronte delle crisi degli anni addietro, sta dando un esempio virtuoso al Paese.

In chiusura di questo 2008 un'azienda media dell'indotto automobilistico Mercedes, in Puglia, ha visto la sottoscrizione di un impegnativo quanto serio e responsabile contratto di solidarietà difensiva che ha impegnato circa 150 lavoratori, assistiti dai sindacati della UIL e della CGIL (Metalmeccanici e del Commercio) e l'azienda, (con l'assistenza di tecnici della contrattazione collettiva come lo scrivente e dell'organizzazione e della finanza aziendale di uno Studio di Bisceglie), nella creazione di un modello di gestione congiunta della crisi del settore, attraverso la riduzione del 30% dell'orario di lavoro e della retribuzione (quest'ultima integrata dall'intervento pubblico previsto per questi casi). Così si è potuto bloccare l'altrimenti inevitabile ricorso a decine di licenziamenti che avrebbero reso amaro il giorno più dolce dell'anno, il Natale e tutto l'inizio di questo 2009.

Certo per il Mezzogiorno e soprattutto per la nostra dolente Puglia, è solo una goccia che non toglie la sete di lavoro e di redditi, sete certamente non soddisfatta altrimenti nemmeno da iniziative incerte e confuse del sistema economico e delle Istituzioni pubbliche regionali, come proprio nel caso dell'....acqua e dell'AQP.

Questo 2009, perché non sia davvero l'annus horribilis paventato, ha bisogno di svolte, magari attraverso sempre più diffuse forme di cosciente partecipazione congiunta di sindacati ed imprese: è bene proseguire sulla strada di una nuova contrattazione capace di gestire al meglio le risorse di capitale e lavoro, sperando che Governi centrali e locali cambino finalmente rotta, dando anch'essi prova di effettiva responsabilità. Spes ultima dea! Auguri.

Gaetano Veneto

DOSSIER

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

CICLI STORICI DEL SISTEMA ECONOMICO ITALIANO E RIFORMA DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

di Gaetano Veneto

Periodicamente, nel nostro Paese, la stampa ed i mezzi di informazione audiovisiva, tutti i mass-media insomma, quando si interessano di problemi economici e del lavoro, scelgono dei temi ad effetto, delle parole d'ordine su cui concentrare il fuoco delle notizie, più o meno vere, ma comunque scatenanti sempre preoccupazioni o speranze.

Così è stato solo qualche anno fa per il vivace dibattito sull'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, in tema di garanzie di stabilità del rapporto di lavoro: si sentiva così, o si leggeva, di tutto e di più, non di rado confondendo non solo gli ascoltatori o i lettori ma gli stessi attori delle discussioni che, sul piano tecnico-giuridico, lasciavano molto a desiderare, quando non erano totalmente fasulle e fuorvianti.

Così sta avvenendo da qualche mese a proposito della riforma della contrattazione collettiva. In realtà questo tema non è nuovo anzi è stato sempre strettamente intrecciato allo sviluppo, o alle crisi periodiche, della società industriale. Oggi, in una società che al modello industriale vede sovrapporsi sempre più aree di post industrialismo, cioè di settori nei quali i modelli tradizionali produttivi vengono sostituiti da nuovi modelli con altrettanto nuove forme di lavoro e di organizzazione dello stesso lavoro, la

tematica si ripropone sotto nuovi e più ampi aspetti.

Già poco meno di cento anni fa, nel primo decennio del secolo scorso, si iniziava la discussione fra studiosi e operatori della contrattazione collettiva e del mondo del lavoro sull'esigenza o meno di sviluppare il contratto collettivo nazionale in diversi settori, in particolare l'agricoltura e l'edilizia. Successivamente alla Prima Guerra Mondiale nacque nel settore della metalmeccanica e della chimica una contrattazione collettiva che raccoglieva le posizioni di punta, sul piano delle norme regolatrici dei rapporti di lavoro e su quello dei salari, con la stipulazione di un contratto collettivo nazionale che servisse poi di base per l'orientamento e aggancio di contratti collettivi locali (o aziendali). Così, ancora, nella seconda rivoluzione industriale del nostro Paese, all'inizio degli Anni '60 del secolo scorso e per tutto il decennio, fino all'Autunno caldo e al 1970, si ripropose il problema del rapporto tra contratto nazionale e contrattazione decentrata (aziendale o territoriale), secondo i settori produttivi. Nei primi Anni Sessanta nasce la contrattazione articolata, frutto di un protocollo tra aziende a prevalente partecipazione statale (Gruppi IRI, ENI, EFIM ed EGAM, dalla metalmeccanica alla chimica, dalle miniere alla cantieristica, tutti

settori nei quali lo Stato era anche datore di lavoro) e sindacati. Il protocollo chiamato Intersind-Asap vide disciplinare una contrattazione, appunto “articolata”, che insieme riusciva a coniugare garanzie di livelli minimi, normativi ed economici, per tutti i lavoratori dei singoli settori, a livello nazionale, delegando poi a livello di sotto-settore e, successivamente a quello aziendale, la disciplina di alcuni istituti quali il cottimo, i premi di produzione, la stessa classificazione dei lavoratori che poteva sventagliarsi anche su modelli che superavano i tradizionali riferimenti impiegati - operai. Così si cercava di coniugare esigenze di sviluppo produttivo delle imprese ed armonizzazione, ed insieme differenziazione, di discipline contrattuali dei lavoratori, premiando insieme risultati economici dell'impresa e produttività aziendale con un ampio sventagliamento retributivo cioè forme di riconoscimento premiale per i lavoratori in relazione all'incremento produttivo stesso. Anche per merito di questo modello contrattuale l'Italia si inseriva nell'arengo delle grandi potenze industriali ed il Paese sviluppava benessere e democrazia.

Dopo 40 anni il discorso si ripropone e, se proprio non possiamo scrivere *nihil sub sole novi*, possiamo ben dire che nel campo delle relazioni industriali, in buona sostanza, dal primo capitalismo del primo Novecento, al secondo degli Anni Sessanta, fino all'attuale momento di crisi e totale ristrutturazione di un nuovo capitalismo che appare in profonda crisi. Si ripropone oggi la discussione sulla riforma dei modelli contrattuali, spesso dimenticando che, a monte, si pone invece un'esigenza ben maggiore, quella della completa

revisione del rapporto finanzia-industria, o ancor più, finanzia-meramente cartolare - sistemi effettivamente produttivi di ricchezza, della produzione industriale alla ricerca applicata. All'interno di questa grande tematica si pone anche l'esigenza di riponderare il rapporto tra le componenti produttive del Paese.

Si discute di nuovo se privilegiare il livello contrattuale nazionale - il contratto cioè che periodicamente stabilisce inderogabilmente condizioni economiche e normative identiche, sul territorio nazionale e all'interno di diversi settori produttivi, le condizioni di lavoro e il costo del lavoro, nonché i diritti essenziali per i lavoratori - o, viceversa privilegiare la contrattazione legata effettivamente al modello organizzativo - produttivo aziendale, all'efficienza delle aziende, alla redditività delle stesse, che, confrontandosi e misurandosi con la qualità e quantità del lavoro dei dipendenti riesca ad adeguare virtuosamente profitti aziendali e miglioramenti delle condizioni di lavoro nonché le retribuzioni dei dipendenti stessi.

Sembra di assistere, nella descrizione, ad un copione *déjà vu*, ma, invece, di nuovo c'è qualcosa. E non è un qualcosa da niente: la crisi finanziaria internazionale, la perdita di credibilità dei sistemi bancari ed il loro rapporto con le economie reali dei vari paesi, la concorrenza globale ed aggressiva, spesso deregolata, di mercati nuovi, specie quelli dell'Estremo Oriente. A fronte di questi problemi, per imprese e sindacati la discussione sui modelli contrattuali rischia di apparire come una montagna che partorisce tanti topolini: tale appare la discussione di un'eventuale reintroduzione, surrettizia o meno, della scala mobile o, ancora, la

preoccupante ipotesi già ventilata di adeguamento al ribasso (anche sul piano territoriale) delle condizioni di lavoro e delle retribuzioni. In questo caso, per dirla con parole chiare per tutti, si tratta di legittimare un rallentamento dello sviluppo del Sud, condizioni economiche inferiori per i lavoratori del Mezzogiorno e, conseguentemente, la creazione di due mercati della produzione e del lavoro con una definitiva frattura tra nord e sud che, coniugata con un federalismo nebuloso e tutto da verificare, rischia di frantumare la gracile unità socio-politica del nostro Paese.

Cosa proporre allora? Intanto una riflessione più attenta, meno "giornalistica", specialmente meno "televisiva", sul tema dei modelli contrattuali. E' bene che tutti si pongano con preoccupazione il problema della divisione all'interno degli stessi agenti della contrattazione: non credo giovi a nessuno l'accentuazione di "tavoli separati", come sta appearing da qualche tempo, con la divisione CISL UIL da un lato (e accanto, con qualche distinguo, l'UGL), e CGIL dall'altro. Né credo che valga la pena esaltare, anche nelle discussioni, le divisioni interne alla CGIL, in particolare con una FIOM che rischia di isolarsi in un angolo, divenendo così soggetto insieme marginale ed isolato nel campo della politica sindacale e contrattuale. Non credo ancora che valga la pena enfatizzare l'assoluta necessità di garanzie, sempre e comunque di carattere centralizzato, e pertanto nazionale, con contratti che cerchino di coprire tutto l'universo dei temi giuridici normativi ed economici dei rapporti collettivi di lavoro, come non credo che debba, d'altra parte, esagerarsi nel chiedere il completo svuotamento del contratto nazionale in nome di una selvaggia e frantumata

autodeterminazione a livello locale ed aziendale di tutti gli aspetti del rapporto di lavoro. Ambedue le posizioni, oltre che mostrare poca cultura e conoscenza del passato, così estremizzate, finirebbero col togliere ogni possibilità di una politica economica governativa che voglia in qualche modo regolare il mercato intero dell'economia e del lavoro con interventi mirati ed organici, particolarmente necessari in questi gravi momenti per l'economia generale e per tutto il sistema Paese.

Si tratta di sedersi al tavolo come è avvenuto nel primo dopoguerra fra il '18 e il '22, purtroppo senza grandi risultati per la stabilità economica e per la democrazia del Paese, dopo quaranta anni, negli anni Sessanta invece con notevoli risultati di supporto allo sviluppo del capitalismo maturo italiano. Anche questa volta deve affermarsi la volontà di progettare una nuova "articolazione" fra i due livelli (in alcuni casi tre, se si pensa a modelli contrattuali territoriali) della contrattazione collettiva, coniugando produttività globale di sistema e produttività aziendale, insieme tutelando le esigenze economiche dei lavoratori in quanto cittadini del paese, e quindi con gli stessi diritti e doveri, ed insieme ancora differenziandoli secondo la qualità aziendale ma anche la qualità del lavoro personale e di gruppo. Si premierà così il lavoratore ma si garantiranno anche le aziende, così da renderle effettivamente concorrenziali sul mercato che, internazionalizzandosi sempre più, non può che costringere tutti ad un impegno più alto e qualificato per una nuova società, questa volta post industriale e, di nuovo, democratica e partecipativa, dentro e fuori i luoghi di lavoro.

SICUREZZA SUL LAVORO

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI IN MATERIA DI INFORTUNI SUL LAVORO

di Giuseppe Maralfa*

Sommario: 1. Premessa. 2. I criteri di imputazione oggettiva della responsabilità amministrativa degli enti, con particolare riferimento agli illeciti amministrativi dipendenti dai reati colposi. 3. I criteri d'imputazione soggettiva e la prova liberatoria. 4. L'art. 25-septies.

1. Premessa

Il 3 luglio del 2001 entrava in vigore il D. Lgs. n. 231 del precedente 8 giugno, contenente la *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*¹; con la quale ultima norma il

* Dalla relazione: *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti dai reati ex artt. 589 e 590 c.p. commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, presentata nel corso del Convegno sul tema: "Dopo la riforma: sicurezza nei luoghi di lavoro" tenutosi a Bisceglie il 28 ottobre 2008.

¹ *Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato sull'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il*

Parlamento aveva, infatti, delegato il Governo della Repubblica a regolamentare "la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica".

Una previsione, quella della responsabilità amministrativa degli enti, fortemente innovativa perché di fatto derogatoria, nonostante l'aggettivo *amministrativa* appositamente utilizzato dal legislatore del 2001, a uno dei principi cardini del nostro ordinamento giuridico penale, ereditato dal diritto romano, sintetizzato dal noto broccardo *societas delinquere non potest* e di fatto codificato dall'art. 197, comma 1, c.p.; norma questa che, infatti, imponendo alla persona giuridica un mero obbligo civile di garanzia nel caso di insolvibilità del suo legale rappresentante in relazione alla pena pecuniaria comminatagli per un reato costituente violazione degli obblighi interenti a quella qualità o commesso nell'interesse della persona giuridica, sancisce implicitamente la irresponsabilità penale delle persone giuridiche.

26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica.

L'opinione dominante, tuttavia, mentre sotto il profilo giuridico-costituzionale si è sempre opposta al superamento di quel principio cardine (*societas delinquere non potest*) perché esso è il corollario della personalità della responsabilità penale e intorno allo stesso ruotano sia il sistema costituzionale della colpevolezza-pena sia il sistema costituzionale della pericolosità-misura di sicurezza, sotto il profilo sociologico ha sempre ammesso che *societas delinquere potest*.

Ed allora il legislatore del 2001, pur non avendo avuto il "coraggio" di ribaltare quel tradizionale principio, lo ha di fatto derogato riconoscendo, in taluni casi, la possibilità che gli enti possano essere chiamati a rispondere di illeciti, seppure definiti "amministrativi", nell'ambito di un procedimento penale finalizzato all'accertamento di gravi reati.

E lo ha fatto - per imposizione delle convenzioni internazionali² e sulla scia della cosiddetta globalizzazione dei mercati e del fenomeno della circolazione dei modelli giuridici che a quella necessariamente consegue³ - in un settore strategico perché punto di intersezione tra l'economia e il diritto, peraltro continuamente espandendone

² Convenzione sugli interessi finanziari della Comunità Europea, Bruxelles 26.7.1995; Convenzione Ocse sulla lotta alla corruzione nelle operazioni economiche internazionali del 17.12.1997; Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale siano coinvolti funzionari della Comunità o degli Stati membri dell'Unione, Bruxelles, 26.5.1997.

³ "La mondializzazione dei mercati aumenterà, anzi imporrà sempre di più, nel determinare regole, la circolazione di modelli giuridici, sia quelli di diritto sostanziale che di diritto processuale e giurisdizionale che nati in un paese o in un'area vengono adottati ovunque...". Franco Grande STEVENS, *Le nuove prospettive della corporate governance*, in atti del convegno *Le nuove funzioni degli organi societari: verso la corporate governance?*, pag. 168.

gli ambiti applicativi tra il 2001 e il novembre del 2007; giacché, originariamente prevista per taluni reati commessi con frode⁴ e per i reati di concussione e corruzione⁵, la responsabilità degli enti è stata estesa, con una stratificazione successiva e non sempre coerente, ai reati di falso⁶, ai reati societari⁷, ai delitti con finalità di terrorismo o eversione dell'ordinamento democratico⁸, alle *pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*⁹, ai delitti contro la personalità individuale¹⁰, ai reati cosiddetti di *market abuse*¹¹, al riciclaggio¹² e, con l'art. 9, comma 1, della legge 3 agosto 2007 n. 123, all'omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro¹³.

Peraltro si deve non senza un certo rammarico evidenziare che, nonostante siano passati oramai più di sette anni dalla introduzione dell'istituto in parola, il subprocedimento finalizzato all'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti è

⁴ Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico (art. 24 D. Lgs. n. 231/01).

⁵ Art. 25.

⁶ Art. 25-bis, introdotto dall'art. 6 del D.L. 25.9.2001, n. 350, convertito con modificazioni nella legge 23.11.2001, n. 350.

⁷ Art. 25-ter, introdotto dall'art. 3, comma 2, del D.Lgs. 11.4.2002, n. 61.

⁸ Art. 25-quater, introdotto dall'art. 3 della L. 14.1.2003, n. 7.

⁹ Art. 25-quater, introdotto dall'art. 8 della L. 9.1.2006, n. 7.

¹⁰ Art. 25-quinquies, introdotto dall'art. 5 della L. 11.8.2003, n. 228.

¹¹ Art. 25-sexies, introdotto dall'art. 9, comma 3, L. 18.4.2005, n. 62.

¹² Art. 25-octies, introdotto dall'art. 63, comma 3, D. Lgs. 21.11.2007, n. 231.

¹³ Art. 25-septies.

praticamente misconosciuto e di fatto disapplicato in gran parte del nostro territorio nazionale, il che “*rischia di produrre pregnanti distonie sul mercato, consentendo il confronto di operatori economici che pagano in misura diversa eventuali reati commessi nell’esercizio dell’attività d’impresa*”¹⁴.

Eppure si tratta di un’arma formidabile per “*colpire la criminalità del profitto attraverso sanzioni che per un verso ablano le ragioni della commissione del reato e infliggono costi non ammortizzabili agli enti, per altro verso incidono, limitandole, sulla capacità giuridica e sulla capacità economica dell’ente...*”¹⁵.

2. I criteri di imputazione oggettiva della responsabilità amministrativa degli enti, con particolare riferimento agli illeciti amministrativi dipendenti dai reati colposi

Essi sono dettati dall’art. 5 del D. Lgs. 231/2001 e sono individuati nella duplice circostanza che i reati presupposto siano stati commessi da un dipendente dell’ente, in posizione apicale e non, e nell’interesse o vantaggio, anche non esclusivo, dell’ente medesimo.

Si tratta, come è evidente, di criteri di imputazione oggettiva concepiti in relazione ad una responsabilità amministrativa avente, quale suo presupposto, un delitto doloso. Senonchè, come si è visto, la responsabilità amministrativa degli enti

¹⁴ Paolo IELO, *Responsabilità delle persone giuridiche: il bilancio di un’esperienza*, Catania, 25 gennaio 2008.

¹⁵ Paolo IELO, *Responsabilità delle persone giuridiche: il bilancio di un’esperienza*, Catania, 25 gennaio 2008.

può oggi presupporre, ed è proprio questo il tema che ci occupa, anche i delitti colposi ex artt. 589 e 590 c.p. e, rispetto a questi, ben difficilmente può dirsi che essi siano stati commessi nell’interesse o vantaggio, anche non esclusivo, della persona giuridica.

Ne consegue la necessità di ritenere ricorrente il requisito dell’interesse o vantaggio dell’ente tutte le volte in cui la condotta del dipendente, oggettivamente considerata, sia idonea a determinare un beneficio per la persona giuridica.

3. I criteri d’imputazione soggettiva e la prova liberatoria

Il criterio d’imputazione soggettiva della responsabilità è la cosiddetta *colpa da organizzazione*.

Tanto è possibile affermare in considerazione del fatto che, onde andare esente dalla responsabilità amministrativa conseguente al reato commesso dal dipendente, l’ente deve provare di avere adottato ed efficacemente attuato all’interno della propria struttura dell’ente i cosiddetti *compliance programs* e cioè *modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi*; modelli di organizzazione, dunque, che giocoforza devono considerare ed includere le specifiche regole cautelari di settore, come ad esempio quelle del settore della codisidetta *antifortunistica*.

4. L’art. 25-septies

Si è avuto modo di accennare al fatto che si deve alla legge 3 agosto 2007 n. 123 il merito di avere esteso l’ambito applicativo della responsabilità da reato degli enti alla materia degli

infortuni sul lavoro, interpolando nel tessuto del D. Lgs. 231/01, con l'art. 9, l'art. 25-septies del D.Lgs. 231/01, che prevede la responsabilità degli enti per i delitti *“di cui agli articoli 589 e 590, terzo comma, c.p. commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro”*.

Orbene, se appariva certamente condivisibile e, sotto alcuni profili necessitata, la scelta dell'introduzione di siffatti reati nella platea degli illeciti presupposto e di rendere pertanto immediatamente operativo l'intervento normativo sul D. Lgs. n. 231 del 2001 senza attendere che il Governo desse attuazione alla delega conferitagli dal Parlamento con la legge n. 123 del 2007, destavano serie perplessità la tecnica dell'intervento e le soluzioni sanzionatorie adottate.

Al riguardo, si osservi, anzitutto, che il legislatore, nell'individuare il reato presupposto, ha richiamato espressamente il terzo comma dell'art. 590 c.p.. Tale norma prevede quale circostanza aggravante speciale (analogamente a quanto previsto in tema di omicidio colposo dall'art. 589, comma secondo, c.p.) soltanto la violazione delle norme *“per la prevenzione degli infortuni sul lavoro”* e non anche la violazione di quelle sulla tutela dell'igiene e della salute del lavoro (di *igiene del lavoro* parla, tuttavia, l'ultimo comma dell'art. 590 c.p..

Si pone dunque il problema se si possa estendere la circostanza aggravante di cui all'art. 590 c.p. anche alla violazione delle norme sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, ipotesi da alcuni configurata come analogia in *malam partem*.

Ulteriori perplessità desta la soluzione sanzionatoria adottata, che prevedeva una sanzione pecuniaria pari

a non meno di 1000 quote (corrispondente, dunque, al massimo di quella ai sensi dell'art. 10 del D. Lgs. in commento) e l'applicazione di sanzioni interdittive, senza alcuna flessibilità e, in quanto tale, a rischio serio di incostituzionalità.

Prevedere una sanzione pari a 1000 quote significava che, per qualsiasi infortunio sul lavoro che rientrasse nell'illecito presupposto, l'ente dovesse pagare una somma ingentissima solo a titolo di responsabilità ex L. n. 231 del 2001.

Senonchè, a soli otto mesi dalla sua introduzione ad opera della ciata legge n. 123 del 2007 (la quale, peraltro, non è che la legge delega sulla normativa in materia di sicurezza e salute dei luoghi di lavoro), l'art. 25-septies del D. Lgs. n. 231 del 2001 ha subito sostanziali modifiche ad opera dell'art. 300 del D. Lgs. 9.4.2008, n. 81 (il quale ha dato attuazione alla legge delega 3.8.2007, n. 123).

Fermo è rimasto, ovviamente, il presupposto dell'illecito amministrativo e cioè la accertata commissione, da parte di un dipendente dell'ente, nell'interesse o a vantaggio di quest'ultimo, di un delitto colposo ex art. 589 e 590 c.p. che si fondi eziologicamente sulla violazione di una norma antinfortunistica in materia di lavoro, sì da potersi in concreto affermare che l'evento lesivo altro non sia stato che la conseguenza della violazione della norma cautelare in concreto non osservata.

Il legislatore del 2008, poi, ha differenziato le sanzioni amministrative, a seconda che:

a) il reato presupposto sia quello di omicidio colposo commesso con violazione dell'art. 55, comma 2, del D. Lgs. n. 81 del 2008, il quale reato ricorre, allora, quando l'evento morte sia conseguito alla omessa valutazione

dei rischi ed alla omessa ed incompleta adozione del documento di valutazione dei rischi oppure alla omissione della nomina del responsabile del servizio di prevenzione e protezione. In tal caso la sanzione prevista è quella, massima e fissa, di 1.000 quote, oltre alle sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore a un anno;

b) il reato presupposto sia quello di omicidio colposo conseguito, più genericamente, alla violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro. In tal caso la sanzione prevista varia da 250 a 500 quote, oltre alle sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore a un anno;

c) il reato presupposto sia quello di cui all'art. 590, terzo comma, del codice penale, quando l'evento lesivo consegua alla violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza del lavoro. In tal caso la sanzione prevista non può superare 250 quote, oltre alle sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, per una durata non superiore a sei mesi.

Non appare ultroneo evidenziare che la disciplina generale dettata per le misure interdittive dall'art. 13 del D. Lgs. n. 231 del 2001 e non derogata dall'art. 25-septies in commento presuppone, per l'applicazione di quelle, che l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità ovvero risulti recidivo. E il profitto, *in subiecta materia*, potrebbe anche essere costituito dal risparmio delle spese necessarie per l'attuazione delle norme cautelari previste dalla legge per la prevenzione degli incidenti sui luoghi di lavoro.

Altra novità apportata dal D. gs. n. 81 del 2008 alla materia che si sta esaminando è costituita dalla

enunciazione, all'art. 30, dei criteri da adottare nella redazione del *compliance program* di cui agli artt. 6 e 7 del D. Lgs. n. 231 del 2001.

E, esaminando la norma, risulta evidente che il modello organizzativo ideale concepito dal legislatore ed "*idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*", è particolarmente vicino al *documento di valutazione dei rischi* di cui agli artt. 17 e 29 del D. Lgs. n. 81 del 2008, anche se non ne ripercorre pedissequamente la struttura, giacché esso presenta una maggiore attenzione all'aspetto della *vigilanza*, rispetto a quello della *effettiva attuazione* delle misure di prevenzione ed alla periodica verifica dell'efficienza del modello.

|

PROCESSO DEL LAVORO

INCOERCIBILITA' DELL'ORDINE DI REINTEGRAZIONE NEL POSTO DI LAVORO

di Antonio Belsito

Sommario: 1. Introduzione. 2. La reintegrazione nel posto di lavoro. 3. Gli obblighi di fare ed il principio *nemo ad factum cogi potest*. 4. Obbligazione con facoltà alternativa e obbligazione alternativa. 5. Esecuzione in forma specifica della reintegrazione: necessità del comportamento attivo del datore. 6. Reintegrazione del pubblico dipendente. 7. Mancata reintegra: conseguenze. 8. Responsabilità penale. 9. Esecuzione indiretta. 10. Conclusioni.

1. Introduzione

La sentenza o il provvedimento cautelare che ordina la reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 L. 300/70 del lavoratore licenziato produce l'effetto di ricostituire giuridicamente il rapporto di lavoro.

Per adempiere all'ordine giudiziario di reintegrazione il datore, se dovesse eseguire *sua sponte* l'obbligo di fare infungibile, dovrebbe concretamente invitare il lavoratore a riprendere il posto di lavoro che questi occupava fino al licenziamento, a nulla rilevando gli impegni contratti nei confronti di altro lavoratore, interno o esterno, che sia stato eventualmente assunto in sostituzione dallo stesso imprenditore.

Per risolvere la *vexata quaestio* riguardante la esecuzione in forma specifica della reintegrazione che - nonostante le reiterate pronunce giurisprudenziali conformi, si ripropone molto spesso - si dovrebbe verificare innanzitutto se, *almeno in forma lata*, l'esecuzione stessa sia concretamente possibile e se sussistano eventualmente responsabilità penali in capo al datore di lavoro che non esegua il relativo provvedimento giudiziario.

Il lavoratore dovrebbe ricorrere alla procedura ex art. 612 c.p.c. o, in caso di provvedimento cautelare, alle modalità di attuazione ex art. 669 *duodecies* c.p.c..

Ma si può costringere ad un *facere* il datore di lavoro?

Ed in caso di rifiuto (*o meglio: di mancata spontanea esecuzione*) quest'ultimo è perseguibile anche penalmente?

2. La reintegrazione nel posto di lavoro

L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori stabilisce che il Giudice, dichiarando inefficace il licenziamento, ex art. 2 L. n. 604/66 o, altrimenti, annullandolo perché privo di giusta causa o giustificato motivo, ordina al datore-imprenditore o non imprenditore - che occupi in

ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo in cui è avvenuto il licenziamento più di quindici prestatori di lavoro (o più di cinque se trattasi di imprenditore agricolo) - la reintegrazione del dipendente licenziato.

Il Giudice condannerà, altresì, il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento illegittimo stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegra. In ogni caso il risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità.

Sempre l'art. 18, al comma 5, prevede la facoltà del lavoratore di chiedere, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità di **retribuzione globale di fatto**.

Ai fini della esecuzione di tale provvedimento di reintegra qualora il lavoratore, entro 30 gg. dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro, non abbia ripreso il servizio, né abbia richiesto, entro il termine perentorio di 30 gg. dalla comunicazione del deposito della sentenza, il pagamento dell'indennità pari a 15 mensilità, il rapporto di lavoro s'intenderà risolto.

La S.C. di Cassazione¹ ha stabilito che, anche in caso di revoca di licenziamento illegittimo e quindi di continuazione del rapporto di lavoro, il lavoratore potrà ottenere il risarcimento di eventuali **altri danni** purchè dimostri di averli subiti a causa del licenziamento stesso (ad es. per eventuale lesione della salute e per le spese sopportate oltre ai costi di assistenza legale o per altri pregiudizi).

¹ Cass. Civ., Sez. Lav., 5 maggio 2001 n. 6331.

Qualora l'ordine di reintegra venisse revocato, le retribuzioni di fatto maturate e già versate al lavoratore fino al giorno della pronuncia della sentenza saranno **irripetibili**, stante il rapporto lavorativo di fatto garantito dall'art. 2126 del codice civile¹⁷.

In questo caso, infatti, il lavoratore - pur essendosi messo a disposizione dell'azienda - non è stato utilizzato per l'espletamento delle attività lavorative e, quindi, il suo diritto rinviene non tanto dall'illegittimità del licenziamento quanto dall'ordine provvisorio del Giudice di reintegra nel posto di lavoro non rispettato dal datore¹⁸.

Il *quantum* liquidato in favore del lavoratore reintegrato, ha natura risarcitoria e retributiva. Tale somma è a tutti gli effetti soggetta alla contribuzione previdenziale¹⁹.

La reintegrazione può essere pronunciata con ordinanza a seguito di un ricorso cautelare o con sentenza al termine del giudizio ordinario.

Innanzitutto si rileva che l'ordinanza cautelare ha i caratteri di provvisorietà e **non decisorietà** essendo destinata a perdere efficacia per effetto della sentenza definitiva di merito. Insegna la S. C. di Cassazione che *...“i provvedimenti resi in sede di reclamo su provvedimenti cautelari ex art. 669 terdecies c.p.c. hanno gli stessi caratteri di provvisorietà e non decisorietà tipici dell'ordinanza reclamata, essendo destinati a perdere efficacia per effetto della sentenza definitiva di merito ovvero*

¹⁷ A. BELSITO, *Limiti ai poteri del datore di lavoro*, Ed. Cacucci, Bari, 2005, p. 121.

¹⁸ Cass. Civ., Sez. Lav., 14 maggio 1998 n. 4884; Cass. Civ., Sez. Lav., 24 novembre 1997 n. 11731.

¹⁹ Cass. Civ., Sez. Lav., 11 dicembre 2001 n. 15621.

*qualora il giudizio di merito non sia instaurato nel termine perentorio fissato dalla legge o dal giudice*⁵.

Con la riforma del procedimento cautelare, però, le ordinanze pronunziate all'esito di un procedimento che potrebbe non proseguire con il giudizio di merito dovrebbero avere i caratteri della decisorietà.

Per eseguire una ordinanza cautelare che preveda un "*facere*" della parte soccombente non essendo possibile avviare la procedura ex art. 612 c.p.c. (*idonea per le sole sentenze di condanna*) si dovrà necessariamente far ricorso allo stesso Giudice che ha pronunziato l'ordinanza affinché stabilisca le modalità di attuazione di tale provvedimento ex art. 669 *duodecies* c.p.c..

3. Gli obblighi di fare ed il principio del nemo ad factum cogi potest

Un antico brocardo del diritto romano ha costituito un riferimento fondamentale nelle obbligazioni di fare, tanto da essere elevato a principio tuttora valido in gran parte degli ordinamenti giuridici: *nemo ad factum cogi potest*, in alcuni testi riportato pure come: *nemo ad faciendum praecise cogi potest*.

In effetti risulta incontestabile la non coercibilità diretta degli obblighi infungibili di fare, tantomeno con l'intervento surrogatorio del terzo.

Il nostro legislatore ha previsto nel codice civile l'esecuzione coercitiva degli obblighi di fare riferendosi, però, soltanto a quelli fungibili che

non necessitano di attività diretta del debitore.

Infatti, quando si impone un obbligo di fare infungibile, come, ad esempio, la reintegrazione nel posto di lavoro, il legislatore prevede conseguenze economiche risarcitorie a carico del debitore inadempiente, nella piena consapevolezza della incoercibilità di tale ordine.

4. Obbligazione con facoltà alternativa e obbligazione alternativa

L'art. 18 dello Statuto prevede per il licenziamento illegittimo la reintegrazione nel posto di lavoro che consiste in una obbligazione con facoltà alternativa o facoltativa dal lato del creditore⁶ che è cosa diversa dall'obbligazione alternativa, in quanto la prestazione dovuta è soltanto una.

Trattandosi di obbligazione semplice⁷, solo su richiesta di una delle parti è prevista una prestazione diversa da quella principale, con effetti parimenti liberatori⁸.

In quella *alternativa*, invece, sono dovute due prestazioni, dedotte in modo disgiunto e paritario, a cui il debitore potrà liberarsi eseguendone una sola tra le possibili⁹.

Il debitore dovrà scrupolosamente attenersi alle alternative previste, non essendo contemplata la

⁶ Nel caso di tutela obbligatoria invece ai sensi dell'art. 8 L. 604/66 sussiste una obbligazione con facoltà alternativa dal lato del debitore (datore di lavoro).

⁷ M. TATARELLI, *L'opzione in sostituzione della reintegrazione*, in *D&L, Riv. crit. dir. lav.* 1997, p. 685 ed ivi 686, nota 7.

⁸ *Una res in obligatione, duae autem in facultate solutionis.*

⁹ *Duae res in obligatione, una autem in solutione.*

⁵ Cass. Civ., Sez. Lav., 14 gennaio 2003 n. 441.

possibilità che il creditore possa ricevere parte di una e parte di un'altra prestazione (art. 1285 c.c.), né più adempimenti parziali potranno essere considerati quale adempimento integrale.

La scelta del debitore è un atto unilaterale, recettizio e negoziale.

Secondo l'art. 1288 c.c. l'obbligazione *alternativa* potrà considerarsi "semplice" qualora una delle prestazioni non abbia potuto *ab origine* formare oggetto di obbligazione (es. per mancanza di forma scritta) o sia divenuta solo successivamente impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti.

Nei successivi artt. 1289 - 1290 c.c. (*impossibilità di una o di entrambe le prestazioni*) è previsto che, qualora la scelta del debitore ricada su una prestazione divenuta impossibile anche per fatto a lui imputabile, l'obbligazione alternativa diverrà semplice; ove invece la facoltà di scelta dovesse spettare al creditore, quest'ultimo potrà chiedere la risoluzione negoziale ed il pieno risarcimento del danno per equivalente, con la sola eccezione che, se l'impossibilità fosse a lui imputabile, il debitore potrà considerarsi comunque liberato.

Qualora entrambe le prestazioni siano divenute impossibili ed il debitore debba rispondere riguardo ad una sola di esse, dovrà pagare l'equivalente di quella che è divenuta impossibile per ultima, se la scelta fosse spettata a lui o, altrimenti, l'equivalente dell'una o dell'altra - a discrezione del creditore - se doveva essere quest'ultimo ad esercitare la relativa opzione.

* * * * *

Apparentemente analoga, ma sostanzialmente differente, è invece l'obbligazione *facoltativa* che si configura laddove, pur in presenza di un'unica prestazione, al debitore venga conferita facoltà di liberarsi ponendone in esecuzione una differente.

La prestazione facoltativa è pertanto sussidiaria rispetto all'obbligazione denominata principale, la cui sopravvenuta impossibilità esonererà il debitore dall'adempimento.

La scelta di dare esecuzione alla prestazione sussidiaria non comporterà la configurazione della cosiddetta *datio in solutum* poiché la dazione in pagamento presuppone un accordo solutorio tra le parti in sede esecutiva che non sussiste in caso di facoltatività¹⁰.

5. Esecuzione in forma specifica della reintegrazione: necessità del comportamento attivo del datore

Della esecuzione in forma specifica se ne occupa la Sezione II del Libro VI (Tutela dei diritti) del codice civile agli artt. 2930-2933.

L'art. 2931 del cod. civ. riferendosi alla "*esecuzione forzata degli obblighi di fare*" prevede che l'avente diritto possa chiedere che l'esecuzione forzata avvenga a spese dell'obbligato.

Trattasi, però, di obblighi di fare **fungibili**, cioè eseguibili anche da persona diversa dal debitore il cui unico onere consisterà nel pagamento delle **spese** dell'esecuzione forzata.

¹⁰ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Ed. Scientifiche Italiane Napoli 2000, pgg. 597 - 600.

L'ordine di reintegrazione è immediatamente esecutivo ex art. 18, comma 6, dello Statuto dei Lavoratori

Tuttavia, è data ormai per scontata nella dottrina e nella giurisprudenza, la assoluta difficoltà, se non l'inammissibilità o comunque l'improponibilità, dell'esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegra, che null'altro è se non la condanna del datore di lavoro a fare personalmente quanto necessario per consentire al prestatore la ripresa effettiva dell'attività lavorativa.

Nel nostro ordinamento l'esecuzione coatta degli obblighi di fare infungibili non può avvenire con la costrizione materiale del debitore ad adempiere; **essa è possibile solo per surrogatoria**, con l'adempimento da parte di un terzo e, quindi, solo nel caso in cui gli obblighi di fare siano fungibili¹¹.

Seppure debba riconoscersi una certa relatività alla distinzione tra fungibilità ed infungibilità¹², dipendendo essa soprattutto dall'interesse del creditore, è innegabile che gli obblighi a carico del datore di lavoro per ottemperare all'ordine di reintegra e mettere il lavoratore in condizione di riprendere

¹¹ F. DI LORENZO: Osservazioni minime in tema di tutela degli obblighi infungibili e mezzi coercitivi indiretti, di *Diritto & Diritti.it*, aprile 2004: "Una delle più gravi carenze del processo civile esecutivo è costituita dalla inadeguatezza di tutela degli obblighi infungibili, per i quali cioè, la tutela risarcitoria è per definizione insufficiente, in quanto fornisce solo una utilità equivalente, ma non corrispondente a quella sperata dal creditore, mentre la tutela in forma specifica è logicamente non esperibile, essendo massima consolidata quella secondo cui *nemo ad factum praecisum cogi potest*".

¹² S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 20, Utet, Torino, 1998, p. 298 e ss..

il servizio, rientrano nella categoria della infungibilità.

L'obbligazione infungibile può essere naturale o giuridica.

Costringere qualcuno con la forza a farsi del male o a spostarsi, rappresenta una *infungibilità di fatto* ma non certo giuridica, cioè secondo diritto.

La costrizione di fatto non va confusa con l'*infungibilità materiale* poiché quest'ultima consiste nella impossibilità di sostituirsi ad altri per eseguire un'opera o peggio ancora di costringere l'artista a realizzarla¹³.

Risulta scarsamente plausibile la nomina da parte del Giudice dell'esecuzione di un consulente aziendale che si sostituisca all'imprenditore: tale soluzione - pure prospettata in dottrina - costituirebbe una insopportabile compressione, se non della stessa libertà personale, del potere di organizzazione e quindi dell'iniziativa economica.

E comunque, sempre secondo gli insegnamenti della giurisprudenza di legittimità: "*...anche prima della entrata in vigore delle disposizioni sul procedimento cautelare uniforme, i provvedimenti urgenti aventi come contenuto ordini di fare o di non fare, ovvero di consegna o rilascio - e quindi tutti i provvedimenti cautelari aventi come contenuto ordini diversi dalla dazione di somme di denaro - non avevano natura di titolo esecutivo e non attribuivano il diritto di procedere ad esecuzione forzata; per la loro attuazione era ed è necessario rivolgersi al giudice della cautela*

¹³ Cfr. V. SPEZIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT - 23/2004, p. 11.

affinché emetta i provvedimenti che si rendono necessari"¹⁴.

Per quanto la mancata attuazione spontanea dell'ordine di reintegrazione rappresenti un disvalore sociale, non è possibile garantire l'effettiva esecuzione in forma specifica.

Dello stesso orientamento è la costante giurisprudenza di legittimità¹⁵ che rileva la **necessità indispensabile ed insostituibile del comportamento attivo** del datore di lavoro utile per concretizzare la reintegrazione del lavoratore¹⁶.

La spontanea ottemperanza del datore di lavoro all'ordine giudiziale di reintegrazione implica il ripristino della posizione di lavoro del dipendente illegittimamente licenziato, la cui riammissione in servizio deve quindi avvenire nel luogo e nelle mansioni originarie.

È possibile per il datore di lavoro disporre il trasferimento ad altra unità produttiva, se questo sia giustificato da sufficienti ragioni tecniche, organizzative e produttive, tra le quali non rientra la sostituzione del lavoratore licenziato con un altro.

È altresì possibile che il lavoratore reintegrato venga adibito a mansioni diverse, purché equivalenti e retribuite in misura almeno pari alle precedenti¹⁷.

¹⁴ Cass. Civ., Sez. III, 14 luglio 2003, n. 10994.

¹⁵ Cass. Civ., Sez. Lav., 19 novembre 1996 n. 10109 e Cass. Civ., Sez. Lav., 14 luglio 1997 n. 6381.

¹⁶ Prima degli orientamenti giurisprudenziali che hanno inteso tutelare la libertà privata del datore di lavoro ex art. 41 Cost., soprattutto negli anni '70 numerose procedure ex art. 612 c.p.c. – procedimento dell'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare - sono state attivate per la reintegrazione nel posto di lavoro e poi si è proceduto esecutivamente a mezzo Ufficiale Giudiziario secondo le modalità stabilite dal G.E..

¹⁷ Cass. Civ., Sez. Lav., 2 ottobre 2002 n. 14142.

La dottrina ritiene possibile scomporre l'obbligo di reintegrare in più obblighi di *pati e/o di fare* fungibili.

In tal modo non sussisterebbe una insostituibilità per l'espletamento delle diverse attività necessarie all'effettiva reintegrazione, ma una simile tesi non pare perseguibile, in quanto soltanto il datore di lavoro-imprenditore, infatti, esercita il potere direttivo (*e quindi organizzativo*) nonché quello disciplinare nella propria azienda.

È insomma insostituibile il datore di lavoro al fine di adottare i necessari adempimenti utili alla reintegra del lavoratore¹⁸.

Neanche quanto disposto dall'art. **669 duodecies c.p.c.** (che prevede il ricorso al Giudice medesimo che ha emesso il provvedimento cautelare, affinché disponga le modalità di attuazione del suo provvedimento)¹⁹

¹⁸ V. SPEZIALE, opera citata.

¹⁹ Cass. Civ., Sez. III, 12 gennaio 2005, n. 443: *"L'espressione "giudice che ha emanato il provvedimento cautelare" non va intesa come riferibile al giudice - persona fisica, ma all'ufficio giudiziario, posto che la norma si preoccupa di fissare solo la competenza in relazione all'attuazione del provvedimento cautelare. Deriva da quanto precede, in conclusione, che ove l'ordinanza cautelare e l'ordinanza di determinazione delle modalità attuative della stessa sono state emanate da giudici appartenenti allo stesso ufficio si concretizza una mera distribuzione degli affari all'interno dello stesso ufficio e non un fatto di competenza e, quindi, il proposto ricorso per regolamento di competenza, se proposto, deve essere dichiarato inammissibile". "A seguito dell'entrata in vigore della riforma del 1990 l'attuazione di tutti i provvedimenti cautelari, ivi compresi i provvedimenti possessori e d'urgenza, avviene, ai sensi dell'articolo 669-duodecies del c.p.c., giusta il quale, "l'attuazione delle misure cautelari...avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con*

appare idoneo a superare le obiezioni mosse, poiché evidentemente quella norma non si riferisce specificamente alla reintegrazione nel posto di lavoro, che non è un mero obbligo di fare, nulla impedendo al datore di lavoro di poter tenere a casa il lavoratore o comunque non farlo lavorare, pur pagandolo.

L'art. 612 c.p.c. stabilisce il procedimento dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare riferendosi esclusivamente alle **sentenza di condanna** per violazione di un obbligo di fare o di non fare.

Chi intende ottenere l'esecuzione forzata di obblighi di fare deve chiedere al Giudice che siano determinate le modalità dell'esecuzione.

Si fa presente che in questo caso è possibile eseguire forzatamente un obbligo di fare esclusivamente se trattasi di beni fungibili non necessitanti un comportamento attivo del debitore.

L'art. 2931 del codice civile prevede espressamente che l'avente diritto, se non si è adempiuto all'obbligo di fare, può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato.

Tale esecuzione viene espletata ex art. 612 c.p.c. se riguarda una sentenza di condanna o, in caso di ordinanza, ai sensi dell'art. 669 *duodecies* c.p.c..

Ma nell'uno o nell'altro caso ci si riferisce espressamente ad obblighi di fare fungibili che possono indifferentemente essere adempiuti anche da persona diversa dal debitore.

Le norme sopra citate non possono trovare applicazione quando l'obbligo

di fare risulti infungibile (*ad es. è infungibile l'obbligo inadempito da parte dell'editore che non abbia pubblicato un'opera nel termine pattuito*).

L'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro costituisce appunto un obbligo di fare infungibile e, pertanto, il suo mancato adempimento farà derivare l'onere di corrispondere al lavoratore le retribuzioni ed il risarcimento del danno²⁰.

Non si ritiene possibile, invece, l'esperimento della procedura ex art. 612 c.p.c. perché nel caso di azienda privata il Giudice dell'esecuzione non potrà certo nominare un commissario *ad acta* che si sostituisca al datore di lavoro per ottemperare alla reintegra.

Identica cosa vale anche nel caso di provvedimento cautelare poiché le modalità di attuazione di un *facere* infungibile sono pressoché inesistenti.

Né è immaginabile l'intervento dell'Ufficiale Giudiziario che "esegua" forzatamente tale reintegra.

Secondo l'autorevole insegnamento di Massimo D'ANTONA: *"reintegrare effettivamente significa riammettere il lavoratore in azienda per utilizzarne normalmente la prestazione: nulla di più e nulla di meno"*.

Ne consegue che, in caso di mancata effettiva reintegra, l'attenzione si dovrà spostare sulle forme di esecuzione indiretta.

In ogni caso, l'ordine di reintegrazione è cosa diversa dall'**obbligo di far lavorare**, nel senso che quand'anche

ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti".

²⁰ Cfr.: C. MANDRIOLI, *Rivista Diritto Processuale*, 1975; A. PROTOPISANI, in *Rivista Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1978.

l'imprenditore subisse la reintegra (cioè la reimmissione formale del lavoratore in azienda) non è detto che decida di far lavorare il reintegrato.

6. Reintegrazione del pubblico dipendente

Oggi il problema si pone in particolar modo per i **pubblici dipendenti** i quali, a seguito della devoluzione al Giudice ordinario del Lavoro delle controversie riguardanti il pubblico impiego, incontrano gli stessi sbarramenti e limitazioni imposti al lavoratore privato quando venga ordinata la reintegrazione nel posto di lavoro.

Secondo autorevole dottrina²¹ i pubblici dipendenti col ricorso al Giudice del Lavoro ordinario non avrebbero più la possibilità di chiedere al Giudice Amministrativo di provvedere affinché venga concretamente eseguita la sentenza del Tribunale ordinario.

Invero va ricordato che, nel caso di mancato adempimento da parte della P.A. a quanto disposto dalla sentenza emessa dal T.A.R., si può certamente ricorrere, per il giudizio di **ottemperanza**, allo stesso Giudice Amministrativo affinché provveda alla nomina di un Commissario *ad acta* per consentire il corretto espletamento di quanto giudizialmente ordinato²².

Indubbiamente, oggi, la devoluzione al Giudice ordinario del Lavoro delle controversie per i

pubblici dipendenti non consente di chiedere allo stesso Giudicante di provvedere adottando quegli strumenti processuali tipici del Giudice Amministrativo.

Mentre trattandosi di ordinanza cautelare il dipendente pubblico può chiedere al medesimo Giudice che ha provveduto di stabilire le modalità di attuazione *ex art. 669 duodecies c.p.c.*²³, con la sentenza del Giudice del Lavoro si potrebbe proporre il giudizio di ottemperanza dinanzi al Giudice Amministrativo.

La giurisprudenza di merito (o *almeno buona parte di essa*) ritiene ammissibile, dal parte del Giudice ordinario del Lavoro, la nomina di un Commissario *ad acta* al quale conferire l'incarico di eseguire le modalità di attuazione del suo provvedimento presso la P.A. soccombente.

Questo Commissario dovrebbe rimuovere gli ostacoli per provvedere materialmente alla reintegrazione del lavoratore licenziato secondo le modalità attuative stabilite dal Giudice.

Tale procedura risulta, comunque, una *forzatura* poiché, pur trattandosi di Pubblica Amministrazione (e quindi non di un "datore di lavoro" privato cittadino, soggetto al rischio della stessa attività imprenditoriale), si ritiene che la concreta reintegrazione

²¹ Così B. SASSANI sul tema "Adattamenti delle tecniche difensive nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle P.A." al Convegno del Cons. Naz. Forense tenutosi a Roma il 17/11/2001.

²² A. BELSITO, *Limiti ai poteri del datore di lavoro*, Ed. Cacucci, Bari 2005, p. 106.

²³ A. LOMBARDI, *Coercibilità dell'ordine cautelare di reintegra del lavoratore nei confronti del datore di lavoro pubblico*, in Rivista Telematica di Diritto del lavoro, 2007: "La condivisibile esigenza di garantire effettività alla tutela cautelare divisa ha indotto commentatori ed interpreti a ricercare mezzi di coercizione diretta del datore di lavoro pubblico, modellati sulla concretezza del caso concreto, riconducibili alla portata applicativa dell'art. 669 duodecies c.p.c. e, quel che più conta, compatibili con la "riserva di amministrazione" connotata alla veste pubblica della parte datoriale".

nel posto di lavoro, soprattutto se eseguita sulla scorta di un provvedimento cautelare e provvisorio, possa causare maggiori danni dell'attesa di un provvedimento definitivo come è la sentenza.

Qualora la P.A. non dovesse spontaneamente ottemperare all'ordine del Giudice del Lavoro il dipendente potrà rivendicare soltanto il diritto al risarcimento del danno, salvo eventuali **responsabilità personali** dei dirigenti apicali nella qualità di legali rappresentanti dell'Ente Pubblico.

Se può apparire condivisibile il criterio adottato per la tutela del datore di lavoro privato (*tutela anche garantita dal dettato costituzionale previsto dall'art. 41*) ciò non può valere per la Pubblica Amministrazione nei cui confronti non sussistono quegli stessi principi posti a fondamento dell'imprenditoria privata.

Si ha ragione di ritenere, pertanto, che la questione sarà foriera di dispute.

7. Mancata reintegra: conseguenze

Il datore di lavoro che non ottemperi all'ordine di reintegra contenuto nella sentenza è tenuto comunque a corrispondere al lavoratore le retribuzioni globali di fatto dovutegli in virtù del rapporto di lavoro intercorrente dalla data del licenziamento annullato fino a quella della effettiva reintegrazione e, da quest'ultima data, sarà corrisposta la retribuzione che maturerà mensilmente.

Tuttavia se il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non

abbia ripreso servizio il rapporto si intende risolto.

Nell'ipotesi di licenziamento dei lavoratori di cui all'art. 22 dello Statuto dei Lavoratori il datore di lavoro che non ottemperi alla sentenza ovvero all'ordinanza di reintegra, non impugnata o confermata dal giudice che l'ha pronunciata, è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del **Fondo adeguamento pensioni** di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore.

Come si può notare, l'art. 18 dello Statuto ha previsto quali possano essere le conseguenze a carico del datore di lavoro che non provveda a reintegrare il lavoratore licenziato.

Si dovrà verificare se queste disposizioni, dirette a penalizzare il comportamento omissivo del datore, siano idonee a "*convincerlo*" nel preferire la reintegrazione.

Non esistono strumenti coercitivi per imporre al datore di lavoro la concreta reintegrazione nel posto di lavoro del licenziato.

Le conseguenze a danno del datore sono pertanto soltanto di carattere economico.

8. Responsabilità penale

Come già evidenziato la reintegrazione nel posto di lavoro, consistendo in un obbligo di fare, è soggetta al noto principio *nemo ad faciendum cogi potest* che certamente trova attuazione per le aziende private nei confronti delle quali, ormai da decenni, in caso di reintegrazione del lavoratore, il datore che non intenda concretamente tenersi in azienda il lavoratore licenziato in ottemperanza

all'ordine del Giudice, sarà tenuto soltanto a pagare tutto il dovuto.

Pur nel rispetto del provvedimento del Giudice - avverso il quale può essere proposto gravame - l'unico compito del soccombente è quello di non **ostacolarne** l'eventuale esecuzione e, pertanto, qualora il Magistrato abbia disposto le **modalità di attuazione** previste dall'art. 669 *duodecies* c.p.c., la sua ottemperanza consisterà nel garantire la tutela del credito del lavoratore.

Sarà ravvisabile la fattispecie di cui all'art. 388, comma 1, c.p. quando la condotta del datore di lavoro consista nel compimento di **atti simulati o fraudolenti o di fatti fraudolenti**, posti in essere per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, non ottemperando alla **ingiunzione di eseguire la sentenza**.

Inoltre, l'ambito di applicabilità del predetto disposto penale è riferito esclusivamente ad una **sentenza di condanna**, che è cosa diversa dall'ordinanza provvisoria cautelare poiché quest'ultima, fra l'altro, non ha il carattere della decisorietà (cioè non è assimilabile ad una sentenza), ma soltanto natura strumentale²⁴.

L'ipotesi di reato di cui all'art. 388, comma 1, c.p., che si verifica quando la parte soccombente, per sottrarsi all'adempimento, ponga in essere comportamenti dolosi (fatti fraudolenti, atti simulati o fraudolenti sui propri o sugli altrui beni), è realizzabile solo in forma **commissiva e non omissiva**²⁵.

²⁴ Cass. Civ., Sez. Lav., 14 gennaio 2003 n. 441 e Cass. Civ., Sez. I, 19 febbraio 2003 n. 2479.

²⁵ F. DI LORENZO, op. cit.: "...non poche complicazioni nascono quando si esamina il tipo di condotta e l'elemento psicologico richiesto

La non spontanea esecuzione non può essere ritenuta idonea ad integrare la condotta di cui all'art. 388, comma 1, c.p. (mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del Giudice), verificabile quando la parte soccombente - per sottrarsi all'adempimento - ponga in essere comportamenti dolosi (fatti fraudolenti, atti simulati o fraudolenti sui propri o sugli altrui beni) e, comunque, l'eventuale condotta dolosa si perfezionerebbe soltanto qualora il datore di lavoro compisse attività fraudolente idonee ad ostacolarne l'esecuzione.

La giurisprudenza di legittimità ha anche affermato che la **sentenza di condanna**, pur intesa in senso ampio, deve essere, però, sempre una decisione di merito pronunciata in base ad una *plena cognitio* e non una statuizione provvisoria applicativa semplicemente di una misura cautelare, tanto più che l'elusione dell'esecuzione di un provvedimento del giudice è prevista espressamente come elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 388, comma 2, c.p. (ipotesi di reato tra l'altro escludibile in considerazione del fatto che l'interesse del lavoratore a prestare la propria attività lavorativa

affinchè si perfezioni il reato di cui all'art. 388 comma 1 c.p., occorrendo da una parte la commissione di atti fraudolenti, e dall'altra il dolo specifico. Non basta allora la semplice elusione del provvedimento del giudice, ma occorre una precisa volontà manifestatasi con modalità particolarmente riprovevoli: in tal modo, l'ambito di applicabilità della norma si riduce drasticamente solo a poche e marginali ipotesi. Ne consegue che tale rimedio assume non più un'efficacia generale, ma solo residuale: è applicabile solo nei pochi casi in cui sussistono i requisiti richiesti. A tale obiezione si sottrae la norma contenuta nel commi II dell'art. 388 c.p., La quale richiede solo l'elemento del dolo generico, e non della frode".

non è qualificabile come **diritto di credito**).

Ed ancora: “... *il reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice postula che il provvedimento emesso in sede cautelare sia portato a conoscenza del destinatario secondo le regole proprie del processo civile, non rilevando che questi ne abbia avuto altrimenti cognizione*”²⁶.

Il mero rifiuto all’ottemperanza di provvedimenti giudiziari secondo quanto previsto dall’art. 388 co. 2 c.p. - secondo le SS.UU. penali della Corte di Cassazione - non costituisce comportamento penalmente rilevante, a meno che la natura personale delle prestazioni imposte ovvero la natura interdittiva dello stesso provvedimento esigano per l’esecuzione il contributo diretto dell’obbligato.

Infatti, l’interesse reiterato dall’art. 388, co. 1 e 2, c.p. non è l’autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, bensì l’esigenza costituzionale di **effettività della tutela giurisdizionale**²⁷.

Orbene, quando è indispensabile per l’esecuzione *il contributo dell’obbligato* bisognerà accertare se si sia verificato il delitto di elusione dell’esecuzione che certamente non può sussistere nel caso in cui il datore di lavoro non abbia posto in essere alcuna attività che ne impedisca la

esecuzione ma si limiti a subirla passivamente come appunto nel caso della reintegrazione nel posto di lavoro.

Nei confronti del rappresentante legale di una Pubblica Amministrazione in alcuni casi si è ravvisato, oltre al reato di cui all’art. 388 c.p. anche quello previsto e punito dall’art. 323 c.p. (*abuso di ufficio*).

Quest’ultima ipotesi delittuosa presuppone che “*sussista la cosiddetta doppia ingiustizia, nel senso che ingiusta deve essere la condotta, in quanto connotata da violazione di legge ed ingiusto deve essere l’evento di vantaggio patrimoniale, in quanto non spettante in base al diritto oggettivo regolante la materia...*”²⁸.

Francamente appare difficile rinvenire tale fattispecie in caso di mancata esecuzione di un ordine di reintegra nel posto di lavoro che, per le ragioni ampiamente esposte, risulta difficilmente *incoercibile* nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Ne consegue che le ipotesi di cui all’art. 388 c.p. e, trattandosi di Pubblica Amministrazione, anche quella di cui all’art. 323 c.p., non sono automaticamente riscontrabili.

Infine, non è neanche ipotizzabile il reato contravvenzionale previsto dall’art. 650 c.p. che si riferisce all’inosservanza dei provvedimenti dell’Autorità (*cosa diversa dall’inottemperanza all’ordine del Giudice*), poiché tale disposizione è collegata alla inosservanza di un provvedimento per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o di igiene.

²⁶ Cass. Pen., Sez. VI, 7 novembre 2003, n. 314 (*Nella specie, la Corte ha escluso il reato sul rilievo che non risultava ritualmente comunicato il provvedimento cautelare di natura possessoria emesso fuori udienza dal giudice civile, ritenendo irrilevante la circostanza che l'imputato aveva ricevuto comunque notizia della decisione avendo preso visione di copia del provvedimento spedito in forma esecutiva ed avendo ricevuto lettura dello stesso da parte della Polizia giudiziaria*).

²⁷ Cass. SS.UU. Pen., 05 ottobre 2007 n. 36692.

²⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 27 giugno 2006, n. 35381.

Infatti l'art. 650 c.p. è una norma penale in bianco di carattere sussidiario che può trovare applicazione soltanto quando il fatto non sia specificamente regolato da altre norme²⁹.

9. Esecuzione indiretta

Per gli obblighi di fare si rende sempre opportuno prevedere nel provvedimento una obbligazione alternativa. Quando si tratta di obblighi di fare fungibili l'alternativa deve essere un adeguato risarcimento che possa costituire una sorta di indiretta coercizione.

Nello stesso testo dell'art. 18 dello Statuto è possibile individuare gli strumenti per l'**esecutorietà indiretta** dell'ordine di reintegra: indennità sostitutiva e risarcimento del danno nel caso in cui il datore non abbia dato spontanea esecuzione all'ordine del giudice.

Riguardo alla natura degli obblighi civili ricompresi nella sfera di tutela della norma è opinione oramai consolidata che non possano rientrare quegli obblighi non suscettibili di esecuzione forzata e quindi innanzitutto le **obbligazioni di un *facere* infungibile, di un *non facere* o di un *pati***³⁰.

L'esecuzione indiretta in qualche modo dovrebbe far preferire al datore di lavoro la reintegrazione del lavoratore, evitandosi così ulteriori aggravii di costi.

Attualmente il datore di lavoro è comunque tenuto a versare la retribuzione globale di fatto al lavoratore illegittimamente licenziato dal giorno del suo licenziamento

anche se quest'ultimo non dovesse essere fisicamente reintegrato.

Per cui il datore pagherà tali somme e verserà i relativi contributi anche se non riceverà alcuna controprestazione.

Sovente l'imprenditore preferisce pagare e raggiungere una transazione anche molto onerosa pur di evitare la presenza nella sua azienda di un lavoratore indesiderato.

Ma l'eccessiva onerosità di alcune transazioni (sottoscritte dal datore per evitare aggravii di costi) fanno sorgere dubbi su un sostanziale mancato rispetto del principio costituzionale previsto dall'art. 41.

Qualora il lavoratore decida di non tornare al lavoro potrà comunicarlo tempestivamente al datore chiedendo l'**indennità sostitutiva della reintegrazione** nella misura non inferiore a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto così come disposto dal novellato art. 18, co. 5 dello Statuto³¹.

Trattasi di un ulteriore risarcimento danni a carico del datore di lavoro quale obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore che, scegliendo questo risarcimento, rinuncia alla reintegrazione.

L'indennità può essere richiesta dal solo prestatore di lavoro: è preclusa al datore ogni scelta tra effettiva reintegra del lavoratore o corresponsione della indennità sostitutiva.

Quest'ultima non assorbendo il principale risarcimento del danno (**retribuzione globale di fatto dovuta**

³¹ **Art. 18, co. 5, L. n. 300/70:** "Fermo restando il diritto al risarcimento del danno ... al prestatore di lavoro è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a 15 mensilità di retribuzione globale di fatto...".

²⁹ Cass. Pen., Sez. I, 3 novembre 1995, n. 12301.

³⁰ Cass. Civ., Sez. Lav., 17 giugno 2004 n. 11364.

fino all'effettiva reintegra o alla risoluzione del rapporto), svolge la segnalata funzione di coercizione indiretta.

Il lavoratore che sceglie l'indennità e, con essa, la risoluzione del rapporto, determina così le proprie dimissioni per giusta causa.

* * * * *

Negli altri Paesi comunitari sono in vigore sistemi di tutela efficienti a seguito di inadempimento di obbligazioni infungibili.

Dato atto delle impossibilità di costringere la parte soccombente ad un *facere* infungibile si procede con l'applicazione di altre norme.

In Francia sussiste il metodo delle *astreintes* quale rimedio indiretto che impone alla parte inadempiente un obbligo di pagare una somma per ogni giorno di ritardo e per ogni futuro altro inadempimento che sarà sanzionato con la sentenza definitiva con la quale potrà essere ridotta o aumentata la pena pecuniaria oppure originaria.

Secondo la giurisprudenza francese la somma deve essere commisurata al danno - considerato che le *astreintes* hanno natura risarcitoria e non già punitiva - anche se, nella realtà, trattasi di una forma di coercizione indiretta utile soprattutto a convincere il debitore ad ottemperare.

Anche in Germania vi è una forma di coercizione indiretta per gli obblighi di fare, prevista dal codice tedesco e denominata *Geldstrafe*.

In caso di inadempimento di un obbligo di fare infungibile il debitore sarà condannato ad una sanzione pecuniaria e se necessario, *in extremis*, anche all'arresto.

Trattasi, quindi di un rimedio pubblicistico anche perché le somme

che il debitore verserà non vanno in favore del creditore come risarcimento danni ma vengono introitate dallo Stato.

Anche nei Paesi anglosassoni ci sono forme di coercizione indiretta come in Inghilterra dove il creditore chiede al Giudice una sentenza ad una prestazione specifica e, in caso di inottemperanza, adirà lo stesso Tribunale al fine di far dichiarare il debitore responsabile del reato di disprezzo alla Corte (*contempt of court*).

Il debitore rischierà l'arresto o il pagamento di una multa la cui somma però sarà devoluta al creditore.

10. Conclusioni

Il noto principio *nemo ad factum cogi potest* è costantemente condiviso dalla giurisprudenza di legittimità che, rilevata la impossibilità di ottenere la esecuzione forzata di un *facere*, considera la mancata esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegrazione un illecito civile del datore di lavoro al quale viene richiesto il pagamento della retribuzione globale di fatto con relativa contribuzione e/o l'ulteriore risarcimento di cui al comma 5 dell'art. 18 dello Statuto, nonché il risarcimento di eventuali ulteriori danni subiti dal lavoratore che però dovrà fornirne adeguata prova.

D'altronde né con il procedimento ex art. 612 c.p.c. è concretamente possibile eseguire la reintegrazione, né con le stesse modalità di attuazione previste dall'art. 669 *duodecies* c.p.c. poiché, in entrambi i casi, l'Ufficiale Giudiziario si limiterebbe a verbalizzare l'impossibilità di reintegrare

fisicamente il lavoratore in quello specifico posto di lavoro, provvedendo comunque alla sua reintegra formale solo ai fini previdenziali, fiscali e retributivi.

Ma se per le controversie riguardanti le aziende private quanto detto può risultare accettabile, perplessità restano per quelle che insorgono nel pubblico impiego dove sarebbe auspicabile una normativa specifica che chiarisse se il legale rappresentante della Pubblica Amministrazione possa, nel rispetto delle scelte aziendali, non reintegrare concretamente il lavoratore nel posto di lavoro, pur accollandosi l'onere di versare quanto stabilito dal Giudice, con tutti i rischi e le responsabilità personali.

La problematica è tutt'altro che di semplice soluzione poiché a seguito del licenziamento di un pubblico dipendente - decorso un certo lasso di tempo - quel posto sarà stato certamente occupato da altro impiegato o magari quelle mansioni ridistribuite tra i dipendenti, per cui la reintegra del lavoratore nello stesso posto occupato diventa oltremodo dannosa se non impossibile.

Forse la reintegrazione di cui all'art. 18 L. n. 300/70 dovrebbe ormai commutarsi soltanto in una condanna al risarcimento dei danni da graduare secondo la gravità del licenziamento illegittimo, così da rendere congrua anche la quantificazione del risarcimento stesso.

L'art. 18 L. n. 300/70 andrebbe adeguato ai notevoli cambiamenti verificatisi nel nostro Paese negli ultimi trent'anni prevedendo disposizioni meno vessatorie nei confronti del datore di lavoro che subisce le stesse conseguenze

negative anche quando l'illegittimità del licenziamento intimato derivi soltanto da mere irregolarità formali.

In questo modo si mortifica eccessivamente la dignità dell'imprenditore con norme superate che, nella realtà, non sembrano difendere adeguatamente gli interessi del lavoratore (*si pensi ad esempio al datore di lavoro che nel procedimento disciplinare, pur nella fondatezza della grave mancanza del lavoratore, non abbia rispettato i termini imposti per l'espletamento del procedimento*).

E' evidente quindi la necessità di una rivisitazione dell'istituto della reintegrazione, affinché possano essere previste più graduazioni, con conseguenze congrue in relazione al tipo di illegittimità commessa dal datore e magari considerando più ipotesi risarcitorie anche tenendo conto dei criteri adottati negli altri Paesi comunitari.

D'altronde la S.C. di Cassazione ogni qualvolta si occupa di esecuzione in forma specifica della reintegrazione nel posto di lavoro "*supera*" - o meglio - "*sfugge*" alla problematica concreta limitandosi ad esaminare le vicende immediatamente successive alla effettiva reintegrazione avvenuta su spontanea ottemperanza del datore (*cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 2 ottobre 2002 n. 14142; 3 maggio 2004 n. 8364; 8 novembre 2004 n. 21253; 30 marzo 2006 n. 7536*), oppure occupandosi della facoltà di opzione concessa al lavoratore in favore della indennità sostitutiva alla reintegrazione (*ad es. cfr. Cass. Civ., Sez. Lav. 6 novembre 2000 n. 14441*).

Nulla dice su come possa sottoporsi a "*coercizione*" diretta il datore di lavoro per costringerlo ad

un *facere* o se sia contemplata la possibilità di nomina di un “*commissario ad acta*” per eseguire materialmente tale reintegra.

Se con il giudizio di ottemperanza per le sentenze nel pubblico impiego o le modalità di attuazione ex art. 669 *duodecies* c.p.c. si possa “*convincere*” il legale rappresentante di una P.A. ad ottemperare per evitare rischi di carattere personale, per quanto concerne le aziende private, trattandosi di un obbligo di fare **infungibile** si può ben ritenere che, in virtù dal citato principio “*nemo ad factum cogi potest*”, qualora il datore di lavoro non ottemperi spontaneamente si potranno perseguire azioni risarcitorie con le relative procedure.

D'altronde non si può costringere con la forza un imprenditore a tenere nella sua azienda una persona non gradita, se non altro per rispettare i principi della libertà dell'impresa costituzionalmente garantiti ex art. 41 Cost., considerando che il datore ha il diritto di organizzare la propria azienda e, nell'ambito del potere organizzativo, di mutare gli strumenti di lavoro adeguandoli alle esigenze produttive di mercato³² per cui, se a distanza di tempo, risulti comunque inutile l'apporto del lavoratore da reintegrare in quell'attività e per quelle mansioni per cui era adibito prima del licenziamento, il rifiuto (o *meglio la mancata spontanea esecuzione*) potrebbe integrare l'ipotesi di reato ex art. 388, co. 2, c.p. soltanto per quel che riguarda la tutela del “*credito*”.

Si dovranno prevedere nuovi rimedi decisamente più efficaci quali mezzi coercitivi indiretti utili a

rendere conveniente l'adempimento da parte del debitore.

³² Cass. Civ, Sez. Lav., 30 marzo 2006 n. 7536.

I LAVORI

AGENTI E RAPPRESENTANTI

Il patto di non concorrenza. Decorrenza

di Antonio Belsito

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il patto di non concorrenza: 2/a per il lavoratore subordinato; 2/b per l'agente; 2/c post-contrattuale. 3. La concorrenza sleale e parassitaria. 4. Il rapporto di agenzia e la collaborazione coordinata e continuativa. 5. Indennità determinata dal Giudice in via equitativa. 6. Congruità del corrispettivo. 7. Competenza del Giudice del Lavoro in tema di patto di non concorrenza. 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Il datore di lavoro ha la facoltà, qualora lo ritenga opportuno, di vincolare l'attività del proprio prestatore di lavoro stipulando un patto di non concorrenza.

Secondo la statuizione di cui all'art. 2125 cod. civ. la sottoscrizione di tale patto limiterebbe il libero svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro per un lasso di tempo ben determinato e successivo alla cessazione del contratto.

Durante tale periodo sarebbe preclusa al lavoratore la possibilità di svolgere attività in concorrenza con quella dell'azienda con la quale è intercorso il rapporto di lavoro.

Il patto di non concorrenza deve essere, a **pena di nullità**, stipulato necessariamente per iscritto, indicativo del corrispettivo da versare al

lavoratore, contenuto entro limiti determinati di oggetto, tempo e luogo. Deve altresì avere una durata pari ad un massimo di cinque anni se stipulato con dirigenti e di anni tre se contratto con semplici lavoratori dipendenti.

Una durata eccedente tali termini comporta l'automatica riduzione entro quelli appena sopra indicati.

Il codice civile all'art. 1751-bis ha previsto il patto di non concorrenza anche per gli agenti e rappresentanti di commercio per i quali tale accordo dovrà essere stipulato in forma scritta *ad substantiam* nonchè riguardare la medesima zona, clientela e genere di beni o servizi¹ risultante dal precedente contratto di agenzia terminato ed, infine, rispettare il termine di durata massima biennale decorrente dal momento dell'estinzione del contratto stesso.

A fronte dell'accettazione della limitazione derivante dalla sottoscrizione del patto, il legislatore ha inteso riconoscere all'agente il diritto al conseguimento di un'indennità di natura non provvigionale da erogarsi in suo favore e determinata secondo parametri ben

¹ Trib. Milano, 23/05/2003: "In materia di contratto di agenzia, il patto di non concorrenza stipulato senza l'indicazione dei limiti territoriali previsti dall'art. 1751-bis c.c. deve intendersi circoscritto alla zona di competenza dell'agente nel corso del rapporto di agenzia".

precisi indicati dallo stesso art. 1751bis del codice civile.

2. Il patto di non concorrenza

2/a per il lavoratore subordinato

L'art. 2125 cod. civ. espressamente stabilisce che il patto di non concorrenza, limitativo dell'attività lavorativa valevole per il periodo successivo a quello in cui quella espletata a servizio del precedente datore è cessata, deve necessariamente rispettare i parametri dell'atto scritto - a pena di nullità - e prevedere la misura del corrispettivo in denaro, nonché essere contenuto nei limiti di tempo, oggetto e luogo.

Condizioni queste ultime da ritenersi inderogabili ed imperative.

Il patto dovrà ritenersi valido per tutto il territorio indicato nel contratto stipulato dalle parti.

E' chiaro che l'indicazione dei parametri previsti dall'art. 2125 c.c. dovrà essere ben precisa potendosi considerare nullo quel patto che, sia pure per un biennio, vieti al lavoratore lo svolgimento su tutto il territorio nazionale di qualsivoglia attività, sia in proprio che in conto terzi, poiché sarebbe un divieto troppo generico ed, altresì, comportante una drastica ed inaccettabile limitazione della libertà lavorativa e della capacità professionale che diverrebbe esercitabile solo all'estero².

Il patto dovrà essere in effetti considerato nullo qualora compri l'esplorazione della concreta professionalità del lavoratore nei limiti che non salvaguardano un margine di

attività sufficiente per il soddisfacimento delle esigenze di vita³.

Per altro verso, secondo la giurisprudenza di legittimità, tale patto dovrà riguardare il divieto di qualsiasi attività lavorativa che possa competere con quella del datore di lavoro e non limitarsi al divieto di svolgimento delle sole mansioni espletate dal lavoratore nel corso del rapporto⁴.

La violazione del divieto, infatti, si concretizzerà allorquando venisse a sussistere una effettiva potenzialità offensiva del lavoratore anche in relazione alle mansioni da lui espletate; verosimilmente, pertanto il rischio sarebbe direttamente proporzionale nonché parametrabile alla qualifica attribuita allo stesso dipendente ed alle mansioni da lui espletate.

Più alto si rivelerà il livello professionale raggiunto con l'attività svolta e maggiori saranno i rischi di concorrenza da parte dello stesso dipendente.

Il patto di non concorrenza, disciplinato dall'art. 2125 c.c., riguarda non soltanto i dipendenti che svolgono mansioni direttive o di alto livello, ma anche tutti coloro che, pur essendo impiegati in compiti non intellettuali (persino di natura esecutiva), operino in quei settori nei quali l'imprenditore, in ragione della specifica natura e delle peculiari caratteristiche dell'attività svolta, possa subire un concreto pregiudizio - in termini di penetrazione nel mercato e di capacità concorrenziale - dalla utilizzazione (sia in corso di rapporto che successivamente) da parte dei lavoratori medesimi della lunga esperienza e delle numerose

² Cass. civ., Sez. lav., 4 febbraio 1987, n. 1098.

³ Cfr. Cass. civ., Sez. lav., 14 maggio 1998, n. 4891.

⁴ Cass. civ. Sez. lav., 3 dicembre 2001, n. 15253.

conoscenze acquisite alle proprie dipendenze⁵.

Di contro in assenza di un valido patto di non concorrenza non potrà essere ritenuta illecita quella attività simile a quella espletata intrapresa dal lavoratore dopo le dimissioni poiché cessato il rapporto di lavoro e con esso l'obbligo di fedeltà, il lavoratore può autonomamente o alle dipendenze di altri utilizzare l'esperienza e le cognizioni tecniche acquisite con il lavoro svolto⁶.

Ove sia provata la violazione del patto di non concorrenza ex art. 2125 cod. civ., il Giudice potrà ordinare al lavoratore la cessazione del rapporto di lavoro subordinato in corso, nonché attuare misure di coercizione indiretta all'esecuzione di tale ordine prevedendo, ad esempio, a carico del lavoratore che non ottemperi, una sanzione quantificata con una somma da corrispondere per ogni mese di inadempimento⁷.

Deve considerarsi nullo, in quanto contrastante con l'ordine pubblico costituzionale (artt. 4 e 35 Cost.), il patto di non concorrenza diretto non già a limitare l'iniziativa economica privata altrui, ma a precludere in assoluto ad una parte la possibilità di impiegare la propria capacità

professionale nel settore economico di riferimento⁸.

Altrettanto nulla dovrà ritenersi la clausola che consenta la facoltà di recesso dal patto di non concorrenza al datore di lavoro a seguito della cessazione del rapporto di lavoro.

Tale clausola è infatti in contrasto con quanto disposto dall'art. 2125 cod. civ. relativo alla durata del patto di non concorrenza che deve essere determinata già al momento dell'inizio del rapporto in modo tale da escludere ogni tipo di pattuizione improntata a far venir meno tale patto.

La *ratio* della norma è, altresì, ravvisabile nella necessità che il lavoratore possa essere messo al corrente e nelle condizioni di conoscere i termini e la durata del vincolo sin dall'inizio per orientare al meglio le proprie scelte non potendosi, al contrario, in ossequio a tale principio, consentire alla parte datoriale di variare liberamente i termini del patto⁹.

Qualora il lavoratore abbia deciso di rassegnare le proprie dimissioni non sarà possibile per l'azienda scegliere di pagare o meno la somma prevista dal patto di non concorrenza atteso che, in caso di recesso volontario, il dipendente ha diritto al conseguimento dell'intera somma pattuita senza che l'impresa possa far valere la clausola di esclusione, applicabile solo in caso di risoluzione del rapporto da parte della società¹⁰.

La competenza funzionale a conoscere le controversie relative al patto di non concorrenza per il tempo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro è esclusiva del Giudice del Lavoro, non suscettibile di deroga in

⁵ Cass. civ., Sez. lav., 19/04/2002 n. 5691 (Fattispecie relativa ad un commesso addetto alla vendita di capi di abbigliamento).

⁶ Cass. civ., Sez. lav., 13 novembre 1976 n. 4212.

⁷ Trib. Bologna, ordinanza del 29/01/2002 (“...il patto di non concorrenza sottoscritto dal lavoratore gli vietava di assumere impieghi presso altre aziende che svolgessero attività in concorrenza con quella presso cui aveva svolto tale attività. Non potendosi coercitivamente ottenere il *non facere* da parte del lavoratore, il Tribunale ha ritenuto di dover porre a carico del predetto il pagamento di una somma mensile per tutto il tempo che il predetto non ritenesse di ottemperare”).

⁸ Cass. civ., Sez. lav., 19 dicembre 2001, n. 16026.

⁹ Cass. civ., Sez. lav., 16 agosto 2004, n. 15952.

¹⁰ Cass. civ., Sez. lav., 15 maggio 2007, n. 11104.

forza di clausola compromissoria, poiché trattasi di contenzioso pur sempre in collegamento funzionale con la regolamentazione degli interessi derivanti dal rapporto di lavoro¹¹.

2/b per l'agente

Premettendo che per concorrenza debba intendersi la sana competizione tra persone, società oppure enti che cercano di ottenere un risultato positivo nel proprio settore superando gli altri, occorre considerare la necessità che l'ordinamento predisponga regole ed indichi precisi limiti entro i quali è lecito agire in ossequio ai principi di sana e libera competizione.

La concorrenza dovrà in effetti svolgersi nel rispetto delle norme costituzionali ed in maniera particolare nel rispetto dei limiti stabiliti dal combinato disposto degli artt. 4, 18, 35 e 41 della Costituzione che implicitamente riconoscono la libertà degli operatori commerciali *rectius* la libertà dell'iniziativa economica per perseguire finalità di utilità sociale.

All'iniziale previsione codicistica contenuta nell'art. 2125 c.c. disciplinante il patto di non concorrenza tra lavoratore subordinato ed azienda datrice di lavoro e nell'art. 2598 in materia di concorrenza sleale, limitatamente ai rapporti tra imprese, nel 1991 veniva inserito l'art. 1751-bis c.c. che estendeva tale patto anche a due particolari figure di lavoratori, rientranti nel *genus* di quelli parasubordinati - ex art. 409 n. 3 c.p.c. - nell'ambito di applicabilità della tutela offerta ai lavoratori con il processo del lavoro introdotto con la L. 533/73: gli agenti ed i rappresentanti di commercio.

¹¹ Cass. civ., Sez. lav., 17 novembre 1980 n. 6139.

L'art. 1751-bis cod. civ.¹² stabilisce che: *“Il patto che limita la concorrenza da parte dell'agente dopo lo scioglimento del contratto deve farsi per iscritto. Esso deve riguardare la medesima zona, clientela e genere di beni o servizi per i quali era stato concluso il contratto di agenzia e la sua durata non può eccedere i due anni successivi all'estinzione del contratto. L'accettazione del patto di non concorrenza comporta, in occasione della cessazione del rapporto, la corresponsione all'agente commerciale di una indennità di natura non provvigionale (...)”*.

L'art. 23 della L. n. 422/2000¹³ (denominata *Legge Comunitaria 2000*) oltre ad introdurre il nuovo comma dell'art. 1751-bis c.c., al comma 2 ha, altresì, previsto che la corresponsione di tale indennità e le relative regole di determinazione della stessa dovranno riferirsi *“esclusivamente agli agenti che esercitano in forma individuale, di società di persone o di società di capitali con un solo socio, nonché ove previsto da accordi economici nazionali di categoria, a società di capitali costituite esclusivamente o prevalentemente da agenti commerciali”*.

Secondo la statuizione dell'art. 1751-bis cod. civ. l'indennità degli agenti dovuta quale contropartita a fronte della limitazione dell'esercizio della propria attività deve essere commisurata alla durata, non superiore a due anni dopo l'estinzione del contratto, alla natura del contratto di agenzia ed all'indennità di fine rapporto.

¹² Inserito dall'art. 5 D.lgs. 10/09/1991 n. 303 e integrato dall'art. 23 L. 29/12/2000 n. 422 (Legge Comunitaria 2000).

¹³ Legge 29/12/2000: *“Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee”*.

La determinazione di tale indennità dovrà altresì essere affidata alla contrattazione tra le parti e tenendo conto degli AEC di categoria.

Stante la disciplina codicistica (art. 2125 cod. civ.), regola generale vorrebbe che l'assenza di un valido patto di non concorrenza comportasse la liceità dell'attività imprenditoriale intrapresa eventualmente dal lavoratore dopo la cessazione del rapporto ed avente caratteristiche in tutto simili all'attività sino a quel momento espletata.

Volendo proporre un confronto contenutistico tra le norme contemplanti significativi riferimenti in materia di concorrenza occorrerà considerare che se l'art. 2105 cod. civ. impone al lavoratore un obbligo di non fare (divieto di non concorrenza) l'art. 2125 cod. civ. prevede il patto di non concorrenza come estensione dell'obbligo di fedeltà anche alla cessazione del rapporto di lavoro, tutelando il datore da una ipotetica attività di concorrenza (purchè sia stato stipulato il patto); parallelamente l'art. 2596 cod. civ. si riferisce, invece, al generale divieto di concorrenza applicabile al lavoratore autonomo e l'art. 1751-bis estende l'obbligo di non fare anche all'agente.

Recente giurisprudenza di legittimità ha rilevato che nel lavoro parasubordinato il divieto di concorrenza vincola le parti, con la conseguenza che il termine di durata del patto di non concorrenza non può decorrere prima che il rapporto cessi in quanto durante lo svolgimento del rapporto l'obbligo di astenersi dalla concorrenza renderebbe inutile e privo di causa il patto di non concorrenza accessorio¹⁴.

¹⁴ Cass. civ. Sez. lav., 23 luglio 2008 n. 20312.

La giurisprudenza di merito ha suggerito che costituisce condotta di concorrenza sleale, per contrasto con i principi della correttezza professionale, di cui va disposta anche in via cautelare la inibitoria, quella tenuta da un'impresa che, in tal modo sottraendo clienti ad un concorrente, si avvale dell'opera di un ex agente, con violazione del patto di non concorrenza anteriormente stipulato da tali soggetti¹⁵.

Si rileva che mentre il patto di non concorrenza di cui all'art. 2596 cod. civ. è previsto per iscritto soltanto *ad probationem*, quello di cui all'art. 1751-bis prevede la forma scritta *ad substantiam*.

2/c post-contrattuale

Il patto di non concorrenza sia del lavoratore subordinato che di quello parasubordinato, può comunque essere previsto anche al termine del rapporto di lavoro.

Nel pieno rispetto della normativa codicistica il patto di non concorrenza dell'agente, anche se stipulato al termine della prestazione lavorativa, non potrà superare la durata di due anni decorrenti dalla cessazione del rapporto, dovrà essere concluso per iscritto ed espressamente prevedere la corresponsione indennitaria di natura non provvigionale.

In merito alla disciplina del patto di non concorrenza post-contrattuale si evidenzia che la Direttiva Comunitaria 86/653 ha previsto in questi casi l'obbligo in capo al preponente di corrispondere all'agente un'indennità di natura provvigionale quale obbligo meramente pattizio che sorgerebbe per la ditta mandante con il patto scritto di non concorrenza post-contrattuale.

¹⁵ Tribunale di Vercelli, 12 luglio 2006.

I requisiti essenziali, riguardanti la **delimitazione del luogo** e dell'**oggetto del patto** e la previsione del **corrispettivo**, sono rimessi dal legislatore alla libera autonomia delle parti contraenti. In particolare, per quanto riguarda la previsione del corrispettivo, accreditata giurisprudenza ha ritenuto nulla la pattuizione di compensi simbolici, iniqui o sproporzionati rispetto sia al sacrificio del lavoratore sia alla riduzione della possibilità di guadagno¹⁶.

Il patto sottoscritto può altresì far riferimento a tutte le attività espletate dal lavoratore ed avere valenza nel territorio stabilito nel contratto intercorso tra le parti.

Nella stipula di tale patto non potrà tralasciarsi l'equo contemperamento degli interessi contrapposti dell'imprenditore e del lavoratore poiché trattasi di una esigenza divenuta di importanza sostanziale atteso che sarebbe impensabile costringere, ad esempio, un dipendente a cambiare radicalmente mestiere all'improvviso e nel bel mezzo della propria vita o impedirgli di svolgere qualsivoglia attività su tutto il territorio nazionale consentendogli, pertanto, solo di lavorare all'estero.

La stipulazione del patto post-contrattuale tra datore e dipendente può aversi anche relativamente al rapporto di lavoro subordinato.

Esso dovrà sempre rispettare le indicazioni fornite dall'art 2125 c.c. ovvero essere concluso nel pieno rispetto dei limiti di oggetto, tempo e luogo anche con eventuale apposizione

di clausole aggiuntive purchè non in violazione di tali principi.

3. La concorrenza sleale e parassitaria

L'art. 2598 del codice civile stabilisce che compie **atti di concorrenza sleale** chiunque: usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, oppure imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; chi diffonde notizie ed apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente; chi si vale dei mezzi non conformi ai principi della correttezza professionale ed idonei a danneggiare l'altrui azienda.

La nozione di concorrenza sleale contenuta nella norma di cui all'art. 2598 cod. civ., deve essere desunta dalla *ratio* della norma stessa che impone alle imprese operanti nel mercato, regole di correttezza e di lealtà, in modo che nessuna si possa avvantaggiare nella diffusione e collocazione dei propri prodotti o servizi, con l'adozione di metodi contrari all'etica delle relazioni commerciali.

Ne consegue che si trovano in situazione di concorrenza **tutte le imprese i cui prodotti e servizi concernano la stessa categoria di consumatori** e che operano, quindi, in una qualsiasi delle fasi della produzione o del commercio destinata a sfociare nella collocazione sul mercato di tali beni.

¹⁶ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU: "Diritto del Lavoro e rapporto di lavoro subordinato", UTET 2000, pag. 243 e ss. 411, Riva, Sanseverino, 1973.

Infatti, quale che sia l'anello della catena che porta il prodotto alla stessa categoria di consumatori in cui si collochi un imprenditore, questi viene a trovarsi in conflitto potenziale con gli imprenditori posti su anelli diversi, proprio perché è la clientela finale quella che determina il successo o meno della sua attività, onde ognuno di essi è interessato che gli altri rispettino le regole di cui all'art. 2598 cod. civ.¹⁷.

Va altresì considerato che in materia di concorrenza sleale, presupposto indefettibile della fattispecie di illecito prevista dall'art. 2598 cod. civ. risulta essere la sussistenza di una effettiva situazione concorrenziale tra soggetti economici, il cui obiettivo consiste nella **conquista di una maggiore clientela** a danno del concorrente. Logico corollario di quanto appena detto è che la **comunanza di clientela** – data non solo dalla identità soggettiva degli acquirenti dei prodotti delle due imprese, bensì dall'insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono a tutti i prodotti che quel bisogno sono idonei a soddisfare – è elemento costitutivo di detta fattispecie, la cui assenza impedisce ogni concorrenza¹⁸.

La concorrenza sleale, quale fattispecie tipicamente riconducibile ai soggetti del mercato in concorrenza, non sussiste, ove manchi il presupposto soggettivo del «rapporto di concorrenzialità» mentre sarà configurabile allorché l'atto lesivo del diritto del concorrente sia posto in essere dal soggetto terzo (cosiddetto interposto) che si trova in una relazione di interesse comune con l'imprenditore avvantaggiato¹⁹.

¹⁷ Cass. civ. Sez. lav., 20 maggio 1997, n. 4458.

¹⁸ Cass. civ. Sez. lav., 14 febbraio 2000, n. 1617.

¹⁹ Cass. civ., Sez. III, 20 marzo 2006, n. 6117.

Avendo specificato che presupposto giuridico per la legittima configurabilità di un atto di concorrenza sleale è la situazione di concorrenzialità tra due o più imprenditori insieme alla idoneità della condotta di uno dei due concorrenti ad arrecare pregiudizio all'altro, pur in assenza di danno attuale, ne consegue che la normativa dettata, in materia dall'art. 2598 cod. civ. non può ritenersi applicabile ai rapporti tra professionisti²⁰.

Presupposto della fattispecie di illecito, prevista dall'art. 2598 cod. civ., è la sussistenza di un effettiva situazione concorrenziale tra soggetti economici e la conseguente **idoneità della condotta di uno dei concorrenti ad arrecare pregiudizio all'altro, pur in assenza di un danno** attuale al fine dell'accaparramento di una maggiore clientela a danno del concorrente.

Ad integrare astrattamente tale situazione è sufficiente il contemporaneo esercizio, da parte di più imprenditori, di una medesima attività industriale o commerciale in un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune²¹.

Proprio la comunanza della clientela, ossia l'insieme di consumatori che hanno lo stesso bisogno di mercato, costituisce un elemento di tale fattispecie.

Mentre l'identità del procedimento di commercializzazione adottato non è decisivo ma solo integrativo per l'individuazione di tale fattispecie, la comunanza di clientela va rilevata anche in una prospettiva potenziale ovvero se l'attività espletata configuri un'offerta di prodotti uguali, affini o succedanei rispetto a quelli offerti dal concorrente²².

²⁰ Cass. civ. Sez. lav., 13 gennaio 2005, n. 560.

²¹ Cass. civ. Sez. III, 15 febbraio 1999, n. 1259.

²² Cass. civ., Sez. lav., 14 febbraio 2000, n. 1617.

Secondo la giurisprudenza di legittimità ricorre la cosiddetta concorrenza parassitaria “... allorché l’attività commerciale dell’imitatore si traduce in un cammino continuo e sistematico, essenziale e costante, sulle orme altrui, atteso che l’imitazione di tutto o quasi tutto ciò che fa il concorrente, ovvero l’adozione più o meno immediata di ogni nuova iniziativa, seppure non realizzino una confusione di attività e di prodotti, risultano tuttavia contrarie alle regole che presidino all’ordinario svolgimento della concorrenza. Se, peraltro, è da considerare parassitaria anche l’attività la quale, in un colpo solo, ovvero in un unico momento, imiti le iniziative prese dal concorrente, ciò non esclude (anzi postula) che l’imitazione stessa, per considerarsi illecita, riguardi, però, tutte (o quasi tutte) le iniziative anzidette (elemento quantitativo) e risulti effettuata a breve distanza di tempo da questa (elemento temporale)”²³.

4. Il rapporto di agenzia e la collaborazione coordinata e continuativa

Il rapporto di agenzia costituisce una fattispecie diversa da quello di collaborazione coordinata e continuativa seppur entrambi indicati ai fini della tutela dei diritti nell’art. 409 n. 3 c.p.c. (rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale anche se non a carattere subordinato). Trattasi,

²³ Cass. civ., Sez. lav., 20/07/2004 n. 13423.

comunque, sempre di attività di lavoro parasubordinato.

La Suprema Corte ha cassato la decisione di merito che, in difetto di impugnazione sul punto, aveva qualificato il rapporto intercorso tra le parti in termini diversi (agenzia) da quelli affermati dal giudice di primo grado (collaborazione coordinata e continuativa), provvedendo ad applicare il disposto dell’art. 1751-bis c.c., in tema di patto di non concorrenza dopo lo scioglimento del contratto, senza verificare l’applicabilità della norma alle forme di collaborazione coordinata e continuativa diverse dal rapporto di agenzia²⁴.

5. Indennità determinata dal Giudice in via equitativa

Qualora l’indennità non sia stata concordata tra le parti sarà determinata dal Giudice in via equitativa anche con riferimento alla media dei corrispettivi riscossi dall’agente, in pendenza di contratto, oppure alle cause di cessazione del contratto di agenzia e/o all’ampiezza della zona assegnata all’agente stesso.

Esaminando i tre punti sopra riportati si rileva che per quanto concerne il riferimento alla media dei corrispettivi

²⁴ Cass. civ., Sez. lav., 1 febbraio 2005 n. 1889: “Nel rito del lavoro, la mancata impugnazione della sentenza in relazione alle questioni relative alla natura del rapporto di lavoro intercorso tra le parti, se non è idonea a determinare il formarsi del giudicato interno sul punto, in quanto esso si forma solo su capi autonomi della sentenza, che risolvano questioni aventi una propria individualità e autonomia, tali da integrare una decisione del tutto indipendente, tuttavia preclude al giudice dell’impugnazione di pronunciarsi sul punto per non incorrere nella violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato”.

riscossi dall'agente, trattasi di una mera attività contabile da espletare.

Per quanto concerne le cause di cessazione del contratto di agenzia bisognerà verificarle di volta in volta anche ai fini dell'attribuzione di responsabilità.

Esaminando poi la zona ed i suoi limiti territoriali il contratto di agenzia deve intendersi circoscritto alla zona di competenza dell'agente nel corso del rapporto di agenzia²⁵.

Non si può ritenere soddisfatto il requisito richiesto dall'art. 1751-bis c.c. nell'aver le parti fatto riferimento a un elenco di nominativi di clienti perchè tale elenco non consente di ritenere specificata la zona²⁶.

Il patto che limita la concorrenza da parte dell'agente dopo lo scioglimento del contratto di agenzia deve riguardare la medesima zona, clientela e genere di beni o servizi per i quali il contratto di agenzia sia stato concluso.

“Mentre la zona e il genere di beni o servizi costituiscono un elemento essenziale del contratto di agenzia, la definizione della clientela è invece rimessa alla volontà delle parti, che possono prevedere che l'attività promozionale debba indirizzarsi nei confronti di un sottoinsieme specificamente individuato, secondo un criterio discriminante dei potenziali acquirenti che teoricamente potrebbero altrimenti corrispondere a qualunque abitante della zona. Il termine clientela usato dalla norma si riferisce non alla sola clientela costituente il portafoglio dell'agente, ma a tutti coloro sui quali l'agente poteva operare nei limiti del contratto di agenzia”²⁷.

²⁵ Trib. Milano, Sez. lav., 23 maggio 2003.

²⁶ App. Torino, Sez. lav., 11 maggio 2000.

²⁷ Pret. Torino, sez. lav., 01 aprile 1996.

Infine l'art. 23, co. 1, L. 29/12/2000 n. 422 con decorrenza 1 giugno 2001 ha aggiunto all'art. 1751-bis cod. civ. un quarto riferimento ai fini della determinazione dell'indennità da parte del giudice relativo all'esistenza o meno del vincolo di esclusiva per un solo proponente.

6. Congruità del corrispettivo

Secondo l'orientamento della giurisprudenza più recente l'indennità da liquidarsi al lavoratore in caso di stipulazione di un patto di non concorrenza per il periodo successivo alla cessazione di un rapporto di lavoro subordinato, deve risultare congrua, in relazione all'attività da questi espletata.

In una controversia esaminata dalla Suprema Corte il datore di lavoro aveva convenuto in giudizio due lavoratori-venditori di prodotti di uso domestico e sanitario che avevano stipulato un patto per il biennio successivo alla cessazione del rapporto che prevedeva un corrispettivo pari al 10% della retribuzione di ciascun venditore ed era limitato al territorio nazionale, ritenendo che il patto di non concorrenza sottoscritto fosse stato violato dai predetti.

I Giudici di merito avevano accolto la domanda e condannato i venditori al risarcimento del danno. Questi ultimi, proposto ricorso per Cassazione, ritenevano che il patto fosse nullo perché generico. La Corte, invece, ha ravvisato che il patto rispettava i parametri dell'art. 2125 cod. civ. in quanto determinato nell'oggetto, limitato nella durata e nell'estensione territoriale²⁸.

²⁸ Cass. civ., Sez. lav., 4 aprile 2006, n. 7835: « Nel rapporto di lavoro subordinato il patto di non

Questi criteri di valutazione riferiti alla durata, all'estensione territoriale ed all'oggetto sono quelli essenziali per ritenere congrua la quantificazione dell'indennità.

7. Competenza del Giudice del Lavoro in tema di patto di non concorrenza

La Corte di Cassazione ha annullato la sentenza di merito che, in difetto di impugnazione sul punto, aveva qualificato il rapporto intercorso tra le parti in termini diversi (agenzia) da quelli affermati dal giudice di primo grado (collaborazione coordinata e continuativa), provvedendo ad applicare il disposto dell'art. 1751-bis c.c., in tema di patto di non concorrenza dopo lo scioglimento del contratto, senza verificare l'applicabilità della norma alle forme di collaborazione coordinata e continuativa diverse dal rapporto di agenzia

“Nel rito del lavoro, la mancata impugnazione della sentenza in relazione alle questioni relative alla natura del rapporto di lavoro intercorso tra le parti, se non è idonea a determinare il formarsi del giudicato interno sul punto, in quanto esso si forma solo su capi autonomi della

concorrenza è nullo se il divieto di attività successive alla risoluzione del rapporto non è contenuto entro limiti determinati di oggetto, di tempo e di luogo, poiché l'ampiezza del relativo vincolo deve essere tale da comprimere l'esplicazione della concreta professionalità del lavoratore in limiti che non ne compromettano la possibilità di assicurarsi un guadagno idoneo alle esigenze di vita. La valutazione circa la compatibilità del suddetto vincolo concernente l'attività con la necessità di non compromettere la possibilità di assicurarsi il riferito guadagno come pure la valutazione della congruità del corrispettivo pattuito costituiscono oggetto di apprezzamento riservato al giudice del merito, come tale insindacabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivato».

sentenza, che risolvano questioni aventi una propria individualità e autonomia, tali da integrare una decisione del tutto indipendente, tuttavia preclude al giudice dell'impugnazione di pronunciarsi sul punto per non incorrere nella violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato”²⁹.

Nelle premesse del patto di non concorrenza era fatto riferimento alle dimissioni da consigliere di amministrazione ed alla cessione della quota azionaria e il promittente si era impegnato ad astenersi dallo svolgimento di attività concorrenziale non solo dal punto di vista commerciale, ma con riferimento a qualsiasi attività, autonoma o subordinata, nei settori della produzione, assemblamento e commercializzazione dei macchinari oggetto dell'attività di impresa e aveva assunto obblighi di riservatezza riguardanti anche il rispetto della proprietà industriale e la non rivelazione di segreti e notizie attinenti all'organizzazione ed ai metodi di produzione dell'impresa.

“Il principio secondo cui sussiste la competenza del giudice del lavoro per le cause relative all'inadempimento di un patto di non concorrenza stipulato da un agente con l'impresa mandante, anche quando il patto, pur stipulato dopo la cessazione del rapporto di agenzia, sia funzionalmente collegato con tale rapporto, non è applicabile con riferimento al patto concluso da soggetto cumulante le posizioni di titolare di una rilevante quota azionaria e di collaborazione del gruppo di maggioranza, di componente del consiglio di amministrazione e di agente della società stessa, in

²⁹ Cass. civ., Sez. lav., 1 febbraio 2005, n. 1889.

*coincidenza temporale con la cessazione di ognuna di dette relazioni con la società, qualora dal tenore letterale e dalla portata oggettiva del patto si evinca che esso si riferisce alla posizione complessivamente rivestita dal soggetto rispetto alla società ed alla globale attività della medesima, mentre la rilevanza del pregresso rapporto di agenzia sia esclusa anche dalla stipulazione, quanto al medesimo, di una transazione generale novativa, determinante la radicale sostituzione dell'originario rapporto con quello derivante dal contratto di transazione (artt. 1230 e 1976 c.c.)*³⁰.

8. Conclusioni

Del patto di non concorrenza il codice civile si è inizialmente occupato limitandosi a tener conto dell'impegno assunto tra le parti ed all'obbligo di non compiere atti di concorrenza sleale ex art. 2598 cod. civ..

Nel rapporto di agenzia si faceva riferimento in termini generali a queste disposizioni ma soltanto con l'introduzione dell'art. 1751-bis cod. civ. inserito con l'art. 5 del D.lgs. 303/1991 si è legalmente regolamentato il *patto di non concorrenza* tra l'agente ed il committente per il periodo successivo allo scioglimento del contratto.

Le esigenze di prevedere uno specifico patto di non concorrenza per il rapporto di agenzia da stabilire per un periodo successivo alla cessazione del rapporto contrattuale in effetti ha trovato nell'esperienza pratica valida utilità dovendosi in questo modo le parti attenere alla specifica previsione normativa.

Peraltro, la legge comunitaria del 2000 ha sostanzialmente esteso tale disciplina anche alle società di persone ed a quelle di capitali a socio unico o altrimenti con prevalente partecipazione di agenti e rappresentanti.

L'esposizione sommaria dell'intera normativa evidenzia l'impossibilità di prevedere un patto di non concorrenza per gli agenti e rappresentanti durante il rapporto di lavoro.

L'orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità ha ribadito che la decorrenza del patto di non concorrenza non può essere prevista prima della cessazione del rapporto lavorativo poiché non può sussistere il richiamo di cui all'art. 2516 del codice civile riguardante il patto stipulato tra imprenditori che si differenzia da quello tipico del rapporto di lavoro subordinato.

Il limite massimo della decorrenza è di cinque anni se trattasi di dirigenti e di tre anni negli altri casi.

La novità giurisprudenziale consiste nel rimarcare la sostanziale impossibilità della decorrenza del patto durante il rapporto di lavoro in quanto, pur trattandosi di un lavoro parasubordinato come quello di agenti e rappresentanti, è pressoché impensabile che nel periodo lavorativo in cui si è a continuo contatto con l'imprenditore si possa porre in essere attività di concorrenza perché in tal caso, violandosi l'obbligo di fedeltà come per il lavoratore subordinato, sussisterebbe una giusta causa per la risoluzione del contratto.

³⁰ Cass. civ., Sez. lav., 08 giugno 2001, n. 7814.

CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO

Legge n. 133/2008: luci ed ombre

di Maria Mangiatordi

Sommario: 1. Il contratto a tempo determinato nello scenario comunitario e nazionale. 2. L'evoluzione normativa in materia di contratto a termine e la disciplina ex d. lgs. n. 368/2001. 3. Le ultime novità introdotte in materia di lavoro determinato dal d. lgs. n. 112/2008 convertito in l. n. 133/2008.

1. Il contratto a tempo determinato nello scenario comunitario e nazionale

L'idea classica di rapporto di lavoro cui siamo abituati è quella di un rapporto caratterizzato da almeno due peculiarità: la subordinazione e l'essere a tempo indeterminato.

Tuttavia, i repentini mutamenti dello scenario economico mondiale hanno costretto l'Europa, dapprima, e l'Italia, successivamente, a rivedere la filosofia sottesa alle legislazioni giuslavoristiche vigenti.

Ecco che si è fatta avanti una nuova idea di cui sempre più si fa uso e in alcuni casi abuso: la "flessibilità", termine questo che allude al "*ricorso all'utilizzo di forme contrattuali anche atipiche, ben lontane dal rigido schema del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, che consentono al datore di contenere il costo del*

lavoro ed acquisire competitività sul mercato"¹.

Sulla scorta delle conclusioni del Consiglio Europeo di Essen, tenutosi nel 1995, che evidenziarono la necessità di provvedimenti atti ad "*incrementare l'intensità occupazionale della crescita, in particolare mediante un'organizzazione più flessibile del lavoro, che risponda sia ai desideri dei lavoratori che alle esigenze della competitività*", nella risoluzione del 09.02.1999 del Consiglio europeo si invitavano "*le parti sociali a tutti i livelli appropriati a negoziare accordi per modernizzare l'organizzazione del lavoro, comprese le forme flessibili di lavoro, al fine di rendere le imprese produttive e competitive e di realizzare il necessario equilibrio tra la flessibilità e la sicurezza*".

Queste, a livello comunitario, le premesse della direttiva 1999/70/CE, recepita nel nostro ordinamento tramite la stesura del d. lgs. n. 368 del 6 settembre 2001.

La portata innovativa del d. lgs. n. 368/2001 è ben evidente nella medesima relazione illustrativa al decreto, che pone l'accento sulla impostazione più semplice del rapporto lavorativo *de quo* e, allo stesso tempo, sull'intento portante della normativa in

¹ Cfr. G. VENETO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Adriatica Editrice, Bari, 2005, p. 208.

questione di arginare il ricorso a comportamenti fraudolenti che, di fatto, inficerebbero gli effetti sperati dal legislatore.

2. L'evoluzione normativa in materia di contratto a termine e la disciplina ex d. lgs. n. 368/2001

Prendendo le mosse dal codice civile, non possiamo non fare riferimento all'art. 2097 il quale stabiliva che il contratto di lavoro *“si reputa a tempo indeterminato se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto”*.

Il legislatore del 1942 aveva, in altri termini, previsto in *maniera alternativa* il ricorso al criterio della specialità del rapporto o a quello della sussistenza di un atto scritto perché il rapporto di lavoro fosse inquadrabile come rapporto a tempo determinato, così derogando alla norma generale per cui il rapporto di lavoro fosse a tempo indeterminato.

Nel 1962 il legislatore interviene sulla materia *de quo*, con la legge n. 230 la quale, abrogando il surriportato art. 2097 c.c., sanciva che affinché il rapporto fosse a tempo determinato era necessario sia che vi fosse la forma scritta, sia che il rapporto fosse caratterizzato da specialità e non più, invece, che i due requisiti fossero alternativi.

Successivamente, la legge n. 230/1962, così come modificata dalla legge n. 196/97 - meglio nota come pacchetto TREU² - è stata a sua volta

² Sul tema, per maggiori approfondimenti si veda G. VENETO, *Lezioni di Diritto del Lavoro*, pp. 208 e 209. Il pacchetto TREU introduce e sviluppa forme di lavoro improntate al concetto di flessibilità per rendere l'offerta di lavoro più adattabile alle variabili esigenze del mercato e fronteggiare il processo di modernizzazione dell'organizzazione del lavoro.

abrogata dal d. lgs. n. 368/2001, emanato in attuazione della direttiva 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

La ratio principale di quest'ultimo intervento legislativo, in perfetta sintonia con le spinte comunitarie, è quella di favorire la maggior occupazione possibile.

A tal fine si è reso necessario abbandonare il precedente impianto legislativo che individuava tassativamente le ipotesi di rapporto a termine, restringendone il campo d'azione, in favore di un'utilizzazione decisamente più ampia e generalizzata, limitata solo dall'indicazione dei casi in cui la stessa è vietata.

L'art. 1, infatti, stabilisce che: *“1. E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. 2. L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente od, indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1. 3. Copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione. 4. La scrittura non è tuttavia necessaria quando la durata del rapporto di lavoro, puramente occasionale, non sia superiore ai dodici giorni”*.

Dalla lettura del comma 1 è evidente che il legislatore abbia proceduto ad una generalizzazione del rapporto di lavoro a tempo determinato, in tutti i casi in cui sussistano *“ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”*, con la precisazione che il termine del rapporto debba risultare da atto scritto (co. 2) e che copia dello stesso debba essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro 5 giorni dall'inizio della

prestazione (co. 3), eccezion fatta per i casi in cui il rapporto abbia natura meramente occasionale e, quindi, non superi i 12 giorni (co. 4).

L'art. 4 ha precisato che il contratto potrà essere prorogato solo quando la sua durata iniziale sia inferiore a 3 anni, per una sola volta, con il consenso del lavoratore.

A tal proposito, la Suprema Corte ha statuito che la forma scritta sia indispensabile solo ai fini dell'apposizione del termine e che la sussistenza dei presupposti per il contratto vada provata dal datore solo se contestati (*ex multis* Cass. Civ., Sez. Lav., Sent. n. 10607/2002).

Ancora, con riferimento all'art. 5, comma 4-bis, la giurisprudenza ha specificato che il limite generale di durata massima in caso di reiterazione di contratti a tempo determinato richiede l'identità delle parti del rapporto di lavoro e l'equivalenza delle mansioni, con la precisazione che quest'ultima non debba essere intesa in termini di mera corrispondenza del livello di inquadramento contrattuale tra le mansioni svolte precedentemente e quelle contemplate nel nuovo contratto, ma vada verificata in concreto analizzando le attività espletate.

Infatti, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha da ultimo stabilito che: *“l'equivalenza tra le nuove mansioni e quelle precedenti deve essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o anche l'arricchimento del patrimonio professionale dal lavoratore acquisito nella pregressa*

fase del rapporto” (Cass. Civ., SS.UU., sent. n. 25033/2006)³.

Quanto al pubblico impiego, il d. lgs. n. 368/01 precisa che le nuove disposizioni siano applicabili, eccezion fatta per la conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato, che resta esclusa perché si rischierebbe di violare quanto previsto dall'art. 97 co. 3 della Carta Costituzionale secondo il quale l'ammissione negli organici del pubblico impiego deve avvenire solo mediante concorso.

Non lo stesso può asserirsi per i rapporti con aziende private, giacché, in questo caso, laddove si registri la violazione delle norme ex L. 368/2001, il contratto si converte automaticamente in contratto a tempo indeterminato.

Ad una attenta disamina, emerge chiaramente come nel decreto si tenda ad ammettere la legittimità dell'apposizione del termine non solo in presenza di una attività meramente temporanea.

Questa impostazione, superata già in parte tramite le ipotesi introdotte della contrattazione collettiva, viene rafforzata dal decreto in esame a tal punto che la stipulazione di un contratto a termine è lecita in tutte le circostanze individuate dal datore di lavoro in virtù di criteri di normalità tecnico-organizzativa o, ancora, per ipotesi sostitutive, purché l'assunzione a termine non assuma una finalità fraudolenta.

Pertanto, l'espressione usata dal legislatore, e cioè *“ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”* rappresenta una clausola generale e aperta, che consente al datore di ricorrere al contratto di lavoro

³ Sul punto si veda *ex multis*, Cass. Civ., Sez. Lav., n. 425/2006, Cass. Civ., Sez. Lav., n. 7453/2005 e Cass. Civ., Sez. Lav., n. 7351/2005.

a tempo determinato, in modo da dare risposte alle esigenze concrete.

Resta fermo il dato della oggettività delle medesime ragioni, in modo tale che le medesime siano verificabili al momento della stipulazione del contratto.

Non è da sottovalutare neanche il riferimento alle “ragioni di carattere sostitutivo”, espressione questa volutamente ampia cosicché sia indifferente per l’ordinamento che il personale da sostituire si sia assentato per ragioni imprevedibili e, quindi, non programmabili.

3. Le ultime novità introdotte in materia di lavoro determinato dal d. lgs. n. 112/2008 convertito in l. n. 133/2008

Il d. lgs. n. 368/2001 è stato da ultimo oggetto di riforma ad opera del d. l. n. 112 del 25.06.2008 - convertito, con modifiche, nella legge n. 133 del 6.08.2008.

Il d.l. n. 112/2008, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, così come convertito in legge ha previsto all’art. 21 alcune modifiche relative alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato⁴.

⁴ **D.L. 112/2008** (convertito, con modifiche in L. n. 133/2008) - Art. 21. *Modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato.*

1. All’art. 1, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dopo le parole “tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” sono aggiunte le seguenti “anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro”.

1-bis. Dopo l’art. 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, è inserito il seguente: “art. 4-bis. *(Disposizione transitoria concernente l’indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine).* 1. Con riferimento ai soli

Si ritiene di dover fermare l’attenzione sul comma 1 dell’art. 21, in base al quale “All’articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dopo le parole «tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» sono aggiunte le seguenti: «anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro»”.

A parere della scrivente l’aver previsto la possibilità di ricorrere al contratto a tempo determinato anche per ragioni afferenti alla “ordinaria attività” datoriale suscita alcune perplessità.

giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente ad indennizzare il prestatore di lavoro con un’indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell’art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni”.

2. All’art. 5, comma 4-bis, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, come modificato dall’art. 1, comma 40, della Legge 24 dicembre 2007, n. 247, dopo le parole “ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti” sono inserite le seguenti: “e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

3. All’art. 5, comma 4-quater, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, come modificato dall’art. 1, comma 40, della legge 24 dicembre 2007, n. 247, dopo le parole “ha diritto di precedenza” sono inserite le seguenti: “fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

4. Decorsi 24 mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali procede ad una verifica, con le organizzazioni sindacali dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, degli effetti delle disposizioni contenute nei commi che precedono e ne riferisce al Parlamento entro tre mesi ai fini della valutazione della sua ulteriore vigenza.

Si rischia, forse, di amplificare gli effetti negativi, già evidenti, connessi al ricorso sempre più frequente a forme di lavoro flessibili e precarie, soprattutto sotto il profilo delle garanzie per il soggetto debole e cioè il lavoratore.

Infatti, se è indubbia la necessità di misurarsi adeguatamente con un mondo che è cambiato notevolmente e che, anche a livello economico, si mostra decisamente più complesso e articolato rispetto a quello di alcuni decenni fa, è altrettanto vero che in nome del progresso e dell'economia non è bene sacrificare diritti conquistati con grande fatica nei secoli, per rendere il lavoro strumento a disposizione e in funzione dell'uomo, giacché quest'ultimo è innegabilmente valore primo e imprescindibile che dà senso alle leggi dell'economia e al diritto stesso.

Ancora, dall'esame delle modifiche apportate all'art. 5, comma 4-*bis* e 5, comma 4-*quater* sembrerebbe potersi riconoscere un ruolo importante alle disposizioni dei contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Ci si chiede, tuttavia, quale sia oggi l'effettiva portata della contrattazione collettiva e quanto essa sia realmente capace di incidere in maniera significativa sul mondo del lavoro.

Si è, poi, in sede di conversione del decreto legge n. 112/2008, inserito il comma 1-*bis* all'art. 21, che prevede che in caso di violazione delle norme del d. lgs. n. 368/01 di cui agli artt. 1, 2 e 4, riguardanti la possibilità e le modalità di apposizione del termine nonché la proroga del contratto a termine, la parte datoriale abbia esclusivamente l'obbligo di indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità

dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della L. n. 604/1966 e successive modifiche e cioè il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'impresa, l'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, il comportamento e le condizioni delle parti.

Per completezza, si precisa in questa sede che la legge n. 133/2008 ha apportato modifiche anche con riferimento ad altre forme contrattuali flessibili, disciplinate dal d. lgs. n. 276/2003, quali i contratti occasionali di tipo accessorio (art. 22), il contratto di apprendistato (art. 23), nonché in materia di adempimenti di natura formale nella gestione dei rapporti di lavoro (art. 39), tramite l'introduzione del Libro Unico del Lavoro che va a sostituire i tradizionali libri paga e libri matricola.

Si ritiene di dover fare alcune brevi considerazioni in merito alle suddette modifiche.

In particolare, con riferimento ai contratti occasionali di tipo accessorio, l'art. 70, co. 1, del d. lgs. n. 276/2003, così come sostituito dalla legge in esame, in alcuni casi ha permesso una più puntuale limitazione delle condizioni necessarie perché si possa ricorrere al lavoro occasionale (si pensi alla lett. f) comma 1, che ha precisato - in relazione alle attività agricole - le dimensioni e la tipologia dell'azienda che potrà farvi ricorso).

Forti dubbi, invece, si avanzano in merito alla lett. a) relativa al lavoro domestico.

Infatti, non si può tacere la circostanza che oggi il lavoro domestico è svolto prevalentemente da immigrate, né si può non ricordare che la normativa vigente in materia di immigrazione stabilisce fra le condizioni per il rilascio del permesso di soggiorno quella per cui è necessaria la sussistenza di un

contratto di lavoro con un minimo di 24 ore settimanali.

Non si comprende, dunque, in che modo un contratto occasionale di tipo accessorio potrebbe garantire il rispetto di siffatta normativa.

Probabilmente sarebbe opportuno delimitare l'ambito *sub* art. 22, co. 1, lett. a), a prestazioni ontologicamente e *de facto* occasionali, escludendo quelle che, pur rientrando nella dicitura di lavoro domestico, mancano del carattere dell'occasionalità.

Dubbi suscitano anche le modifiche apportate ex art. 23 della legge n. 133/2008 in materia di contratto di apprendistato, sia con riferimento alla durata del contratto medesimo sia con riferimento al contenuto degli obblighi formativi.

In relazione al primo profilo, si prende atto che il legislatore ha eliminato le parole "*inferiore a due anni e superiore a sei*" e le ha sostituite con l'espressione "*superiore a sei*" (art. 23, co. 1).

Sarebbe opportuno reinserire una durata minima che sia effettivamente garanzia di poter offrire formazione al lavoratore.

L'aspetto formativo, infatti, è ontologicamente connesso al contratto di apprendistato e non può essere sminuito o, ancor meglio, reso di difficile attuazione per via della durata troppo breve del contratto stipulato.

Nella stessa direzione, sotto il secondo profilo, con riferimento alla modifica ex art. 23, co. 2, sarebbe forse auspicabile la comunicazione alla D.P.L. o agli enti bilaterali, laddove esistenti, dei programmi formativi, per evitare che gli stessi siano, di fatto, inesistenti o inadeguati.

In conclusione, si ritiene di non poter non esprimere forti dubbi e perplessità in relazione agli effetti che siffatte modifiche normative potranno

spiegare in una realtà lavorativa sempre più precaria, meno sicura e di difficile interpretazione per via delle numerose zone d'ombra.

LAVORATORI EXTRACOMUNITARI

Sfruttamento e riduzione in schiavitù in Capitanata

di Daniela Cervellera

Sommario: 1. Lo sfruttamento della mano d'opera agricola in Capitanata. 2. Dallo sfruttamento alla riduzione in schiavitù. 3. Gli interventi istituzionali.

1. Lo sfruttamento della mano d'opera agricola in Capitanata

Più di un secolo e mezzo fa coloro che abitavano tuguri abbandonati, si cibavano di un tozzo di pane e si sottoponevano ad un lavoro massacrante venivano denominati *terrazzani* e vivevano, in Capitanata, in condizioni peggiori degli animali¹.

L'avvento dell'industrializzazione, spostando il centro di interesse lavorativo nelle città, favoriva il graduale sviluppo del fenomeno dello sfruttamento della mano d'opera agricola per effetto del decremento della forza lavoro nelle campagne.

Tale sfruttamento è divenuto nel corso degli anni sempre più indiscriminato ed i sussidi economici governativi erogati per consentire lo sviluppo dell'agricoltura in Capitanata ne hanno, paradossalmente, impedito la modernizzazione e favorito, al contrario, il ricorso alla mano d'opera clandestina, soprattutto immigrata in uno scenario fondato sull'illegalità.

¹ G. SCELISI, *Statistica generale della Provincia in Capitanata*, Top. Giuseppe Bernardoni, Milano, 1967, p. 27.

Il sistema del "caporalato" ha, inoltre, contribuito a favorire l'aumento della criminalità organizzata e del lavoro in nero incrementato dagli stessi braccianti italiani una volta raggiunto il numero di giornate lavorative sufficienti per ottenere il sussidio di disoccupazione.

Questa triste realtà, sconosciuta a politici, operatori sociali e, soprattutto, a coloro che dovrebbero effettuare i controlli, è stata documentata in un reportage per *L'Espresso* del giornalista Fabrizio Gatti², il quale, fintosi un clandestino rumeno in cerca di lavoro nelle campagne del foggiano, ha personalmente vissuto in alloggi fatiscenti ed assistito alle violenze subite, da parte dei padroni, dalle donne e dai lavoratori che richiedevano l'esigua paga.

Analogamente ai *terrazzani* di cento anni fa ancora oggi i clandestini in Capitanata vivono in condizioni di schiavitù o, peggio, come deportati in *lager* riportando il commento fatto dal procuratore antimafia Piero Grasso a seguito del rinvenimento in un campo del foggiano di oltre cento braccianti polacchi costretti a lavorare sotto minaccia anche quindici ore al giorno.

La spirale di oppressione è alimentata dagli imprenditori

² F. GATTI, *Diario dall'Italia: io schiavo in Puglia*, in *L'espresso*, 1 settembre 2006.

dell'agricoltura foggiana che ricorrono al *caporalato* per assumere personale stagionale da retribuire con una paga che varia da 2,50 a 3,00 euro l'ora al lordo del compenso per il *caporale* a fronte di quella di un raccoglitore in Veneto ed in Friuli di 5,80 euro l'ora più i contributi (da 6,20 a 7,00 euro se in nero)³.

Prendere coscienza del *caporalato* significherebbe interrompere questa spirale di oppressione che spinge il bracciante sfruttato a diventare a sua volta un *caporale* per acquisire rispettabilità piuttosto che lottare per porre fine allo sfruttamento con l'intervento di sindacati ed istituzioni, spesso fatiscenti.

Sarebbe auspicabile, come scrive l'antropologa Sara Curci, che si “...*apra una stagione di riflessione e analisi rigorosa del caporalato, dello sfruttamento, del lavoro nero, in grado di affiancarsi all'impegno politico e civile e di orientarlo*”⁴.

2. Dallo sfruttamento alla riduzione in schiavitù

Nonostante l'allarme riguardante lo sfruttamento degli immigrati sia stato più volte denunciato⁵, lo stesso ha trovato in Puglia larga diffusione non solo per effetto della diffusa illegalità

³ La legge prevede una retribuzione ordinaria di 35,00 euro al giorno. I contributi che gli imprenditori devono versare sono stati abbassati dal governo per favorire le assunzioni regolari di circa il 75% mentre quello dell'8,54% che il bracciante deve versare all'INPS è rimasto inalterato.

⁴ S. CURCI, *Nero, invisibile, normale, Lavoro migrante e caporalato in Capitanata*, in, Ed. del Rosone, Foggia, 2007.

⁵ L. LIMOCIA, A. LEO, N. PIACENTE, *Vite bruciate di terra*, Ed. EGA, 1997; F. RAIMONDI, M. RICCIARDI (a cura di), *Lavoro migrante. Esperienza e prospettiva*, Ed. DeriveApprodi, Roma, 2004.

ma, soprattutto, dell'accettazione del fenomeno del *caporalato* quale costume locale nell'intermediazione della mano d'opera che, seppur preesistente è stato in un certo senso favorito dall'abrogazione della L. 23 ottobre 1960, n. 1369⁶.

L'evoluzione normativa del nostro Paese in materia di immigrazione, volta anche all'emersione del lavoro nero, se da un lato ha consentito a qualche minoranza di extracomunitari - lavoratori in nero - di ottenere il permesso il soggiorno per effetto dell'auto-denuncia del datore di lavoro a seguito di sanatoria, dall'altro, avendo gradualmente depenalizzato le responsabilità del datore di lavoro ne ha pregiudicato la posizione della maggior parte di coloro costretti a continuare a lavorare in nero, rischiando l'espulsione.

La legge italiana, considerando più lesiva e, quindi, punibile con maggior rigore (*decreto di espulsione*) il comportamento dell'immigrato clandestino - lavoratore in nero - piuttosto che quella del datore di lavoro che trae profitto dallo sfruttamento del lavoro dello stesso, ha di fatto consentito ai *caporali* di Capitanata di assumere comportamenti criminali nei confronti dei loro sottoposti configuranti i reati di riduzione o mantenimento in schiavitù, di tratta di persone e di acquisto ed alienazione di schiavi, punibili, rispettivamente dagli artt. 600, 601 e 602 del codice penale.

A differenza del lavoratore italiano “in nero”, che può godere del supporto di reti familiari e sociali, quello

⁶ L. 23 ottobre 1960, n. 1369 - Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi. La presente legge è stata abrogata dall'art. 85, D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

straniero, privo del permesso di soggiorno, non ha alcuna tutela formale non potendosi rivolgere né ad agenzie del lavoro né, tantomeno, in caso di abusi, alle forze dell'ordine chiamate ad applicare la legge c.d. Bossi-Fini⁷ che prevede l'espulsione nei casi in cui non ricorrano le condizioni di cui all'art. 18 (*Soggiorno per motivi di protezione sociale*) del testo unico sull'immigrazione⁸ che prevede un permesso di soggiorno speciale per le vittime di tratta degli esseri umani contro gli sfruttatori⁹.

3. Gli interventi istituzionali

Il fenomeno della “tratta dei braccianti” non persiste soltanto per effetto del sistema del *caporalato* ma è alimentato anche dall'omertà, dal disinteresse delle istituzioni locali e non, degli ispettori del lavoro, dei

⁷ L. 30 luglio 2002, n. 189 - Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo.

⁸ D. Lgs. 25 luglio 1998 n. 256 - Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, coordinato ed aggiornato con le modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 380/1998, dal D.Lgs. n. 113/1999, dal D.L. 4 aprile 2002, n. 51, dalla Legge n. 189/2002, dalla Legge n. 289/2002, dal D.Lgs. n. 87/2003, dal D.L. n. 241/2004, dal D.L. n. 144/2005, dal D.Lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, dal D.Lgs. 8 gennaio 2007, n. 5, dal D.L. 15 febbraio 2007, n. 10, dal D.Lgs. 10 agosto 2007, n. 154, dal D.Lgs. 9 gennaio 2008, n. 17 e dal D.L. 23 maggio 2008, n. 92.

⁹ La previsione iniziale dell'art. 18 della legge Turco, consentiva l'uscita dalla condizione di schiavitù attraverso programmi di protezione e di reinserimento anche fuori dei casi previsti dalla legislazione premiale per i pentiti. Tale disposizione, come integrata dal T.U. sull'immigrazione, prevede interventi di protezione sociale e permesso di soggiorno per motivi umanitari “quando siano accertate situazioni di violenza o grave sfruttamento nei confronti di uno straniero ed emergano pericoli per la sua incolumità per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita ad uno dei predetti delitti”.

sindacati e persino delle ASL che si rifiutano di offrire assistenza. Anche il Governo non è esente da responsabilità essendo attribuito allo Stato il potere di concedere o negare un permesso di soggiorno e, quindi, regolare lo *status* giuridico dell'immigrato clandestino.

Se alle regioni non è consentito modificare la quota di flusso riservata agli stagionali, soprattutto nel Meridione, al fine di ampliare il numero di coloro che possano ottenere precipe tutele (contratto di lavoro, iscrizione ai centri per l'impiego) sarebbe d'altronde auspicabile la collaborazione tra istituzioni locali, province e comuni al fine di concertare servizi di accoglienza e, soprattutto, di informazione sui diritti degli immigrati privi di permesso di soggiorno (si pensi alle cure urgenti ospedaliere). Sarebbe altrettanto opportuno favorire progetti di cooperazione internazionale con in paesi di provenienza non solo per favorirvi la creazione di posti lavoro ma soprattutto per rendere edotti gli immigrati dei rischi nei quali potrebbero incorrere se cadessero vittime della criminalità organizzata.

L'incoerenza delle politiche migratorie nazionali è emersa nel corso dell'approvazione della risoluzione comune dell'Europarlamento del 28/09/2006 con la quale si è ritenuto che il considerevole flusso migratorio “*sia la conseguenza di economie mal funzionanti, impoverimento della popolazione, violazione dei diritti umani, degrado ambientale, divario crescente fra paesi ricchi e paesi poveri, guerre civili, guerre per il controllo delle risorse naturali, persecuzioni politiche, instabilità politica, corruzione e dittatura in molti dei paesi d'origine*”.

Inasprire le condizioni per ottenere un permesso di soggiorno, prevedendo l'espulsione per coloro che non

rientrano nelle quote stabilite, secondo la previsione della citata legge Bossi-Fini, non è il metodo più idoneo per scongiurare il massiccio ingresso di extracomunitari in Italia, ma ha solo comportato, al contrario, da un lato, un incremento della clandestinità e dall'altro l'ingolfamento dei CPT (centri di permanenza temporanea) paragonati, come scrive Erri De Luca, nella prefazione al libro di Marco Rovelli¹⁰, a ghetti nazisti: *“CPT neanche il minimo coraggio di nominarli per quello che sono. Del resto i nazisti chiamavano distretto abitativo (wohnungsbezirk) i ghetti in cui insaccavano le vite da distruggere”*.

¹⁰ M. ROVELLI, *Lager italiani*, Ed. BUR, 2007.

PRASSI AMMINISTRATIVA

IL LIBRO UNICO DEL LAVORO

di Mariagrazia Acampora

La fonte legislativa che ha istituito il libro unico del lavoro è il decreto legge n. 112 del 2008 (c.d. manovra d'estate 2008), convertito in legge n. 133 del 2008. Più precisamente la suddetta modifica è intervenuta ad opera degli articoli 39 e 40 del predetto decreto legge.

Ulteriori interventi in materia sono rappresentati:

- dal Decreto ministeriale del 9 luglio 2008: il comma 4 dell'art. 39 prevede l'emanazione da parte del Ministero, entro trenta giorni dall'entrata in vigore del D.L. n. 112/2008, di un decreto, con cui stabilire le modalità e i tempi di tenuta e conservazione del libro unico e disciplinare il relativo regime transitorio;

- Circolare del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali n. 20 del 21 agosto 2008, con cui sono state fornite le prime istruzioni operative al personale ispettivo.

Sostanzialmente il datore di lavoro è obbligato ad istituire e tenere un solo libro, anche in presenza di più posizioni assicurative e previdenziali all'interno dell'azienda oppure in presenza di più sedi di lavoro. Il libro unico assolve diverse funzioni: da un lato, semplificare gli adempimenti del datore di lavoro, essendo stati eliminati tutti i registri (ad esclusione del libro infortuni) e sostituiti con un libro, appunto, unico; dall'altro, fornire al personale ispettivo e di vigilanza un

solo documento da cui risulti lo stato occupazionale dell'impresa; infine, permettere al lavoratore di controllare lo stato effettivo del proprio rapporto di lavoro, anche in questo caso, attraverso la lettura di un solo libro.

L'introduzione del libro unico ha comportato l'abrogazione, implicitamente o esplicitamente, di una serie di norme, che introducevano o disciplinavano i preesistenti libri obbligatori in materia di lavoro.

Schematizzando: dal **18 agosto 2008** sono stati abrogati il *libro matricola* e il *registro d'impresa*;

dal **1° gennaio 2009** è obbligatoria la tenuta del solo *libro unico* (fatta eccezione del libro infortuni);

in regime transitorio, si potrà continuare a tenere il libro paga, nelle sue sezioni paga e presenze, opportunamente compilati e vidimati.

I soggetti obbligati alla tenuta del libro unico sono tutti i datori di lavoro privati. Unica eccezione: *i datori di lavoro domestico*.

E' opportuno, però, fare una specificazione: non dovendo essere più registrati i collaboratori e i coadiuvanti delle imprese familiari, i coadiuvanti delle imprese commerciali e i soci lavoratori di attività commerciali e di imprese in forma societaria, alcuni soggetti non sono obbligati alla tenuta del libro unico. Essi sono:

1. le società cooperative di produzione e lavoro ed ogni altra società, anche di fatto, relativamente al lavoro manuale o non manuale svolto dai soci;
2. le imprese familiari, relativamente al lavoro svolto dal coniuge, dai figli e dagli altri parenti e affini; ciò sia se sia prevista o meno la retribuzione, sia se il lavoro svolto è meramente manuale o non manuale;
3. i titolari di aziende individuali artigiane, purché utilizzino il proprio lavoro o quello dei soci o dei familiari;
4. le società, di persone o di capitali e le ditte individuali del settore terziario, che operino con il solo lavoro del titolare o dei soci lavoratori.

Questa eccezione viene meno tutte le volte in cui una impresa sopra citata assuma un lavoratore dipendente o parasubordinato o configuri un'associazione in partecipazione.

Facendo un passo indietro, infatti, si ribadisce che l'obbligo di tenere il libro unico è previsto per tutti i datori di lavoro privati (essendo in ogni caso escluse le Pubbliche Amministrazioni) e che in esso dovranno essere registrati i dati relativi:

- ai lavoratori subordinati, anche se occupati all'estero;
- ai collaboratori coordinati e continuativi, anche se abbiano sottoscritto un contratto a progetto o siano lavoratori occasionali;
- agli associati in partecipazione con apporto lavorativo, anche se misto.

I dati che devono essere indicati per ciascun lavoratore, secondo quanto stabilito dal comma 1 dell'art. 39 D.L. n. 112/2008, sono:

- nome e cognome;
- codice fiscale;

- qualifica e il livello di inquadramento contrattuale, ove siano presenti;
- retribuzione base;
- anzianità di servizio;
- relativa posizione assicurativa e previdenziale.

Il secondo comma, inoltre, stabilisce che deve essere effettuata qualunque annotazione riguardante dazioni di denaro o in natura, corrisposte o gestite dal datore di lavoro (compresi: rimborsi spesa, trattenute effettuate a qualsiasi titolo, detrazioni fiscali, assegni per il nucleo familiare, prestazioni ricevute da enti e istituti previdenziali). Le voci relative alle somme erogate a titolo di premio o come corrispettivo per il lavoro straordinario effettuato devono essere individuate in maniera specifica.

Tale attenzione è richiesta dal legislatore per assicurare la massima trasparenza nel rapporto di lavoro, a beneficio sia del lavoratore, in quanto parte contrattualmente più debole, sia del datore di lavoro adempiente.

Il libro unico deve contenere il calendario delle presenze di ciascun lavoratore: ogni giorno, quindi, dovranno essere annotati il numero delle ore effettuate, il numero di eventuali ore di lavoro straordinario, le eventuali assenze dal lavoro, le ferie e i riposi. Per i lavoratori che sono retribuiti in misura fissa o con parametri legati allo spazio temporale della giornata o di un periodo maggiore, è sufficiente annotare la sola giornata di presenza al lavoro.

Vi è, inoltre, una serie di specificazioni, dovute alla molteplicità di tipologie di rapporti lavorativi instaurabili nell'attuale mercato del lavoro, su cui è opportuno soffermarsi.

Nel caso in cui il lavoratore non percepisca una retribuzione o non svolga alcuna prestazione lavorativa, come accade nei periodi di attesa dei

lavoratori intermittenti, la registrazione deve avvenire solo in occasione della prima immissione al lavoro e, successivamente, per ogni mese in cui il lavoratore presti la sua attività o percepisca compensi, nonché al termine del rapporto lavorativo. Se il lavoratore, nell'esempio sopra citato, percepisce l'indennità di chiamata, le annotazioni sul libro unico devono essere sempre effettuate.

Non sono soggetti a registrazione i collaboratori coordinati e continuativi o gli associati in partecipazione che prestino la propria attività lavorativa in forma professionale o imprenditoriale e, comunque autonoma.

Per ciò che attiene l'annotazione dei dati dei lavoratori in somministrazione, l'utilizzatore dovrà registrare i dati identificativi del prestatore di lavoro, mentre il somministratore dovrà indicare integralmente tutti i dati (identificativi, calendario presenze e retributivi).

I datori di lavoro agricoli, che assumono un lavoratore per un numero non superiore a 270 giorni all'anno, sono esonerati dal documentare la registrazione delle presenze.

Il datore di lavoro a domicilio, infine, deve annotare nel libro unico del lavoro anche i seguenti dati:

- la data e l'ora di consegna del lavoro;
- la data e l'ora di riconsegna del lavoro;
- la descrizione del lavoro eseguito;
- la specificazione della quantità e della qualità del lavoro eseguito.

I sistemi di tenuta del libro unico, individuati dal Decreto ministeriale del 9 luglio 2008, sono tre:

1. a elaborazione e stampa meccanografica su fogli mobili a ciclo continuo, con numerazione di ogni pagina e vidimazione prima della messa in uso presso l'INAIL o, in alternativa, con numerazione e vidimazione

effettuata dai soggetti autorizzati dall'INAIL, in sede di stampa del modulo continuo;

2. a stampa laser, con autorizzazione preventiva da parte dell'INAIL alla stampa e generazione della numerazione automatica;

3. su supporti magnetici, che garantiscano, oltre alla possibilità di consultare gli stessi in ogni momento, anche l'integrità e l'inalterabilità dei dati in essi contenuti. Questo sistema è esonerato dall'obbligo di vidimazione e autorizzazione, previa apposita comunicazione scritta (anche a mezzo fax o e-mail) alla Direzione Provinciale del Lavoro competente per territorio, prima del suo utilizzo.

Giova sottolineare che, al di là del sistema utilizzato, è necessario, in fase di stampa, attribuire a ciascun foglio una numerazione sequenziale, conservando i fogli deteriorati o annullati. E', inoltre, parallelamente importante evidenziare che non potranno essere istituite sezioni distinte: il libro unico, in altri termini, dovrà essere un documento unitario nella vidimazione, numerazione, registrazione, tenuta e conservazione. L'eventuale elaborazione separata del calendario delle presenze dei lavoratori, all'interno della sequenzialità del libro, non integra gli estremi di un comportamento sanzionabile.

Il libro unico del lavoro deve essere compilato, con i predetti dati, per ciascun mese di riferimento, entro il giorno 16 del mese successivo. Il legislatore uniforma, attraverso questa previsione, il termine ultimo utile per la compilazione a quello relativo ai versamenti contributivi.

Con la consegna al lavoratore di copia delle scritturazioni effettuate sul libro unico, secondo quanto stabilito dal comma 5 del testo in esame, il datore

di lavoro può assolvere all'obbligo di consegna del prospetto paga. L'adempimento si intende assolto anche se la copia consegnata al dipendente non contiene i dati relativi al calendario presenze.

Il comma 6 e 7, invece, disciplinano il profilo sanzionatorio. La violazione dell'obbligo di istituzione e tenuta del libro unico, l'omessa esibizione agli organi di vigilanza, l'omessa o infedele registrazione dei dati (salvo i casi di mero errore materiale), la violazione sui tempi della compilazione o il mancato rispetto del termine di conservazione del libro comportano l'applicazione di una sanzione pecuniaria amministrativa di importo variabile in relazione alla gravità della stessa.

Alle contestazioni delle suddette sanzioni provvedono gli organi di vigilanza, che effettuano gli accertamenti in materia di lavoro e previdenza.

Vi è, infatti, a carico del datore di lavoro o di chi detiene il libro unico, come di seguito si specificherà, un obbligo di esibizione dello stesso agli ispettori all'atto dell'accesso in azienda. Quest'ultimi, se l'ispezione avviene dopo il giorno 16 del mese in corso, potranno richiedere l'esibizione del libro unico aggiornato fino al mese precedente; se, invece, avviene prima, potranno visionare i documenti aggiornati fino a due mesi precedenti. E' comunque salva la possibilità di verificare la corretta instaurazione dei lavoratori trovati al lavoro durante l'accesso ispettivo, mediante l'esame delle comunicazioni obbligatorie.

Il libro unico può essere tenuto, in primo luogo, dal datore di lavoro nella sede legale dell'impresa; egli ha un obbligo di esibizione tempestivo (in altri termini, prima che l'ispettore proceda alla redazione del "verbale di

primo accesso ispettivo") nel luogo in cui si esegue il lavoro, solo quando si tratta di sede stabile di lavoro. In alternativa, l'esibizione può avvenire anche a mezzo fax o posta elettronica.

L'art. 40 del D.L. n. 112/2008, così come specificato dal Decreto ministeriale del 9 luglio 2008, inoltre, ha stabilito che può essere conservato anche presso il consulente del lavoro o degli altri professionisti abilitati, previa comunicazione alla D.P.L. competente del nome di colui al quale è stato conferito l'incarico di tenuta e cura del documento. In questo caso, l'omissione di esibizione si configura solo trascorsi 15 giorni dalla richiesta espressamente formulata nel verbale di primo accesso ispettivo, senza che vi sia un legittimo impedimento all'esibizione stessa.

Identico *iter* nel caso in cui il datore affidi il libro all'associazione di categoria di sua appartenenza.

L'art. 4 del D.M. del 9/7/2008 stabilisce che, in occasione dell'accesso ispettivo e a richiesta degli organi preposti ai controlli, i datori di lavoro, che impiegano più di dieci lavoratori od operano con più sedi stabili di lavoro ed elaborano il libro unico, devono esibire elenchi riepilogativi mensili dei lavoratori occupati e dei dati individuali relativi alle presenze, alle ferie e ai tempi di lavoro e riposo. Il successivo art. 5, anche ai fini dell'obbligo di esibizione tempestiva di cui all'art. 3, specifica che per "sede stabile di lavoro" bisogna intendere <<qualsiasi articolazione autonoma dell'impresa, stabilmente organizzata, che sia idonea ad espletare, in tutto o in parte, l'attività aziendale e risulti dotata degli strumenti necessari, anche con riguardo alla presenza di uffici amministrativi>>.

Il datore di lavoro ha l'obbligo di conservare il libro unico per la durata

di cinque anni dalla data dell'ultima registrazione, secondo quanto stabilito dall'art. 6 del D.M. del 9 luglio. Il secondo comma del medesimo articolo estende il predetto onere anche ai libri obbligatori in materia di lavoro, dismessi in seguito all'entrata in vigore della normativa esaminata.

Un'altra novità, che si configura con l'introduzione del libro unico e la contestuale abrogazione del libro matricola, è rappresentata dalla modifica della normativa che obbliga il datore di lavoro alla consegna della dichiarazione di assunzione al lavoratore. L'art. 40 del D.L. n. 112, infatti, ha modificato l'art. 4 *bis*, comma 2, del D.L. n. 181/2000, imponendo al datore di lavoro, pubblico e privato, l'obbligo di consegnare al lavoratore, all'atto dell'assunzione e prima dell'inizio dell'attività lavorativa:

- o una copia della comunicazione attestante l'instaurazione del rapporto di lavoro;
- oppure una copia del contratto individuale di lavoro, contenente tutte le informazioni relative all'instaurazione e allo svolgimento del rapporto di lavoro.

Precedentemente alla modifica di cui sopra, la dichiarazione di assunzione doveva contenere i dati di iscrizione al libro matricola.

L'introduzione del libro unico del lavoro incide anche sulla irrogazione, da parte del personale ispettivo, della c.d. maxisanzione contro il lavoro sommerso.

Ciò in quanto il libro unico costituisce lo strumento attraverso il quale gli ispettori potranno verificare la presenza o meno di lavoratori "in nero". Più precisamente, con l'abrogazione del libro matricola e dell'obbligo di iscrizione preventiva, il personale ispettivo dovrà verificare, in

primo luogo, se sono state effettuate le comunicazioni obbligatorie di instaurazione del rapporto di lavoro; successivamente, chiedere al datore di lavoro, oppure a colui a cui è stato dato l'incarico di tenere il libro unico, l'esibizione dello stesso.

Nel caso in cui i lavoratori risultino occupati in assenza di comunicazione preventiva, non vi sia alcuna annotazione dei loro dati sul libro unico e la volontà di "dichiarare" la presenza del prestatore di lavoro non derivi da altri adempimenti obbligatori precedentemente assolti, il personale ispettivo procederà alla contestazione di una sanzione pecuniaria amministrativa. L'importo della stessa varia da 1.500 a 12.000 euro per ciascun lavoratore, maggiorata di 150 euro per ciascuna giornata di lavoro effettivo.

Il libro unico, perciò, nella sua ottica semplificatrice, potrà essere uno strumento utile anche per contrastare il lavoro sommerso. Si è voluto concludere con l'incidenza che l'introduzione dello stesso avrà sulla rilevazione del lavoro "in nero", per concentrare la riflessione su un inadempimento che, indirettamente, ha riflessi su aspetti sostanziali della vita dei lavoratori e, non solo, su quelli meramente giuridici.

CASI PRATICI DI CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI

di Silvia Ardua D'Alesio

Sommario: 1. Introduzione. 2. Collaborazione a progetto o lavoro subordinato "mascherato"? 3. L'Associazione in partecipazione con apporto di solo lavoro. 4. Appalto genuino o somministrazione abusiva? 5. Assunzione a part-time. 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Da quando è stata costituita, con decreto del 25 novembre 2004, la Commissione di Certificazione presso la Direzione Provinciale del Lavoro di Bari ha ricevuto 82 istanze di certificazione di contratti di lavoro, attinenti, nella maggioranza, a collaborazioni a progetto.

Un numero contenuto rispetto alla intrinseca portata innovativa della certificazione dei contratti nell'ambito degli strumenti di composizione extragiudiziale delle questioni di lavoro.

E' utile ricordare, infatti, che quasi vent'anni fa l'illustre Marco Biagi già l'aveva in mente, quale sistema di prevenzione delle controversie di lavoro da attivare al momento genetico della formulazione di un contratto individuale di lavoro, al fine di fare chiarezza e dare certezza sulla tipologia scelta dalle parti.

In presenza di un contratto certificato da un organo terzo e *super partes*, eventuali, successive questioni avrebbero riguardato solo la difformità dell'esecuzione concreta del rapporto rispetto alla tipologia certificata. *Nell'ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori del 1997*, la certificazione doveva avere il fine pratico di "stoppare" le controversie sulla qualificazione *ex post* del rapporto stesso prima del giudice ordinario, secondo quanto fanno, in realtà, le Commissioni di conciliazione ex articolo 410, comma 3, c.p.c. presso le Direzioni Provinciali del lavoro¹.

L'intuizione di Biagi fu grande, perché sia ieri che oggi la stragrande maggioranza delle cause di lavoro pendenti davanti al giudice ha ad oggetto proprio l'esatta qualificazione della natura del rapporto di lavoro, in senso autonomo o subordinato, con tutte le conseguenze contrattuali e contributive del caso.

L'effetto deflativo del contenzioso giudiziario era ulteriormente ribadito, sempre nell'idea di Biagi, con la previsione dell'obbligo per le parti, in ipotesi di controversia successiva, di esperire prima un tentativo obbligatorio di conciliazione davanti

¹ L. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in Working Papers C.S.D.L.E., Massimo D'Antona, n. 23/2003.

alla stessa Commissione che aveva certificato il loro contratto.

La certificazione viene, infine, codificata all'articolo 5 della legge 14 febbraio 2003 n. 30 e collegata, appunto "*al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro*"; questi ultimi diventano "contratti di lavoro" nella previsione successiva del decreto legislativo n. 276/2003.

E, in effetti, la qualificazione riguarda i contratti e non i rapporti di lavoro che continuano a dipendere, nella realtà delle cose, dalla volontà esecutiva delle parti stesse (più che altro del datore di lavoro). Ma il punto di criticità dell'istituto è proprio qui.

Dal momento che la certificazione è attività fondamentale ermeneutica, di esame e comprensione delle parole scritte nel contratto alla luce delle previsioni normative e contrattuali, rimane fuori dalla predetta attività qualsivoglia indagine (in quanto non di competenza della Commissione) sulla esatta esecuzione concreta di quanto formalmente certificato. E' un esame qualificatorio sui requisiti formali e sui contenuti legali basati fondamentale su quanto dichiarano le stesse parti contraenti, trattandosi della fase di stipula del contratto stesso. Eventuali, successivi scostamenti nella concreta esecuzione del contratto appartengono ad un momento successivo che può anch'esso essere suscettibile di procedura certificatoria.

Spetta, infatti, ad altri organi istituzionali accertare che un determinato rapporto di lavoro sia effettivamente esecuzione di un contratto certificato oppure presenti aspetti dubbi, sintomatici, per esempio, di una subordinazione "mascherata" da lavoro a progetto.

A parere della scrivente i contratti certificati dovrebbero essere oggetto di un preciso programma di controllo ispettivo successivo, magari a campione, con l'obiettivo di rendere effettiva e persistente la tutela della parte più debole del rapporto di lavoro, la quale, nonostante la certificazione del contratto, continua ad essere il lavoratore.

Pensare di non collegare l'attività certificatoria a quella propriamente ispettiva significa mantenere in essere un istituto, sicuramente innovativo, ma praticamente privo della sua essenza, ossia quella di deflazionare il contenzioso giudiziario in materia.

E' interessante conoscere gli sviluppi del recentissimo il disegno di legge di iniziativa governativa (n. 1441 *quater*) sulle "*Norme riguardanti le controversie e il processo del lavoro*"², il quale, all'articolo 65, comma 4 (Clausole generali e certificazione), amplia l'ambito della certificazione dalla qualificazione della natura del contratto, cioè se subordinato o autonomo, ad altri aspetti dello stesso, come, orario di lavoro, retribuzione, ecc. Non solo. Circoscrive i poteri del Giudice del lavoro nel caso di ricorso contro un atto di certificazione del contratto di lavoro, (per erronea qualificazione, vizio del consenso o difformità tra il programma contrattuale certificato e quello attuato) nel senso che lo stesso dovrà tener conto in modo vincolante delle valutazioni delle parti del contratto manifestate durante la certificazione (più precisamente in sede di audizione di cui viene redatto apposito verbale). Enfasi sulla volontà delle parti o eccessiva discrezionalità del giudice è il primo, riteniamo giusto, quesito già posto da un organizzazione sindacale. I

² Fonte sito istituzionale www.governo.it.

preannunciati sviluppi fanno presumere, quindi, un potenziamento dell'istituto, quale vero e proprio strumento di *A.D.R.* (le anglosassoni *Alternative Dispute Resolutions*) sulla qualificazione esatta di un rapporto di lavoro. Attraverso la lettura delle relazioni rese da chi scrive durante le riunioni della Commissione di Certificazione della Direzione Provinciale del Lavoro di Bari per la certificazione di un contratto di collaborazione a progetto, di un'associazione in partecipazione, di un part-time e di un appalto è possibile rendersi conto di quale tipo di attività attiene la certificazione, la quale è una procedura "volontaria", nel senso che viene attivata esclusivamente e solo su istanza di entrambe le Parti del contratto di lavoro.

2. Collaborazione a progetto o lavoro subordinato "mascherato"?

Le Parti:

Società X S.r.l. - *Committente*

Sig. (...) - *Resistente* (collaboratore)

RELAZIONE

Con istanza..., le sopra indicate parti hanno richiesto alla Commissione la certificazione del contratto di collaborazione a progetto. Elementi qualificanti la fattispecie, ai sensi della disciplina contenuta negli articoli 61-69 del D. Lgs. 276 del 2003, cui anche i contraenti fanno espresso riferimento nel contratto sono l'autonomia del collaboratore, la coordinazione con il committente, l'irrelevanza del tempo nell'esecuzione della prestazione e il requisito fondamentale del progetto (programma di lavoro o fase di esso). Nella fattispecie, trattandosi di un committente che ha come oggetto

sociale "la promozione ed offerta all'utenza di servizi e prodotti di telefonia...", attraverso un'attività tipica di *call center*, assume importanza il riferimento alla recente circolare Ministeriale (la n. 17 del 14 giugno 2006) sulle co.co.pro. nei call center. Pertanto, a seguito dell'esame da parte della sottoscritta relatrice del contratto in questione e del progetto ivi descritto, alla luce delle predette disposizioni normative, oltre che delle linee guida alla certificazione della Circolare Ministeriale n. 1 del 2004, secondo il parere della scrivente è possibile certificare il contratto tra la Società X e il sig. (...) quale contratto di collaborazione coordinata e continuativa nella modalità a progetto.

Infatti, emerge chiaramente dalla formulazione letterale delle pattuizioni che il collaboratore svolgerà "l'attività di promozione ed offerta di determinati e specifici servizi e prodotti di telefonia quali pc, adsl, linee telefoniche..." diretta in particolare a nuclei familiari e a professionisti in "piena autonomia tecnica ed organizzativa, senza alcun vincolo di subordinazione e di rispetto di orario di lavoro...". Lo stesso compenso, a cui si aggiunge un "bonus" premiale, è svincolato dall'elemento temporale ed è collegato al raggiungimento di alcuni indici di produttività. La coordinazione con il committente viene effettuata per il tramite di un *supervisor* della Società, presente, di regola, nei locali di lavoro, individuato nella persona della sig.ra (...) e anche attraverso riunioni periodiche per fare il punto della situazione. La professionalità del collaboratore è stata preventivamente accertata dalla Società attraverso un colloquio ed un esame del curriculum cui è seguita la frequentazione di uno specifico corso di formazione della

durata di una settimana. Alla luce delle disposizioni ministeriali sui call center, lo stesso sistema informatico, chiamato *predictive*, di cui si avvale il collaboratore, consente a quest'ultimo di gestire in piena autonomia il proprio lavoro, in quanto non vincola assolutamente lo stesso a richiamate automatiche (cosiddette *recall*). La scheda tecnica sul funzionamento del sistema (allegata alla documentazione) mostra come l'operatore sia libero di scegliere fra varie opzioni, cioè se, quando, come rispondere alla chiamata generata automaticamente dal software. Tuttavia, si suggerisce di chiedere alle Parti in sede di audizione, le seguenti precisazioni, per una migliore chiarezza delle pattuizioni da loro sottoscritte:

- a) se l'Azienda, alla scadenza della campagna promozionale e, quindi, del contratto, si considera, comunque, soddisfatta della realizzazione del progetto da parte del collaboratore a prescindere dalla quantità dei prodotti e servizi offerti all'utenza da quest'ultimo;
- b) regolare dal punto di vista del compenso l'ipotesi del recesso anticipato con riguardo al risultato (la circolare n. 1 del 2004 sulle co.co.pro. prevede, infatti, che le parti possano anche escludere o ridurre il compenso qualora il risultato non sia stato raggiunto o sia stato realizzato solo parzialmente).

Bari, 12 gennaio 2006

BREVE COMMENTO

Interessante per l'attività di certificazione in generale è conoscere gli orientamenti della più recente Giurisprudenza sulla tipologia contrattuale da qualificare. Sulla definizione di lavoro a progetto, per

fare un'esempio, la Corte di Appello di Firenze con sentenza del 29 gennaio 2008 n. 100 (Pres. est. Amato)³ ha ulteriormente ribadito l'orientamento giurisprudenziale costante della necessaria esistenza di un progetto che deve essere "*dotato di una sua compiutezza ed autonomia ontologica realizzato dal collaboratore con la propria prestazione e reso all'impresa quale adempimento della propria obbligazione, ad adempimento istantaneo seppure ad esecuzione prolungata nel tempo, volta alla realizzazione di un bene o servizio in vantaggio del committente*" (da nota a commento della sentenza di Marco Papaleoni), insomma un'attività ben precisa, definita e individuata a priori. L'elemento, quindi, caratterizzante il *nomen iuris* di contratto di lavoro a progetto ai sensi dell'art. 61 D. Lgs. 276/2003 dovrà risiedere proprio nell'attività progettuale specifica proiettata al raggiungimento di un risultato finale, ritenuto così rilevante dalle parti tanto da indurle a sottoscrivere il relativo contratto. Un esame rigoroso in tal senso porterà ad escludere, almeno formalmente, che si possa trattare di un lavoro subordinato.

Infatti, il legislatore delegato, nel ribadire il rilievo tipizzante della connessione con uno "*specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso*" ha sancito due ipotesi di trasformazione della collaborazione a progetto in rapporto di lavoro subordinato: nel caso in cui per le modalità concrete di esecuzione del rapporto esistano indici della subordinazione (art. 69, co. 2) e quando la collaborazione sia instaurata

³ In Massimario di Giurisprudenza del lavoro, ottobre 2008 n. 10, Ed. IISole24Ore.

“senza l’individuazione di uno specifico progetto...”⁴ (art. 61, co. 1).

3. L’Associazione in partecipazione con apporto di solo lavoro

Le Parti:

Ditta X - *Associante*

Sigg.ri (...) - *Associati*

RELAZIONE

Con istanza..., le parti indicate sopra hanno richiesto alla Commissione la certificazione dei contratti da loro stipulati di associazione in partecipazione con apporto di solo lavoro. Nei casi di specie, l’Impresa associate è la s.r.l. con sede ad Altamura, avente ad oggetto sociale, come da visura effettuata, il commercio al dettaglio di articoli e accessori di abbigliamento e calzature, la produzione, importazione ed esportazione, il commercio di tessuti, di articoli, di abbigliamento e confezioni, calzature e attrezzature sportive, ecc. Gli associati sono ben 18, un numero abbastanza elevato rispetto al totale dei lavoratori dell’azienda (30). Occorre, quindi, oggi, prestare una particolare attenzione durante l’esame dei contratti finalizzato al giudizio qualificatorio relativo all’associazione in partecipazione. Infatti, in linea teorica, quest’ultimo è un contratto, previsto dagli articoli 2549-2554 c.c., caratterizzato dalla peculiarità dello scambio delle prestazioni tra i due contraenti, nel senso che l’associante conferisce all’associato una partecipazione agli utili della sua impresa o ad uno o più affari in ragione di un determinato

apporto che può essere costituito da somme di danaro, opere, beni o servizi. Non si determina un rapporto di società, in quanto non viene creato alcun patrimonio societario. L’associante è il titolare e il responsabile della gestione dell’azienda o dell’affare; allo stesso sono imputabili gli effetti sui terzi. L’associato può e deve controllare l’andamento dell’impresa e le relative modalità devono essere stabilite nel contratto. In ogni caso ha diritto al rendiconto annuale dell’impresa.

In sostanza si tratta di un lavoro autonomo caratterizzato dall’alea del guadagno. E’ richiamato dalla legge Biagi, proprio con l’intento di evitare un uso distorto dello stesso, in quanto la realtà dei fatti ha rivelato che è uno dei mezzi contrattuali più utilizzati dalle aziende per “mascherare”, almeno formalmente, veri e propri rapporti di lavoro subordinato. Infatti, a mente dell’articolo 86 del D. Lgs. 276/03 la mancanza degli elementi della “partecipazione agli utili” e di “adeguate erogazioni” all’associato fa sì che il rapporto di lavoro venga considerato di tipo subordinato e, pertanto, il lavoratore avrà diritto allo stesso trattamento contributivo ed economico stabilito dai CCNL per il lavoro subordinato. Inoltre un fondamentale contributo all’esatta delimitazione dei confini tra l’associazione in partecipazione e la subordinazione viene fornito dalla giurisprudenza frequente della Cassazione sezione lavoro, la quale sul punto è costante nel ritenere che l’elemento differenziale tra le due fattispecie “*risiede nel contesto regolamentare pattizio in cui si inserisce l’apporto della prestazione lavorativa, dovendosi verificare l’autenticità del rapporto di associazione, che ha come elemento*

⁴ V. Pinto, Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto, Saggio pubblicato in Lavoro e diritti dopo il Decreto legislativo n. 276/2003, a cura di P. Curzio, Bari, Cacucci, 2004.

essenziale, connotante la causa, la partecipazione dell'associato al rischio di impresa, dovendo egli partecipare sia agli utili che alle perdite" (Cass. civ., Sez. lav., 28 maggio 2007, n. 12357 ed anche Cass. civ., Sez. lav., n. 290/2000; Cass. civ., Sez. lav., n. 3578/1999; Cass. civ., Sez. lav., n. 655/1999 e di recente Cass. civ., Sez. lav., n. 9264/2007)⁵. Nella fattispecie in esame, in cui la Società associante era titolare di alcuni punti vendita gestiti dalle lavoratrici, la Suprema Corte di Cassazione ha escluso che quest'ultime partecipassero al rischio di impresa, in quanto percepivano i soli ricavi lordi e non partecipavano alle perdite. Ha, invece, rilevato che le stesse erano soggette al potere di controllo della società e che avevano l'obbligo di produrre un rendiconto periodico all'azienda, tutti indici che consentivano di configurare veri e propri rapporti di lavoro subordinato con tutte le conseguenze di legge e di contratto sotto il profilo retributivo, contributivo e previdenziale. Il richiamo giurisprudenziale, con puro fine indicativo, è, tuttavia, quanto mai pertinente al caso in esame, in quanto la ditta (...) s.r.l. associante è titolare di numerosi punti vendita di abbigliamento, sedi di lavoro degli associati, i quali, secondo la descrizione sommaria del loro apporto lavorativo contenuto nei relativi contratti, dovrebbero, appunto, gestire in piena autonomia i negozi loro affidati. Dunque, ai fini della certificazione dei contratti prodotti quali contratti di associazione in partecipazione occorre escludere *in toto* qualsiasi forma, esplicita o implicita di subordinazione, da intendersi come soggezione del lavoratore al potere direttivo,

organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, considerando anche gli altri indici presuntivi della stessa, e incentrare, invece, l'esame su come le parti hanno letteralmente descritto le modalità della prestazione lavorativa degli associati rispetto agli altri eventuali lavoratori occupati in azienda e se tale descrizione è sufficiente o meno a inquadrare l'associato come una sorta di "capo negozio", dotato di piena autonomia nei fatti, sottoposto unicamente all'alea del guadagno. Infatti, tale indagine si rende ancor più necessaria e irrinunciabile considerato il numero elevato di persone titolari di questo tipo di contratto all'interno dell'azienda. Perplessità nascono dal fatto che esistono altre forme contrattuali più favorevoli per i lavoratori (vista anche la giovane età di alcuni associati), quali l'apprendistato o il part-time, convenienti anche per la ditta stessa.

Come giustificare, infatti, davanti ad un eventuale accesso ispettivo la presenza di ben 18 associati in partecipazione su un totale di 30 lavoratori? Il rischio vero è che la peculiarità di questa figura possa nei fatti confondersi con altri lavoratori subordinati, finendo per sovrapporsi nelle mansioni e nei compiti.

Quindi, pattuizioni assolutamente richieste nel contratto di associazione in partecipazione devono essere quelle riguardanti la natura del contratto, la sua durata, il compenso, il recesso anticipato e la possibilità di prendere visione dei rendiconti economici e dei bilanci. La mancanza di una sola di queste disposizioni non solo non permette la certificazione dello stesso come associazione in partecipazione, ma priverebbe il lavoratore delle più elementari tutele.

Di conseguenza, si suggerisce alle parti di:

⁵ Fonte: www.AmbienteDiritto.it.

- a) esplicitare in modo più preciso e dettagliato le modalità e i criteri distintivi dell'apporto lavorativo dell'associato rispetto ad un lavoratore subordinato, applicato nello stesso punto vendita; per esempio, costituisce già un problema se la scelta degli orari in cui tenere aperto il negozio coincide sempre con la stessa fascia oraria stabilita dall'azienda;
- b) precisare al punto 3 del contratto che non si tratta di una sorta di obbligo di rendiconto periodico in capo all'associato;
- c) togliere il riferimento agli acconti mensili perché descritto in modo generico e non chiaro nelle modalità. Giurisprudenza costante in merito (*Cass. civ. Sez. lav., n. 19475/03; Cass. civ. Sez. lav., n. 1420/02; Cass. civ. Sez. lav. n. 1188/00*)⁶ ha stabilito che prevedere nel contratto erogazioni fisse mensili (sia pure sottoforma di acconti sugli utili) potrebbe comportare il rischio di configurare, in effetti, una retribuzione fissa, da sempre considerata indice rivelatore della subordinazione;
- d) riscrivere il punto 7 così: *“Ai sensi dell’art. 2552 co. 3 c.c. la ditta...S.r.l. ha l’obbligo di fornire la rendicontazione contabile della gestione all’associato attraverso il bilancio aziendale e/o le scritture contabili ogni sei mesi. Sono a carico della ditta tutti gli obblighi di legge, ivi compresi quelli di natura fiscale che riguardano la stessa”*.
- e) aggiungere il seguente punto: *“La ditta.... Srl si obbliga a iscrivere l’associato all’INAIL, qualora ricorrano i presupposti ex D.P.R. 1124/65 ed effettuare gli*

adempimenti previsti dal regime previdenziale (gestione separata INPS)”.

- f) al punto 8 eliminare il riferimento al tempo indeterminato è indicare *“Il contratto avrà inizio il giorno... e terminerà il...., ovvero con l’eventuale cessazione dell’attività. Potrà essere rinnovato tacitamente secondo la volontà comune delle parti stesse”*.
- g) aggiungere il punto seguente: *“In caso di malattia che superi i 15 giorni o di maternità la scadenza contrattuale si intende prorogata di eguale periodo”*.
- h) aggiungere il seguente punto: *“La ditta dichiara di essere in regola con gli adempimenti ex legge 626 con particolare riferimento all’articolo 7”*.

Ricordiamo: Obbligo di comunicazione al Centro per l'impiego: entro il giorno antecedente l'inizio del rapporto di lavoro.

Con la precisazione che oggetto di trattativa tra le parti potrebbero essere clausole più favorevoli relative per esempio alla stipula di una polizza infortuni all'associante o il diritto alla formazione per la durata del rapporto, ecc..

Considerati i presupposti sopra descritti e apportate le modifiche e integrazioni suggerite dalla sottoscritta relatrice, secondo anche finalità di consulenza e assistenza alle parti stipulanti, i contratti in esame potranno essere certificati quali di associazione in partecipazione con apporto di solo lavoro.

Bari, 17 settembre 2007

BREVE COMMENTO

In sede di relazione, la quale avviene prima della convocazione delle parti per la prescritta audizione, il contratto

⁶ Fonte: www.AmbienteDiritto.it.

viene comunque “esaminato” *in toto*, anche nelle pattuizioni che non costituiscono elementi necessari previsti dalle Linee Guida Ministeriali, nell’ambito dell’attività consulenziale utile a definire meglio il rapporto contrattuale. Infatti, *“Particolarmente rilevante risulta essere la fase dell’audizione delle Parti, in quanto così come previsto dall’art. 4 del D.M. 21/04/2004 che riprende i contenuti dell’art. 81 del Decreto legislativo 276/2003, la Commissione svolge, altresì, compiti di consulenza e assistenza per la stipula del contratto e del programma negoziale”*⁷.

4. Appalto genuino o somministrazione abusiva?

Le Parti:

Ditta X - *Appaltatrice*

Ditta Y - *Appaltante*

RELAZIONE

Con istanza del....., le suddette parti hanno richiesto alla Commissione la certificazione del contratto di appalto da loro stipulato ai sensi degli articoli 1655 e seguenti del codice civile. In questo caso, il giudizio qualificatorio deve, in via preliminare, verificare che, formalmente, si tratti della tipologia contrattuale prevista dall’articolo 1655 del codice civile che definisce, appunto, l’appalto come il *“contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro”*. Fermo restando la predetta nozione, secondo il dettato legislativo

del Decreto n. 276 del 2003 art. 29, l’organizzazione dei mezzi da parte della Ditta appaltatrice può anche essere desunta dall’esercizio del potere organizzativo e direttivo dell’appaltatore nei confronti dei lavoratori impiegati nell’appalto e dal possesso della professionalità specifica relativa alla prestazione da effettuare. L’intento della legge è, comunque, quello di distinguere l’appalto dalla somministrazione e di prevenire forme illegittime o illecite di impiego della manodopera, in quanto prive dei requisiti e dei caratteri legali, basti pensare, per esempio, ad un appalto che dissimuli una somministrazione non autorizzata. Altro elemento distintivo da quest’ultima è l’assunzione del rischio di impresa da parte dell’appaltatore durante la gestione dell’appalto. Le linee guida ministeriali per la certificazione di un contratto di appalto suggeriscono che la verifica dell’esistenza del rischio di impresa risulti nel contratto attraverso gli indici della *“preesistenza consolidata dell’impresa rispetto alla stipulazione dell’appalto”*, o come anche dello *“svolgimento da parte dell’appaltatore di un’attività imprenditoriale per conto di una pluralità di committenti”*. L’appaltante è solo coobbligato per il pagamento delle retribuzioni e dei contributi entro un anno dalla cessazione dell’appalto (di servizi), oltre al pagamento del corrispettivo.

Del resto il regime sanzionatorio previsto per casi del genere conferma la volontà del legislatore di tutelare in primo luogo i lavoratori. Difatti, conseguenza diretta di un appalto stipulato in violazione della legge è che il lavoratore può rivolgersi al Giudice del lavoro per costituire un rapporto di lavoro (vedi comma 3-bis dell’art 29 D. Lgs. 276/03). L’attività certificatoria odierna, quindi, è piuttosto delicata,

⁷ Circolare Ministero del Lavoro, D.G. Attività Ispettiva del 15/12/2004 n. 48 in www.lavoro.gov.it.

solo se si considera che la certificazione di un contratto di appalto, allorché si scopra successivamente un difetto dei requisiti di legge del contratto, esclude contestazioni di natura amministrativa fino all'intervento del giudice ex articolo 80 (D. Lgs. 276/03) ma è subito inopponibile in sede penale. Inoltre, proprio in virtù della disposizione dell'articolo 29 del decreto legislativo n. 276/03 ogni contratto di appalto è diverso dall'altro, essendo necessario verificarne di volta in volta la genuinità legata appunto al tipo di servizio fornito ed alla organizzazione di impresa di entrambe le parti coinvolte.

Pertanto, oltre agli articoli del codice civile citati i riferimenti cui attenersi per un corretto giudizio qualificatorio del presente contratto di appalto sono i cosiddetti limiti legali elencati nelle apposite linee guida predisposte dal Ministero ed allegate alla citata Circolare del 15/12/2004 n. 48/04 e l'art. 29 del D.Lgs. 276/03, nell'attesa del decreto del Ministro del lavoro che individui i casi legittimi di stipula di un contratto di appalto di servizi, oltre ai codici di buone pratiche ed agli indici presuntivi cui attenersi in materia. E' opportuno ricordare che oggi si procede ad un esame qualificatorio sui requisiti formali e sui contenuti legali basati fondamentalmente su quanto dichiarano le stesse Parti contraenti, trattandosi della fase di stipula del contratto stesso. Eventuali, successivi scostamenti nella concreta esecuzione dell'appalto appartengono ad un momento successivo che può anch'esso essere suscettibile di procedura certificatoria.

Nel contratto oggi all'esame della Commissione, gli elementi fondamentali dell'appalto, ossia apporto dell'appaltatore, rischio di impresa, previsione dell'obbligo

solidale, oltre gli elementi essenziali del contratto sono elencati in modo sintetico nella nota di integrazione alla istanza di certificazione che, però, andrebbe sottoscritta anche dalla ditta appaltante trattandosi di integrazione ad una istanza firmata da entrambe le parti.

E' opportuno, poi, che la ditta appaltatrice dichiari che i lavoratori sono assunti con regolare contratto di lavoro subordinato e che venga indicato l'oggetto sociale della ditta appaltante della quale conosciamo in sostanza solo la sede legale e il luogo di svolgimenti del servizio appaltato.

Considerati i presupposti sopra descritti e apportate le modifiche e integrazioni suggerite dalla sottoscritta relatrice, secondo anche finalità di consulenza e assistenza alle parti stipulanti, sarà possibile procedere alla certificazione del contratto in esame.

Bari, 22 settembre 2006

BREVE COMMENTO

Durante la certificazione del contratto di appalto le disposizioni prevedono la partecipazione alla riunione della Commissione di un Ispettore del Lavoro, considerata la particolare attenzione che l'intera normativa e le prescrizioni ministeriali prestano alla necessità di escludere in modo categorico ipotesi di somministrazione abusiva di manodopera "mascherate" da un contratto di appalto.

5. Assunzione a part-time

Le Parti:

Società X S.r.l. - *Datore di lavoro*

Sig.ra (...) - *Lavoratrice*

RELAZIONE

Con istanze del..., le suddette parti hanno chiesto alla Commissione la certificazione di due contratti di assunzione a part-time. Ai sensi della Circolare Ministeriale n. 9 del 2004⁸ e della normativa ivi richiamata (D. Lgs. n. 66 del 2003; D. Lgs. n. 276 del 2003), dopo attento esame dei contenuti dei contratti si suggeriscono le seguenti modifiche ai testi dei contratti che per altro sono identici, per l'esatta qualificazione di questi ultimi come rapporti di lavoro a part-time, secondo la tipologia di lavoro subordinato a tempo indeterminato con orario "inferiore a quello normale" che è fissato a 40 ore settimanali dal D. Lgs. n. 66 del 2003.

Il D. Lgs. 276 del 2003 ha modificato la precedente disciplina sul part-time, rendendo l'istituto più flessibile sotto gli aspetti della gestione dell'orario di lavoro e della richiesta da parte del datore di lavoro di prestazioni straordinarie, supplementari, flessibili od elastiche. In particolare, è da rammentare alle Parti che le clausole elastiche (variazione in aumento e definitiva della prestazione lavorativa nel p.t. verticale o misto) e flessibili (periodi di tempo diversi da quelli concordati) devono essere pattuite per iscritto e il datore di lavoro deve preavvisare il lavoratore con almeno due giorni lavorativi. Questo anche in assenza di disposizioni del C.C.N.L..

Nel caso di specie si tratta di part-time di tipo orizzontale in cui già è specificata la collocazione oraria della prestazione con riferimento ai giorni della settimana. E' consentito il lavoro supplementare (oltre l'orario concordato entro il limite del tempo pieno) la cui regolamentazione rimane

affidata al C.C.N.L., anche se non quello effettivamente applicato. Si tratta di una novità della riforma. In assenza di disposizioni contrattuali collettive le parti possono, comunque, accordarsi sul lavoro supplementare e il consenso del lavoratore può essere dato anche prima dell'inizio della settimana o del mese.

Inoltre, è opportuno rammentare alle parti che la nuova disciplina della legge ha abolito il diritto di precedenza in favore del lavoratore già in part-time, ma qualora l'azienda, nell'intento di fare nuove assunzioni, voglia trasformare il rapporto part-time in tempo pieno, le parti stesse possono inserire tale diritto nel relativo contratto individuale.

Modifiche suggerite:

La paga base oraria indicata nei contratti di euro 4, 96 non corrisponde a quella prevista dal C.C.N.L. Terziario Servizi UNCI/UCICT⁹ richiamato e applicato, che per il 4° livello prevede l'importo mensile di € 880,01 diviso per un coefficiente convenzionale di € 168,00 e, quindi, una paga base oraria di € 5,23.

Bari, 3 maggio 2006

6. Conclusioni

Condividiamo l'auspicio di Antonio Belsito, il quale, nel suo interessante saggio "*Certificazione dei contratti di Lavoro*", si augura che il lavoratore stesso "*possa avere un personale concreto interesse a richiedere la certificazione, che non sia limitato a quello, ovvio, di poter lavorare, ma che derivi dalla consapevolezza di*

⁸ Fonte: Intranet del Ministero del Lavoro.

⁹ Fonte: www.cnel.it.

ottenere migliori garanzie di tutela nel rapporto di lavoro”¹⁰(12).

In effetti, il punto è questo: non è un caso che la certificazione sia, nella pratica, voluta e seguita dalle stesse Aziende, nelle persone dei professionisti abilitati.

Il lavoratore, per lo più, accetta l’iniziativa di conseguenza, non avendo motivazioni sostanzialmente contrarie, a maggior ragione se al primo lavoro.

Per come è strutturata attualmente, la certificazione va a vantaggio del datore di lavoro, in quanto atto opponibile ai terzi, anche in sede di verifica ispettiva. Non è un caso che la maggior parte dei contratti certificati presso le Direzioni Provinciali del Lavoro sono collaborazioni a progetto!

Dunque, ben venga il potenziamento legislativo dell’istituto, purchè quest’ultimo, alla fine, sia strumento di tutela effettiva del lavoratore e di certezza delle regole contrattuali, anche e soprattutto nella concreta esecuzione dei rapporti di lavoro.

* * * * *

Le considerazioni contenute nella presente monografia sono frutto esclusivo del pensiero dell’autrice e non hanno carattere impegnativo per l’Amministrazione di appartenenza.

¹⁰ A. Belsito, *Certificazione dei contratti di lavoro*, L’editrice S.r.l., Foggia, 2006.

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

COLLABORAZIONI CONTINUE E CONTINUATIVE: incostituzionale la cessazione anticipata

di Daniela Cervellera

Corte Costituzionale
Sentenza 5 dicembre 2008 n. 399
(Pres. Flick - Red. Mazzella)

E' illegittima in quanto contraria ai principi di affidamento e ragionevolezza e comunque in contrasto con l'art. 3 della Costituzione la disposizione contenuta nell'art. 86, co. 1, del decreto legislativo n. 276/2003 che prevede la cessazione anticipata delle collaborazioni continuate e continuative già instaurate alla data della sua entrata in vigore che, pertanto, mantengono efficacia fino alla scadenza pattuita dalle parti.

* * * * *

(Omissis)

Ritenuto in fatto

1. Nel corso di un giudizio civile promosso da (...) contro la (...) S.p.A., il Tribunale di Ascoli Piceno ha sollevato, in riferimento agli articoli 3, primo comma, 4, primo comma, e 35, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 86, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30), nel testo in vigore prima della modifica apportata dall'art. 20 del decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251 (Disposizioni correttive del

decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in materia di occupazione e mercato del lavoro), «quantomeno per la parte in cui la disposizione non prevede che le collaborazioni coordinate e continuative mantengano, nel caso in cui il collaboratore lo richieda, la loro efficacia anche oltre la scadenza di legge e fino alla scadenza contrattuale originariamente prevista».

Il rimettente deduce che, con lettera del 26 ottobre 2004, la (...) S.p.A. aveva comunicato al (...) la cessazione del rapporto con lui intercorrente in virtù del contratto di collaborazione coordinata e continuativa stipulato il 1° gennaio 2003, «per sopraggiunta impossibilità dell'oggetto», richiamando l'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 276 del 2003, il quale dispone che «Le collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente, che non possono essere ricondotte a un progetto o a una fase di esso, mantengono efficacia fino alla loro scadenza e, in ogni caso, non oltre un anno dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento. Termini diversi, anche superiori all'anno, di efficacia delle collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente potranno essere stabiliti nell'ambito di accordi sindacali di transizione al nuovo regime di cui al presente decreto, stipulati in sede aziendale con le istanze aziendali dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale».

Il giudice *a quo* prosegue affermando che l'attore aveva sostenuto, in primo luogo, che il contratto di collaborazione era riconducibile ad un progetto; in secondo luogo, che l'art. 86 del d. lgs. n. 276 del 2003 non può essere interpretato nel senso di aver disposto una cessazione automatica ed incondizionata dell'efficacia dei contratti di collaborazione alla scadenza di un anno dalla data di entrata in vigore del predetto decreto legislativo (ossia al 24 ottobre 2004); infine che, se invece il citato art. 86 dovesse essere interpretato in tal senso, allora esso contrasterebbe con gli artt. 1, 3, 4, 24, 35, 36 e 101 della Costituzione.

Il (...) aveva quindi chiesto l'accertamento dell'illegittimità del recesso della (...) S.p.A. dal contratto di collaborazione coordinata e continuativa e la condanna della convenuta all'adempimento di tale contratto ed a corrispondergli i compensi previsti dal contratto, eventualmente a titolo di risarcimento dei danni o, in subordine, a titolo di indennizzo per arricchimento senza causa.

Quanto alla rilevanza della questione, il Tribunale di Ascoli Piceno deduce che l'affermazione dell'attore circa la riconducibilità del contratto stipulato dalle parti del giudizio *a quo* ad un progetto non trova rispondenza negli atti di causa e, dunque, ai fini della decisione della controversia è determinante stabilire se il rapporto di collaborazione sia o meno cessato *ex lege* alla data del 24 ottobre 2004. Al riguardo, il rimettente sostiene che l'art. 86 del d. lgs. n. 276 del 2003, nel disciplinare il regime transitorio del passaggio dai tradizionali contratti di collaborazione coordinata e continuativa ai nuovi contratti a progetto, prevede il mantenimento dell'efficacia dei primi, se stipulati prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo, per la durata massima di un anno, salvo il termine ulteriore eventualmente consentito da accordi sindacali aziendali. Conseguentemente, in difetto – come nella fattispecie oggetto del

giudizio *a quo* – di accordi sindacali, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa in essere alla data del 24 ottobre 2004, dovevano cessare inesorabilmente a quella stessa data, anche se i contraenti avessero stabilito termini di scadenza ad essa successivi.

Ad avviso del Tribunale, l'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 276 del 2003 – quantomeno nella parte in cui non prevede che le collaborazioni coordinate e continuative mantengano, nel caso in cui il collaboratore lo richieda, la loro efficacia anche oltre la scadenza di legge e fino alla scadenza contrattuale originariamente prevista – si porrebbe in contrasto con il canone di ragionevolezza affermato dall'art. 3, primo comma, della Costituzione. Esso, inoltre, violerebbe gli artt. 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost., i quali si riferiscono, non solo al lavoro subordinato, ma anche al lavoro autonomo ed in particolare al lavoro parasubordinato, caratterizzato dalla personalità e continuità di una prestazione collegata funzionalmente con l'organizzazione del committente.

Difatti, le finalità espressamente dichiarate dall'art. 1 del d. lgs. n. 276 del 2003 sono quelle di agevolare la creazione di nuova occupazione e di porre fine agli abusi perpetrati a danno dei lavoratori con le vecchie forme di parasubordinazione. Ed allora, se lo spirito evidente della legge è quello per cui è meglio un lavoro incerto e flessibile piuttosto che nessun lavoro, è assurdo e contraddittorio che la stessa legge determini l'estinzione dei vecchi rapporti di collaborazione, operando retroattivamente su contratti legittimamente stipulati in base alla disciplina normativa previgente.

Il giudice *a quo* aggiunge che la specifica *ratio* dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 276 del 2003 è da rinvenire nell'esigenza di favorire, con il rapido esaurimento di tutti i tradizionali rapporti di collaborazione continuativa e coordinata pendenti al momento di entrata in vigore del decreto legislativo, l'instaurazione di forme

contrattuali maggiormente idonee a tutelare il lavoratore. Tuttavia, per perseguire tale finalità, la norma censurata ha adottato una disciplina che, in concreto, danneggia, invece di tutelare, il lavoratore parasubordinato. Né l'aver consentito agli accordi sindacali stipulati in sede aziendale di stabilire termini maggiori dell'anno per la scadenza delle collaborazioni coordinate e continuative può escludere il dubbio di incostituzionalità della norma, poiché anche tale correttivo conserva il difetto di poter danneggiare il lavoratore se l'accordo sindacale aziendale non intervenga affatto (come nel caso oggetto del giudizio principale) oppure intervenga abbreviando il termine convenzionale senza prevedere garanzie di ulteriore occupazione.

2. E' intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità della questione e, nel merito, ha chiesto che essa sia dichiarata manifestamente infondata.

La questione sarebbe inammissibile per irrilevanza, sia perché il rimettente non ha sufficientemente descritto la fattispecie oggetto del giudizio *a quo*, sia perché la domanda dell'attore dovrebbe comunque essere rigettata per difetto di uno dei suoi presupposti (cioè la riconducibilità del contratto da lui stipulato ad un progetto).

Nel merito, la difesa erariale deduce che l'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 276 del 2003 detta una disciplina per il passaggio dal vecchio al nuovo regime delle collaborazioni coordinate e continuative, perseguendo adeguatamente l'esigenza di evitare forme di stabilizzazione di situazioni transitorie.

Considerato in diritto

1. Il Tribunale di Ascoli Piceno dubita, in riferimento agli articoli 3, primo comma, 4, primo comma, e 35, primo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale

dell'art. 86, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30), nel testo in vigore prima della modifica apportata dall'art. 20 del decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251 (Disposizioni correttive del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in materia di occupazione e mercato del lavoro), «quantomeno per la parte in cui la disposizione non prevede che le collaborazioni coordinate e continuative mantengano, nel caso in cui il collaboratore lo richieda, la loro efficacia anche oltre la scadenza di legge e fino alla scadenza contrattuale originariamente prevista».

1.1. Il d. lgs. n. 276 del 2003 ha introdotto una articolata disciplina dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Tra l'altro, esso stabilisce che, a differenza che nel passato, essi debbono essere riconducibili ad uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore (art. 61, comma 1) e che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'art. 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data della loro costituzione (art. 69, comma 1).

Sono esclusi dal campo di applicazione di tali disposizioni, oltre alle collaborazioni coordinate e continuative stipulate dalle pubbliche amministrazioni (a queste ultime, infatti, il d. lgs. n. 276 del 2003 non si applica: art. 1, comma 2), alcuni particolari rapporti di collaborazione specificamente indicati dall'art. 61 del d. lgs. n. 276 del 2003: agenzia e rappresentanza commerciale (comma 1), prestazioni occasionali (comma 2), professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in albi professionali, rapporti ed attività di collaborazione coordinata e continuativa

comunque rese e utilizzate a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciute dal Comitato Olimpico Nazionale Italiano, componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, partecipanti a collegi e commissioni, coloro che percepiscono la pensione di vecchiaia (comma 3).

1.2. L'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 276 del 2003 detta la disciplina transitoria, disponendo in ordine alle collaborazioni coordinate e continuative che risultavano già stipulate il 24 ottobre 2003, data di entrata in vigore del d. lgs. n. 276 del 2003. Esso, nella versione originaria (che è quella censurata dal rimettente) stabilisce che «Le collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente, che non possono essere ricondotte a un progetto o a una fase di esso, mantengono efficacia fino alla loro scadenza e, in ogni caso, non oltre un anno dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento. Termini diversi, anche superiori all'anno, di efficacia delle collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente potranno essere stabiliti nell'ambito di accordi sindacali di transizione al nuovo regime di cui al presente decreto, stipulati in sede aziendale con le istanze aziendali dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale».

Il successivo art. 20 del d. lgs. n. 251 del 2004 ha modificato il secondo periodo del comma 1 dell'art. 86 del d. lgs. n. 276 del 2003, inserendovi una limitazione alla possibilità per i contratti collettivi aziendali di stabilire termini di efficacia delle collaborazioni stipulate ai sensi della disciplina previgente diversi da quello contemplato dal primo periodo dello stesso comma 1 dell'art. 86: è ora previsto, infatti, che i contratti collettivi in questione non

possono stabilire un termine di efficacia superiore al 24 ottobre 2005.

2. Il Presidente del Consiglio dei ministri ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità della questione per irrilevanza, perché il rimettente non avrebbe sufficientemente descritto la fattispecie oggetto del giudizio *a quo* e perché la domanda dell'attore dovrebbe comunque essere rigettata per difetto di uno dei suoi presupposti (cioè la riconducibilità del contratto da lui stipulato ad un progetto).

2.1. Tale eccezione non è fondata.

Infatti, il rimettente ha indicato le date di stipulazione (antecedente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 276 del 2003) e di scadenza (successiva al 24 ottobre 2004) del contratto ed ha espresso chiaramente la propria convinzione circa il fatto che il rapporto di collaborazione intercorrente tra le parti difettava dei requisiti richiesti dall'art. 61, comma 1, del d. lgs. n. 276 del 2003. Si può quindi concludere agevolmente nel senso dell'applicabilità della norma censurata alla fattispecie e, dunque, di ritenere rilevante la questione.

Non è vero, poi, che, come afferma la difesa erariale, accertata l'impossibilità di ricondurre la collaborazione ad un progetto, ne dovrebbe conseguire comunque il rigetto delle domande proposte dall'attore (condanna della convenuta all'adempimento del contratto ed al pagamento degli emolumenti da questo previsti). Infatti, l'accoglimento dell'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 276 del 2003 determinerebbe l'espunzione dall'ordinamento proprio della norma che priva di efficacia i contratti di collaborazione stipulati prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 276 del 2003 che, come quello oggetto del giudizio *a quo*, non sono riconducibili ad un progetto.

3. Nel merito, la questione è fondata.

Il d. lgs. n. 276 del 2003 ha introdotto una disciplina restrittiva per il particolare tipo di lavoro autonomo costituito dalle collaborazioni coordinate e continuative. Al

di fuori delle eccezioni previste dall'art. 1, comma 2, e dall'art. 61, commi 1, 2 e 3, questo tipo di contratto può ora essere stipulato solamente se sia riconducibile ad uno o più progetti specifici o a programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore (art. 61, comma 1). La novità così introdotta a regime dal d. lgs. n. 276 del 2003 è quella di vietare rapporti di collaborazione coordinata e continuativa che, pur avendo ad oggetto genuine prestazioni di lavoro autonomo, non siano però riconducibili ad un progetto.

Il primo periodo dell'art. 86, comma 1, del d. lgs. n. 276 del 2003, stabilisce l'anticipata cessazione dell'efficacia delle collaborazioni coordinate e continuative già instaurate alla data della sua entrata in vigore. Il predetto divieto è in tal modo esteso anche ai contratti di lavoro autonomo perfettamente leciti al momento della loro stipulazione.

Il conseguente sacrificio degli interessi che le parti avevano regolato nel rispetto della disciplina dell'epoca risulta, sotto questo profilo, irragionevole per contraddittorietà della norma con la sua *ratio*.

Una normativa che lo stesso legislatore definisce come finalizzata «ad aumentare [...] i tassi di occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro» (art. 1, comma 1, d. lgs. n. 276 del 2003) non può ragionevolmente determinare l'effetto esattamente contrario (perdita del lavoro) a danno di soggetti che, per aver instaurato rapporti di lavoro autonomo prima della sua entrata in vigore nel pieno rispetto della disciplina all'epoca vigente, si trovano penalizzati senza un motivo plausibile.

Quest'ultimo non può essere individuato nella mera esigenza di evitare la prosecuzione nel tempo di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa difforni dalla nuova previsione legislativa, poiché l'intento del legislatore di adeguare rapidamente la realtà dei rapporti economici ai modelli contrattuali da esso introdotti non può giustificare, di per se stesso, il

pregiudizio degli interessi di soggetti che avevano regolato i loro rapporti in conformità alla precedente disciplina giuridica.

Tanto più in un contesto in cui il contratto di collaborazione coordinata e continuativa non riconducibile ad un progetto può essere ancora validamente stipulato dalle pubbliche amministrazioni, dalle associazioni e società sportive dilettantistiche, dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, dai partecipanti a collegi e commissioni, dai titolari di pensioni di vecchiaia, nonché per lo svolgimento di professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è richiesta l'iscrizione in albi professionali. Non si tratta, in altri termini, di una fattispecie contrattuale non più presente nell'ordinamento giuridico.

Neppure il secondo periodo del comma 1 dell'art. 86 del d. lgs. n. 276 del 2003, che consente agli accordi sindacali stipulati in sede aziendale di stabilire termini diversi per la cessazione degli effetti delle collaborazioni coordinate e continuative, è immune dall'indicato vizio di incostituzionalità. Tale disposizione, infatti, anche nella formulazione modificata dall'art. 20 del d. lgs. n. 251 del 2004, non esclude che un accordo sindacale non intervenga affatto, né che l'accordo sindacale eventualmente intervenuto preveda un termine di cessazione dell'efficacia della collaborazione inferiore rispetto alla scadenza pattuita dalle parti.

La norma censurata è pertanto intrinsecamente irragionevole e costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 3, primo comma, della Costituzione. Conseguentemente, le collaborazioni coordinate e continuative già stipulate alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 276 del 2003 mantengono efficacia fino alla scadenza pattuita dalle parti.

4. Restano assorbiti gli altri profili di illegittimità costituzionale prospettati nell'ordinanza di rimessione.

P.Q.M.

la Corte Costituzionale *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 86, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30).

(*Omissis*)

* * * * *

- NOTA -

La sentenza n. 399/2008 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 86, comma 1, del D. Lgs. n. 276/2003 ha risolto la questione posta all'attenzione della Consulta dal Tribunale di Ascoli Piceno in merito alla compatibilità della predetta norma con i principi costituzionali sanciti dagli artt. 3, 4 e 35 della Costituzione.

In particolare la Corte ha ritenuto *"intrinsecamente irragionevole"* e contraddittoria con la *ratio* della stessa *"legge Biagi"*¹ nonché *"costituzionalmente illegittima"* per violazione dell'art. 3, comma 1, della Costituzione - assorbendo *"gli altri profili di illegittimità costituzionale prospettati nell'ordinanza di rimessione"* in esso - la previsione normativa, nella parte in cui limitava l'efficacia dei rapporti di lavoro di collaborazione coordinata e continuativa relativi a contratti stipulati antecedentemente alla novella legislativa e non ancora scaduti al periodo massimo di un anno decorrente dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo stesso.

¹ D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla L. 14 febbraio 2003, n. 30.

La Corte ha ragionevolmente evidenziato come sia del tutto contrario alle finalità legislative, tese ad aumentare i tassi di occupazione ed a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro (art. 1 D. Lgs. n. 276/2003), il disposto transitorio che provoca, al contrario, la perdita del posto lavoro per coloro che hanno stipulato contratti sotto il previgente modello legislativo.

Né, tantomeno, deduce la Consulta, *"l'esigenza di evitare la prosecuzione nel tempo di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa difforni dalla nuova previsione legislativa"* può giustificare il pregiudizio verso i rapporti di lavoro tra privati, soprattutto considerato che le collaborazioni coordinate e continuative non riconducibili a progetti specifici possono essere ancora stipulate dalle P.A. - nei confronti delle quali non si applica la disciplina legislativa di cui al decreto del 2003 - e dai privati nelle ipotesi di prestazioni occasionali, professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali, nonché rapporti ed attività di collaborazione coordinata e continuativa tese ed utilizzate a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciute dal C.O.N.I. (art. 61, comma 2 e 3 D. Lgs. n. 276/2003).

Pertanto i contratti di collaborazione continuata e continuativa stipulati prima della entrata in vigore del D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 che ha introdotto i contratti a progetto, conclude la Consulta, *"mantengono efficacia fino alla scadenza pattuita dalle parti"* quando il collaboratore lo richieda.

La previsione normativa di riconducibilità “*ad un o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato*” (art. 61, comma 1²), introdotta dalla cd. riforma Biagi, altrimenti “*considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto*” (art. 69, comma 1³) tendeva da un lato ad impedire l’abuso del lavoro parasubordinato in deroga alle tutele riconosciute al lavoro dipendente e, dall’altro, a regolamentare la durata del contratto limitata al soddisfacimento di esigenze aziendali di carattere temporaneo. Pertanto, a decorrere dalla data del 24 ottobre 2003, non sarebbe stato più possibile stipulare contratti a tempo determinato, come disciplinati dall’art. 409 n. 3 del codice civile⁴.

² D. Lgs. n. 276/2003. Art. 61 - *Definizione e campo di applicazione.*

1. Ferma restando la disciplina per gli agenti e i rappresentanti di commercio, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all’articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l’esecuzione della attività lavorativa.
(Omissis).

³ D. Lgs. n. 276/2003. Art. 69 - *Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto.*

1. I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l’individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell’articolo 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto.
(Omissis).

⁴ Art. 409 c.c. - *Controversie individuali di lavoro.*

Al fine di ricomprendere nella nuova fattispecie i contratti relativi ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa ancora in essere, l’art. 86, comma 1⁵, nella sua formulazione originaria, ne prorogava l’efficacia fino alla loro scadenza e, comunque “*non oltre un anno dalla data di entrata in vigore*” del provvedimento legislativo salvo apposizione di termini diversi previo accordi “*stipulati in sede aziendale con le istanze aziendali dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale*”.

Tale ultima disposizione era stata modificata dall’art. 20 D. Lgs. n. 251/2004⁶ che ne aveva limitato la durata di efficacia dei pregressi contratti di co.co.co. al biennio

Si osservano le disposizioni del presente capo nelle controversie relative a:

(Omissis);

3) rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato;

(Omissis).

⁵ D. Lgs. n. 276/2003. Articolo 86 - *Norme transitorie e finali.*

1. Le collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente, che non possono essere ricondotte a un progetto o a una fase di esso, mantengono efficacia fino alla loro scadenza e, in ogni caso, non oltre un anno dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento. Termini diversi, anche superiori all’anno, di efficacia delle collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente potranno essere stabiliti nell’ambito di accordi sindacali di transizione al nuovo regime di cui al presente decreto, stipulati in sede aziendale con le istanze aziendali dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale.
(Omissis)

⁶ D. Lgs. ottobre 2004, n. 251. Disposizioni correttive del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, in materia di occupazione e mercato del lavoro.

Art. 20 - 1. All’articolo 86, comma 1, del decreto legislativo, le parole: «Termini diversi, anche superiori all’anno, di efficacia» sono sostituite dalle seguenti: «Termini diversi, comunque non superiori al 24 ottobre 2005, di efficacia».

successivo alla data di entrata in vigore della riforma al fine di evitare trattamenti differenziati, nel vigore della nuova disciplina, a quei rapporti di collaborazione prorogabili *sine die* per effetto di quella facoltà riconosciuta dal precedente disposto normativo all'autonomia con la conseguente trasformazione dei rapporti stessi in contratti a tempo indeterminato.

Con circolare n. 1/2004 il ministero del lavoro aveva dato facoltà alle parti di trasformare, nella fase transitoria, le co.co.co. in altre fattispecie contrattuali previste dalla nuova normativa, escludendo, con nota dell'11 maggio 2005 (prot. n. 595) il riconoscimento dell'efficacia, ai fini della proroga, agli accordi conclusi a livello nazionale. Pertanto, nel caso in cui le parti non avessero provveduto a modificare i contratti di co.co.co. in essere adeguandoli ai quelli nuovi legislativamente previsti, il committente avrebbe dovuto far cessare l'esecuzione del contratto alla scadenza prevista.

All'accoglimento dell'eccezione di illegittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 86, comma 1, D. Lgs. n. 276/2006, consegue l'eliminazione dal quadro giuridico della norma che priva di efficacia i contratti di co.co.co. stipulati prima dell'entrata in vigore della riforma del mercato del lavoro e ne ripristina la validità fino alla scadenza inizialmente concordata dalle parti. Tuttavia la pronuncia della Consulta non sembra possa aver giovato a coloro che abbiano cessato, alla data del 24 ottobre 2004, i rapporti di collaborazione in corso per sopravvenuta impossibilità dell'oggetto.

Infatti il recesso datoriale, seppur anticipato rispetto alla scadenza inizialmente pattuita tra le parti e

privo di giusta causa, comporta la cessazione del rapporto di collaborazione in conseguenza della quale non potrà essere richiesta nè la condanna all'adempimento per inapplicabilità a tali rapporti della tutela apprestata dall'art. 18 L. n. 300/70 né quella al risarcimento del danno esclusa dall'art. 1218 c.c. nei casi in cui l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al committente, come quella dell'adozione, da parte del datore di lavoro, di un atto espulsivo in applicazione di una norma poi dichiarata incostituzionale⁷.

⁷ Cass. civ., Sez. lavoro, 03 febbraio 1999, n. 941: *“Al lavoratore licenziato in applicazione di una vigente disposizione legislativa di prepensionamento (...) e poi riassunto in servizio a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della medesima (sentenza n. 60 del 1991 della Corte cost.), non deve essere risarcito il danno derivato dalla mancata percezione delle retribuzioni, stante la mancanza di un illecito addebitabile al datore di lavoro, che intimò il licenziamento senza alcuna colpa, nè possono essergli pagate le retribuzioni in mancanza delle corrispondenti prestazioni lavorative, atteso che il rapporto di lavoro subordinato è retto dal principio della corrispettività, per il quale non può esservi retribuzione senza la corrispondente prestazione lavorativa”*.

Danno esistenziale: limiti alla risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale

di Clarenza Binetti

Cassazione Sezioni Unite Civili
Sentenza 11 novembre 2008 n. 26972
(Pres. Carbone - Cons. Rel. Preden)

Il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata “danno esistenziale”, perché attraverso questa si finisce per portare il danno non patrimoniale all’atipicità, sia pure attraverso l’individuazione dell’apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall’interpretazione costituzionale dell’art. 2059 c.c. che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo la Costituzione.

* * * * *

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

(Omissis)

(A), sottoposto nel maggio del 1989 ad intervento chirurgico per ernia inguinale sinistra, subì la progressiva atrofizzazione del testicolo sinistro che gli fu asportato nel giugno del 1990 in seguito ad inutili terapie antalgiche.

Nel marzo del 1992 convenne in giudizio il dott. (B) e la (K) di (X), assumendo che il secondo intervento era stato reso necessario da errori connessi al primo e domandando la condanna dei convenuti al risarcimento di tutti i danni patiti.

Il Tribunale di (X), con sentenza del 9.7.1998, riconosciuto il danno biologico, condannò i convenuti a versare all’attore la somma ulteriore di £ 6.411.484 a titolo di interessi maturati sulla somma di £ 23.000.000 già corrisposta nel 1995 dall’assicuratore dei convenuti.

Con sentenza n. 1933/04 la corte d’appello di (X) ha rigettato il gravame dell’(A) in punto di liquidazione del danno sui rilievi: che dalla espletata consulenza tecnica era inequivocamente emerso che la perdita del testicolo non aveva inciso sulla capacità riproduttiva, rimasta integra, provocando soltanto un limitato danno permanente all’integrità fisica di (A), apprezzato nella misura del 6%; che la richiesta di liquidazione del danno esistenziale, in quanto formulata per la prima volta in grado di appello, costituiva domanda nuova, come tale inammissibile ex art. 345 c.p.c. nella previgente formulazione; e che del pari inammissibili erano le richieste istruttorie di prove orali articolate per supportare la relativa domanda.

Avverso detta sentenza ricorre per cassazione l’(A), affidandosi a due motivi, illustrati anche da memoria, cui resiste con controricorso (B).

L'intimata (K) di (X) non ha svolto attività difensiva.

All'udienza del 19.12.2007, la terza sezione, rilevato che il ricorso investe questione di particolare importanza, in relazione al cd. danno esistenziale, ha rimesso la causa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, in base alle considerazioni svolte con l'ordinanza resa nel ricorso n. 10517/2004, trattato nella medesima udienza, che ha assunto il n. 4712/2008.

Il Primo Presidente ha disposto l'assegnazione del ricorso alle sezioni unite.

MOTIVI DELLA DECISIONE

A) Esame della questione di particolare importanza

1. L'ordinanza di rimessione n. 4712/2008 - relativa al ricorso n. 10517/2004, alla quale integralmente rinvia l'ordinanza della terza sezione che eguale questione ha ritenuto sussistere nel ricorso in esame - rileva che negli ultimi anni si sono formati in tema di danno non patrimoniale due contrapposti orientamenti giurisprudenziali, l'uno favorevole alla configurabilità, come autonoma categoria, del danno esistenziale - inteso, secondo una tesi dottrinale che ha avuto seguito nella giurisprudenza, come pregiudizio non patrimoniale, distinto dal danno biologico, in assenza di lesione dell'integrità psico-fisica, e dal cd. danno morale soggettivo, in quanto non attiene alla sfera interiore del sentire, ma alla sfera del fare areddituale del soggetto - l'altro contrario.

Osserva l'ordinanza che le sentenze n. 8827 e n. 8828/2003 hanno ridefinito rispetto alle opinioni tradizionali presupposti e contenuti del risarcimento del danno non patrimoniale. Quanto ai presupposti hanno affermato che il danno non patrimoniale è risarcibile non solo nei casi espressamente previsti dalla legge, secondo la lettera dell'art. 2059 c.c., ma anche in tutti i casi in cui il fatto illecito abbia leso un interesse o un valore della

persona di rilievo costituzionale non suscettibile di valutazione economica. Quanto ai contenuti, hanno ritenuto che il danno non patrimoniale, pur costituendo una categoria unitaria, può essere distinto in pregiudizi di tipo diverso: biologico, morale ed esistenziale.

A questo orientamento, prosegue l'ordinanza di rimessione, ha dato continuità la Corte costituzionale, la quale, con sentenza n. 233/2003, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., ha tributato un espresso riconoscimento alla categoria del danno esistenziale, da intendersi quale terza sottocategoria di danno non patrimoniale.

Ricorda ancora l'ordinanza di rimessione che altre decisioni di legittimità hanno ritenuto ammissibile la configurabilità di un tertium genus di danno non patrimoniale, definito "esistenziale": tale danno consisterebbe in qualsiasi compromissione delle attività realizzatrici della persona umana (quali la lesione della serenità familiare o del godimento di un ambiente salubre), e si distinguerebbe sia dal danno biologico, perché non presuppone l'esistenza di una lesione in corpore, sia da quello morale, perché non costituirebbe un mero patema d'animo interiore di tipo soggettivo. Tra le decisioni rilevanti in tal senso l'ordinanza menziona le sentenze di questa Corte n. 7713/2000, n. 9009/2001, n. 6732/2005, n. 13546/2006, n. 2311/2007, e, soprattutto, la sentenza delle Sezioni unite n. 6572/2006, la quale ha dato una precisa definizione del danno esistenziale da lesione del fare areddituale della persona, ed una altrettanto precisa distinzione di esso dal danno morale, in quanto, al contrario di quest'ultimo, il danno esistenziale non ha natura meramente emotiva ed interiore.

L'ordinanza di rimessione osserva poi che al richiamato orientamento, favorevole alla configurabilità del danno esistenziale come categoria autonoma di danno non patrimoniale, si è contrapposto un diverso

orientamento, il quale nega dignità concettuale alla nuova figura di danno.

Secondo questo diverso orientamento il danno non patrimoniale, essendo risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, tra i quali rientrano, in virtù della interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. fornita dalle sentenze n. 8827 e n. 8828/2003, i casi di lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti, manca del carattere della atipicità, che invece caratterizza il danno patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c.. Di conseguenza non sarebbe possibile concepire categorie generalizzanti, come quella del danno esistenziale, che finirebbero per privare il danno non patrimoniale del carattere della tipicità. Tra le decisioni espressione di questo orientamento l'ordinanza menziona le sentenze di questa Corte n. 15760/2006, n. 23918/2006, n. 9510/2006, n. 9514/2007, n. 14846/2007.

Così riassunti i contrapposti orientamenti, l'ordinanza di rimessione conclude invitando le Sezioni unite a pronunciarsi sui seguenti otto "quesiti".

1. Se sia concepibile un pregiudizio non patrimoniale, diverso tanto dal danno morale quanto dal danno biologico, consistente nella lesione del fare areddituale della vittima e scaturente dalla lesione di valori costituzionalmente garantiti.

2. Se sia corretto ravvisare le caratteristiche di tale pregiudizio nella necessaria sussistenza di una offesa grave ad un valore della persona, e nel carattere di gravità e permanenza delle conseguenze da essa derivate.

3. Se sia corretta la teoria che, ritenendo il danno non patrimoniale "tipico", nega la concepibilità del danno esistenziale.

4. Se sia corretta la teoria secondo cui il danno esistenziale sarebbe risarcibile nel solo ambito contrattuale e segnatamente nell'ambito del rapporto di lavoro, ovvero debba affermarsi il più generale principio secondo cui il danno esistenziale trova cittadinanza e concreta applicazione tanto

nel campo dell'illecito contrattuale quanto in quello del torto aquiliano.

5. Se sia risarcibile un danno non patrimoniale che incida sulla salute intesa non come integrità psicofisica, ma come sensazione di benessere.

6. Quali debbano essere i criteri di liquidazione del danno esistenziale.

7. Se costituisca peculiare categoria di danno non patrimoniale il cd. danno tanatologico o da morte immediata.

8. Quali siano gli oneri di allegazione e di prova gravanti sul chi domanda il ristoro del danno esistenziale.

2. Il risarcimento del danno non patrimoniale è previsto dall'art. 2059 c.c. ("Danni non patrimoniali") secondo cui "Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge".

All'epoca dell'emanazione del codice civile l'unica previsione espressa del risarcimento del danno non patrimoniale era racchiusa nell'art. 185 del codice penale del 1930.

La giurisprudenza, nel dare applicazione all'art. 2059 c.c., si consolidò nel ritenere che il danno non patrimoniale era risarcibile solo in presenza di un reato e ne individuò il contenuto nel cd. danno morale soggettivo, inteso come sofferenza contingente, turbamento dell'animo transeunte.

2.1. L'insostenibilità di siffatta lettura restrittiva è stata rilevata da questa Corte con le sentenze n. 8827 e n. 8828/2003, in cui si è affermato che nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione - che, all'art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo - il danno non patrimoniale deve essere inteso nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.

Sorreggono l'affermazione i seguenti argomenti:

a) il cospicuo incremento, nella legislazione ordinaria, dei casi di espresso riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale anche al di fuori

dell'ipotesi di reato, in relazione alla compromissione di valori personali (art. 2 l. n. 117/1998; art. 29, comma 9, l. n. 675/1996; art. 44, comma 7, d.lgs. n. 286/1998; art. 2 l. n. 89/2001, con conseguente ampliamento del rinvio effettuato dall'art. 2059 c.c. ai casi determinati dalla legge;

b) il riconoscimento nella giurisprudenza della Cassazione (a partire dalla sentenza n. 3675/1981) di quella peculiare figura di danno non patrimoniale, diverso dal danno morale soggettivo, che è il danno biologico, formula con la quale si designa la lesione dell'integrità psichica e fisica della persona;

c) l'estensione giurisprudenziale del risarcimento del danno non patrimoniale, evidentemente inteso come pregiudizio diverso dal danno morale soggettivo, anche in favore delle persone giuridiche (sent. n. 2367/2000);

d) l'esigenza di assicurare il risarcimento del danno non patrimoniale, anche in assenza di reato, nel caso di lesione di interessi di rango costituzionale, sia perché in tal caso il risarcimento costituisce la forma minima di tutela, ed una tutela minima non è assoggettabile a limiti specifici, poiché ciò si risolve in rifiuto di tutela nei casi esclusi, sia perché il rinvio ai casi in cui la legge consente il risarcimento del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti la persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di risarcimento del danno non patrimoniale.

2.2. Queste Sezioni unite condividono e fanno propria la lettura, costituzionalmente orientata, data dalle sentenze n. 8827 e n. 8828/2003 all'art. 2059 c.c. e la completano nei termini seguenti.

2.3. Il danno non patrimoniale di cui parla, nella rubrica e nel testo, l'art. 2059 c.c., si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.

Il suo risarcimento postula la verifica della sussistenza degli elementi nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale definito dall'art. 2043 c.c..

L'art. 2059 c.c. non delinea una distinta fattispecie di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma consente la riparazione anche dei danni non patrimoniali, nei casi determinati dalla legge, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, che si ricavano dall'art. 2043 c.c. (e da altre norme, quali quelle che prevedono ipotesi di responsabilità oggettiva), elementi che consistono nella condotta, nel nesso causale tra condotta ed evento di danno, connotato quest'ultimo dall'ingiustizia, determinata dalla lesione, non giustificata, di interessi meritevoli di tutela, e nel danno che ne consegue (danno-conseguenza, secondo opinione ormai consolidata: Corte cost. n. 372/1994; SS.UU. n. 576, 581, 582, 584/2008).

2.4. L'art. 2059 c.c. è norma di rinvio. Il rinvio è alle leggi che determinano i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale. L'ambito della risarcibilità del danno non patrimoniale si ricava dall'individuazione delle norme che prevedono siffatta tutela.

2.5. Si tratta, in primo luogo, dell'art. 185 c.p., che prevede la risarcibilità del danno patrimoniale conseguente a reato ("Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui").

2.6. Altri casi di risarcimento anche dei danni non patrimoniali sono previsti da leggi ordinarie in relazione alla compromissione di valori personali (art. 2 l. n. 117/1998: danni derivanti dalla privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio di funzioni

giudiziarie; art. 29, comma 9, l. n. 675/1996: impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali; art. 44, comma 7, d.lgs. n. 286/1998: adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi; art. 2 l. n. 89/2001: mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo).

2.7. Al di fuori dei casi determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

Per effetto di tale estensione, va ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c., il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.) denominato danno biologico, del quale è data, dagli artt. 138 e 139 d.lgs. n. 209/2005, specifica definizione normativa (sent. n. 15022/2005; n. 23918/2006). In precedenza, come è noto, la tutela del danno biologico era invece apprestata grazie al collegamento tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 32 Cost. (come ritenuto da Corte cost. n. 184/1986), per sottrarla al limite posto dall'art. 2059 c.c., norma nella quale avrebbe ben potuto sin dall'origine trovare collocazione (come ritenuto dalla successiva sentenza della Corte n. 372/1994 per il danno biologico fisico o psichico sofferto dal congiunto della vittima primaria).

Trova adeguata collocazione nella norma anche la tutela riconosciuta ai soggetti che abbiano visto lesi i diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.) (sent. n. 8827 e n. 8828/2003, concernenti la fattispecie del danno da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto).

Eguale sorte spetta al danno conseguente alla violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza, diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità, preservata dagli artt. 2 e 3 Cost. (sent. n. 25157/2008).

2.8. La rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) (sent. n. 8827/2003; n. 15027/2005; n. 23918/2006).

Sul piano della struttura dell'illecito, articolata negli elementi costituiti dalla condotta, dal nesso causale tra questa e l'evento dannoso, e dal danno che da quello consegue (danno-conseguenza), le due ipotesi risarcitorie si differenziano in punto di evento dannoso, e cioè di lesione dell'interesse protetto.

Sotto tale aspetto, il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante (sent. 500/1999), mentre quello del danno non patrimoniale è connotato da tipicità, perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona (sent. n. 15027/2005; n. 23918/2006).

2.9. La risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria.

2.10. Nell'ipotesi in cui il fatto illecito si configuri (anche solo astrattamente: SS.UU. n. 6651/1982) come reato, è risarcibile il danno non patrimoniale, sofferto dalla

persona offesa e dagli ulteriori eventuali danneggiati (nel caso di illecito plurioffensivo: sent. n. 4186/1998; SS.UU. n. 9556/2002), nella sua più ampia accezione di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.

La limitazione alla tradizionale figura del cd. danno morale soggettivo transeunte va definitivamente superata. La figura, recepita per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio, poiché né l'art. 2059 c.c. né l'art. 185 c.p. parlano di danno morale, e tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio, ed era carente anche sul piano della adeguatezza della tutela, poiché la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo (lo riconosceva quella giurisprudenza che, nel caso di morte del soggetto danneggiato nel corso del processo, commisurava il risarcimento sia del danno biologico che di quello morale, postulandone la permanenza. al tempo di vita effettiva: n. 19057/2003; n. 3806/2004; n. 21683/2005).

Va conseguentemente affermato che, nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula "danno morale" non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento.

In ragione della ampia accezione del danno non patrimoniale, in presenza del reato è risarcibile non soltanto il danno non patrimoniale conseguente alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili (come avverrà, nel caso del reato di lesioni colpose, ove si configuri danno biologico per la vittima, o nel caso di uccisione o lesione

grave di congiunto, determinante la perdita o la compromissione del rapporto parentale), ma anche quello conseguente alla lesione di interessi inerenti la persona non presidiati da siffatti diritti, ma meritevoli di tutela in base all'ordinamento (secondo il criterio dell'ingiustizia ex art. 2043 c.c.), poiché la tipicità, in questo caso, non è determinata soltanto dal rango dell'interesse protetto, ma in ragione della scelta del legislatore di dire risarcibili i danni non patrimoniali cagionati da reato. Scelta che comunque implica la considerazione della rilevanza dell'interesse leso, desumibile dalla predisposizione della tutela penale.

2.11. Negli altri casi determinati dalla legge la selezione degli interessi è già compiuta dal legislatore. Va notato che, nei casi previsti da leggi vigenti richiamati in precedenza, il risarcimento è collegato alla lesione di diritti inviolabili della persona: alla libertà personale, alla riservatezza, a non subire discriminazioni.

Non può tuttavia ritenersi precluso al legislatore ampliare il catalogo dei casi determinati dalla legge ordinaria prevedendo la tutela risarcitoria non patrimoniale anche in relazione ad interessi inerenti la persona non aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili, privilegiandone taluno rispetto agli altri (Corte cost. n. 87/1979).

Situazione che non ricorre in relazione ai diritti predicati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la legge n. 88 del 1955, quale risulta dai vari Protocolli susseguitisi, ai quali non spetta il rango di diritti costituzionalmente protetti, poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno (Corte cost. n. 348/2007).

2.12. Fuori dai casi determinati dalla legge è data tutela risarcitoria al danno non

patrimoniale solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona: deve sussistere una ingiustizia costituzionalmente qualificata.

2.13. In tali ipotesi non emergono, nell'ambito della categoria generale "danno non patrimoniale", distinte sottocategorie, ma si concretizzano soltanto specifici casi determinati dalla legge, al massimo livello costituito dalla Costituzione, di riparazione del danno non patrimoniale.

E' solo a fini descrittivi che, in dette ipotesi, come avviene, ad esempio, nel caso di lesione del diritto alla salute (art. 32 Cost.), si impiega un nome, parlando di danno biologico. Ci si riferisce in tal modo ad una figura che ha avuto espresso riconoscimento normativo negli artt. 138 e 139 d.lgs. n. 209/2005, recante il Codice delle assicurazioni private, che individuano il danno biologico nella "lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di reddito", e ne danno una definizione suscettiva di generale applicazione, in quanto recepisce i risultati ormai definitivamente acquisiti di una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Ed è ancora a fini descrittivi che, nel caso di lesione dei diritti della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.), si utilizza la sintetica definizione di danno da perdita del rapporto parentale.

In tal senso, e cioè come mera sintesi descrittiva, vanno intese le distinte denominazioni (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale) adottate dalle sentenze gemelle del 2003, e recepite dalla sentenza, n. 233/2003 della Corte costituzionale.

Le menzionate sentenze, d'altra parte, avevano avuto cura di precisare che non era proficuo ritagliare all'interno della generale categoria del danno non patrimoniale

specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo (n. 8828/2003), e di rilevare che la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. doveva essere riguardata non già come occasione di incremento delle poste di danno (e mai come strumento di duplicazione del risarcimento degli stessi pregiudizi), ma come mezzo per colmare le lacune della tutela risarcitoria della persona (n. 8827/2003). Considerazioni che le Sezioni unite condividono.

2.14. Il catalogo dei casi in tal modo determinati non costituisce numero chiuso.

La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana.

3. Si pone ora la questione se, nell'ambito della tutela risarcitoria del danno non patrimoniale, possa inserirsi, come categoria autonoma, il c.d. danno esistenziale.

3.1. Secondo una tesi elaborata in dottrina nei primi anni '90 il danno esistenziale era inteso come pregiudizio non patrimoniale, distinto dal danno biologico (all'epoca risarcito nell'ambito dell'art. 2043 c.c. in collegamento con l'art. 32 Cost.), in assenza di lesione dell'integrità psicofisica, e dal cd. danno morale soggettivo (unico danno non patrimoniale risarcibile, in presenza di reato, secondo la tradizionale lettura restrittiva dell'art. 2059 c.c. in collegamento all'art. 185 c.p.), in quanto non attinente alla sfera interiore del sentire, ma alla sfera del fare non reddituale del soggetto.

Tale figura di danno nasceva dal dichiarato intento di ampliare la tutela risarcitoria per i pregiudizi di natura non patrimoniale incidenti sulla persona, svincolandola dai

limiti dell'art. 2059 c.c., e seguendo la via, già percorsa per il danno biologico, di operare nell'ambito dell'art. 2043 c.c. inteso come norma regolatrice del risarcimento non solo del danno patrimoniale, ma anche di quello non patrimoniale concernente la persona.

Si affermava che, nel caso in cui il fatto illecito limita le attività realizzatrici della persona umana, obbligandola ad adottare nella vita di tutti i giorni comportamenti diversi da quelli passati, si realizza un nuovo tipo di danno (rispetto al danno morale soggettivo ed al danno biologico) definito con l'espressione "danno esistenziale".

Il pregiudizio era individuato nella alterazione della vita di relazione, nella perdita della qualità della vita, nella compromissione della dimensione esistenziale della persona. Pregiudizi diversi dal patimento intimo, costituente danno morale soggettivo, perché non consistenti in una sofferenza, ma nel non poter più fare secondo i modi precedentemente adottati, e non integranti danno biologico, in assenza di lesione all'integrità psicofisica.

3.2. Va rilevato che, già nel quadro dell'art. 2043 c.c. nel quale veniva inserito, la nuova figura di danno si risolveva nella descrizione di un pregiudizio di tipo esistenziale (il peggioramento della qualità della vita, l'alterazione del fare non reddituale), non accompagnata dalla necessaria individuazione, ai fini del requisito dell'ingiustizia del danno, di quale fosse l'interesse giuridicamente rilevante leso dal fatto illecito, e l'insussistenza della lesione di un interesse siffatto era ostativa all'ammissione a risarcimento.

Di siffatta carenza, non percepita dalla giurisprudenza di merito, mostratasi favorevole ad erogare tutela risarcitoria al danno così descritto (danno-conseguenza) senza svolgere indagini sull'ingiustizia del danno (per lesione dell'interesse), è stata invece avvertita questa Corte, in varie pronunce precedenti alle sentenze gemelle del 2003.

(*Omissis*).

Altre decisioni hanno riconosciuto, nell'ambito del rapporto di lavoro (e quindi in tema di responsabilità contrattuale, ponendo questione sulla quale si tornerà più avanti), il danno esistenziale da mancato godimento del riposo settimanale (sent. n. 9009/2001) e da demansionamento (sent. n. 8904/2003), ravvisando nei detti casi la lesione di diritti fondamentali del lavoratore, e quindi ricollegando la risarcibilità ad una ingiustizia costituzionalmente qualificata.

(*Omissis*).

3.3. Questi erano dunque i termini nei quali viveva, nelle opinioni della dottrina e nelle applicazioni della giurisprudenza, la figura del danno esistenziale.

Dopo che le sentenze n. 8827 e n. 8828/2003 hanno fissato il principio, condiviso da queste Sezioni unite, secondo cui, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., unica norma disciplinante il risarcimento del danno non patrimoniale, la tutela risarcitoria di questo danno è data, oltre che nei casi determinati dalla legge, solo nel caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata, di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere.

3.4. Come si è ricordato, la figura del danno esistenziale era stata proposta nel dichiarato intento di supplire ad un vuoto di tutela, che ormai più non sussiste.

3.4.1. In presenza di reato, superato il tradizionale orientamento che limitava il risarcimento al solo danno morale soggettivo, identificato con il patema d'animo transeunte, ed affermata la risarcibilità del danno non patrimoniale nella sua più ampia accezione, anche il pregiudizio non patrimoniale consistente nel non poter fare (ma sarebbe meglio dire: nella sofferenza morale determinata dal non poter fare) è risarcibile.

La tutela risarcitoria sarà riconosciuta se il pregiudizio sia conseguenza della lesione

almeno di un interesse giuridicamente protetto, desunto dall'ordinamento positivo, ivi comprese le convenzioni internazionali (come la già citata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la legge n. 88 del 1955), e cioè purché sussista il requisito dell'ingiustizia generica secondo l'art. 2043 c.c.. E la previsione della tutela penale costituisce sicuro indice della rilevanza dell'interesse leso.

3.4.2. In assenza di reato, e al di fuori dei casi determinati dalla legge, pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili purché conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona.

(Omissis).

Altri pregiudizi di tipo esistenziale attinenti alla sfera relazionale della persona, ma non conseguenti a lesione psicofisica, e quindi non rientranti nell'ambito del danno biologico (comprensivo, secondo giurisprudenza ormai consolidata, sia del cd. "danno estetico" che del cd. "danno alla vita di relazione"), saranno risarcibili purché siano conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona diverso dal diritto alla integrità psicofisica.

(Omissis).

3.5. Il pregiudizio di tipo esistenziale, per quanto si è detto, è quindi risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria.

Per superare tale limitazione, è stata prospettata la tesi secondo cui la rilevanza costituzionale non deve attenere all'interesse leso, bensì al pregiudizio sofferto. Si sostiene che, incidendo il pregiudizio di tipo esistenziale, consistente nell'alterazione del fare non reddituale, sulla sfera della persona, per ciò soltanto ad esso va riconosciuta rilevanza costituzionale, senza necessità di indagare la natura dell'interesse leso e la consistenza della sua tutela costituzionale.

La tesi pretende di vagliare la rilevanza costituzionale con riferimento al tipo di pregiudizio, cioè al danno-conseguenza, e non al diritto leso, cioè all'evento dannoso, in tal modo confonde il piano del pregiudizio da riparare con quello dell'ingiustizia da dimostrare, e va disattesa. Essa si risolve sostanzialmente nell'abrogazione surrettizia dell'art. 2059 c.c. nella sua lettura costituzionalmente orientata, perché cancella la persistente limitazione della tutela risarcitoria (al di fuori dei casi determinati dalla legge) ai casi in cui il danno non patrimoniale sia conseguenza della lesione di un diritto inviolabile della persona, e cioè in presenza di ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento dannoso.

3.6. Ulteriore tentativo di superamento dei limiti segnati dalla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. è incentrato sull'assunto secondo cui il danno esistenziale non si identifica con la lesione di un bene costituzionalmente protetto, ma può scaturire dalla lesione di qualsiasi bene giuridicamente rilevante.

La tesi è inaccettabile, in quanto si risolve nel ricondurre il preteso danno sotto la disciplina dell'art. 2043 c.c., dove il risarcimento è dato purché sia leso un interesse genericamente rilevante per l'ordinamento, contraddicendo l'affermato principio della tipicità del danno non patrimoniale.

E non è prospettabile illegittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., come rinvigorito da questa Corte con le sentenze gemelle del 2003, in quanto non ammette a risarcimento, al di fuori dei casi previsti dalla legge (reato ed ipotesi tipiche), i pregiudizi non patrimoniali conseguenti alla lesione non di diritti inviolabili, ma di interessi genericamente rilevanti, poiché la tutela risarcitoria minima ed insopprimibile vale soltanto per la lesione dei diritti inviolabili (Corte cost. n. 87/1979).

3.7. Il superamento dei limiti alla tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali, che

permangono, nei termini suesposti, anche dopo la rilettura conforme a Costituzione dell'art. 2059 c.c., può derivare da una norma comunitaria che preveda il risarcimento del danno non patrimoniale senza porre limiti, in ragione della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno.

Va ricordato che l'effetto connesso alla vigenza di norma comunitaria è quello non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale (Corte cost. n. 170/1984; SS.UU. n. 1512/1998; Cass. n. 4466/2005).

3.8. Queste Sezioni unite, con la sentenza n. 6572/2006, trattando il tema del riparto degli oneri probatori in tema di riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale biologico o esistenziale da demansionamento o dequalificazione, nell'ambito del rapporto di lavoro, hanno definito il danno esistenziale, come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. La pronuncia è stata seguita da altre sentenze (n. 4260/2007; n. 5221/2007; n. 11278/2007; n. 26561/2007).

Non sembra tuttavia che tali decisioni, che si muovono nell'ambito della affermata natura contrattuale della responsabilità del datore di lavoro (così ponendo la più ampia questione della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento di obbligazioni, che sarà trattata più avanti e positivamente risolta), confortino la tesi di quanti configurano il danno esistenziale come autonoma categoria, destinata ad assumere rilievo anche al di fuori dell'ambito del rapporto di lavoro.

Le menzionate sentenze individuano specifici pregiudizi di tipo esistenziale da violazioni di obblighi contrattuali nell'ambito del rapporto di lavoro. In particolare, dalla violazione dell'obbligo dell'imprenditore di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore (art. 2087 c.c.). Vengono in considerazione diritti della persona del lavoratore che, già tutelati dal codice del 1942, sono assurti in virtù della Costituzione, grazie all'art. 32 Cost., quanto alla tutela dell'integrità fisica, ed agli art. 1, 2, 4 e 35 Cost., quanto alla tutela della dignità personale del lavoratore, a diritti inviolabili, la cui lesione dà luogo a risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali, di tipo esistenziale, da inadempimento contrattuale. Si verte, in sostanza, in una ipotesi di risarcimento di danni non patrimoniali in ambito contrattuale legislativamente prevista.

3.9. Palesemente non meritevoli dalla tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, sono i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale, ai quali ha prestato invece tutela la giustizia di prossimità. Non vale, per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto ad essere felici. Al di fuori dei casi determinati dalla legge ordinaria, solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale. (*Omissis*).

3.10. Il risarcimento di pretesi danni esistenziali è stato frequentemente richiesto ai giudici di pace ed ha dato luogo alla proliferazione delle cd. liti bagatellari.

Con tale formula si individuano le cause risarcitorie in cui il danno consequenziale è futile o irrisorio, ovvero, pur essendo oggettivamente serio, è tuttavia, secondo la

coscienza sociale, insignificante o irrilevante per il livello raggiunto.

In entrambi i casi deve sussistere la lesione dell'interesse in termini di ingiustizia costituzionalmente qualificata, restando diversamente esclusa in radice (al dei fuori dei casi previsti dalla legge) l'invocabilità dell'art. 2059 c.c..

(*Omissis*).

3.11. La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza.

Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.).

Entrambi i requisiti devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico (criterio sovente utilizzato in materia di lavoro, sent. n. 17208/2002; n. 9266/2005, o disciplinare, SS.UU. n. 16265/2002).

3.12. I limiti fissati dall'art. 2059 c.c. non possono essere ignorati dal giudice di pace nelle cause di valore non superiore ad euro millecento, in cui decide secondo equità.

La norma, nella lettura costituzionalmente orientata accolta da queste Sezioni unite, in quanto pone le regole generali della tutela risarcitoria non patrimoniale, costituisce principio informatore della materia in tema

di risarcimento del danno non patrimoniale, che il giudice di pace, nelle questioni da decidere secondo equità, deve osservare (Corte cost. n. 206/2004).

3.13. In conclusione, deve ribadirsi che il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata "danno esistenziale", perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione (principi enunciati dalle sentenze n. 15022/2005, n. 11761/2006, n. 23918/2006, che queste Sezioni unite fanno propri).

3.14. Le considerazioni svolte valgono a dare risposta negativa a tutti i quesiti, in quanto postulanti la sussistenza della autonoma categoria del danno esistenziale.

4. Il danno non patrimoniale conseguente all'inadempimento delle obbligazioni, secondo l'opinione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, non era ritenuto risarcibile.

L'ostacolo era ravvisato nella mancanza, nella disciplina della responsabilità contrattuale, di una norma analoga all'art. 2059 c.c., dettato in materia di fatti illeciti.

Per aggirare l'ostacolo, nel caso in cui oltre all'inadempimento fosse configurabile lesione del principio del *neminem laedere*, la giurisprudenza aveva elaborato la teoria del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale (sent. n. 2975/1968, seguita dalla n. 8656/1996, nel caso del

trasportato che abbia subito lesioni nell'esecuzione del contratto di trasporto; sent. n. 8331/2001, in materia di tutela del lavoratore).

A parte il suo dubbio fondamento dogmatico (contestato in dottrina), la tesi non risolveva la questione del risarcimento del danno non patrimoniale in senso lato, poiché lo riconduceva, in relazione all'azione extracontrattuale, entro i ristretti limiti dell'art. 2059 c.c. in collegamento con l'art. 185 c.p., sicché il risarcimento era condizionato alla qualificazione del fatto illecito come reato ed era comunque ristretto al solo danno morale soggettivo.

Dalle strettoie dell'art. 2059 c.c. si sottraeva il danno biologico, azionato in sede di responsabilità aquiliana, grazie al suo inserimento nell'art. 2043 c.c. (Corte cost. n. 184/1986).

4.1. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali.

Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale.

Se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni.

4.2. Che interessi di natura non patrimoniale possano assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, è confermato dalla previsione dell'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione che forma oggetto

dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore.

L'individuazione, in relazione alla specifica ipotesi contrattuale, degli interessi compresi nell'area del contratto che, oltre a quelli a contenuto patrimoniale, presentino carattere non patrimoniale, va condotta accertando la causa concreta del negozio, da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato; sintesi, e dunque ragione concreta, della dinamica contrattuale (come condivisibilmente affermato dalla sentenza n. 10490/2006).

4.3. (*Omissis*).

4.4. (*Omissis*).

4.5. L'esigenza di accertare se, in concreto, il contratto tenda alla realizzazione anche di interessi non patrimoniali, eventualmente presidiati da diritti inviolabili della persona, viene meno nel caso in cui l'inserimento di interessi siffatti nel rapporto sia opera della legge.

E' questo il caso del contratto di lavoro. L'art. 2087 c.c. ("L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro"), inserendo nell'area del rapporto di lavoro interessi non suscettivi di valutazione economica (l'integrità fisica e la personalità morale) già implicava che, nel caso in cui l'inadempimento avesse provocato la loro lesione, era dovuto il risarcimento del danno non patrimoniale.

Il presidio dei detti interessi della persona ad opera della Costituzione, che li ha elevati a diritti inviolabili, ha poi rinforzato la tutela. Con la conseguenza che la loro lesione è suscettiva di dare luogo al risarcimento dei danni conseguenza, sotto il profilo della lesione dell'integrità psicofisica (art. 32 Cost.) secondo le modalità del danno biologico, o della lesione della dignità

personale del lavoratore (artt. 2, 4, 32 Cost.), come avviene nel caso dei pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvano nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa.

Nell'ipotesi da ultimo considerata si parla, nella giurisprudenza di questa Corte (sent. n. 6572/2006), di danno esistenziale. Definizione che ha valenza prevalentemente nominalistica, poiché i danni-conseguenza non patrimoniali che vengono in considerazione altro non sono che pregiudizi attinenti alla svolgimento della vita professionale del lavoratore, e quindi danni di tipo esistenziale, ammessi a risarcimento in virtù della lesione, in ambito di responsabilità contrattuale, di diritti inviolabili e quindi di ingiustizia costituzionalmente qualificata.

4.6. (Omissis).

4.7. Nell'ambito della responsabilità contrattuale il risarcimento sarà regolato dalle norme dettate in materia, da leggere in senso costituzionalmente orientato.

L'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona. Ed eguale più ampio contenuto va individuato nell'art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta, riconducendo tra le perdite e le mancate utilità anche i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione dei menzionati diritti.

D'altra parte, la tutela risarcitoria dei diritti inviolabili, lesi dall'inadempimento di obbligazioni, sarà soggetta al limite di cui

all'art. 1225 c.c. (non operante in materia di responsabilità da fatto illecito, in difetto di richiamo nell'art. 2056 c.c.), restando, al di fuori dei casi di dolo, limitato il risarcimento al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui l'obbligazione è sorta.

Il rango costituzionale dei diritti suscettivi di lesione rende nulli i patti di esonero o limitazione della responsabilità, ai sensi dell'art. 1229, comma 2, c.c. (E' nullo qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione della responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico).

Varranno le specifiche regole del settore circa l'onere della prova (come precisati da SS.UU. n. 13533/2001), e la prescrizione.

4.8. Il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare interamente il pregiudizio, ma non oltre.

Si è già precisato che il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., identificandosi con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica, costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategorie.

Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno.

E' compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione.

4.9. Viene in primo luogo in considerazione, nell'ipotesi in cui l'illecito configuri reato, la sofferenza morale. Definitivamente accantonata la figura del cd. danno morale soggettivo, la sofferenza morale, senza ulteriori connotazioni in termini di durata,

integra pregiudizio non patrimoniale. Deve tuttavia trattarsi di sofferenza soggettiva in sé considerata, non come componente di più complesso pregiudizio non patrimoniale. Ricorre il primo caso ove sia allegato il turbamento dell'animo, il dolore intimo sofferti (...), senza lamentare degenerazioni patologiche della sofferenza. Ove siano dedotte siffatte conseguenze, si rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente. Determina quindi duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale nei suindicati termini inteso, sovente liquidato in percentuale (da un terzo alla metà) del primo. Esclusa la praticabilità di tale operazione, dovrà il giudice, qualora si avvalga delle note tabelle, procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza. Egualmente determina duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno morale, nella sua rinnovata configurazione, e del danno da perdita del rapporto parentale, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita altro non sono che componenti del complesso pregiudizio, che va integralmente ed unitariamente ristorato.

Possono costituire solo "voci" del danno biologico nel suo aspetto dinamico, nel quale, per consolidata opinione, è ormai assorbito il cd. danno alla vita di relazione, i pregiudizi di tipo esistenziale concernenti aspetti relazionali della vita, conseguenti a lesioni dell'integrità psicofisica, sicché darebbe luogo a duplicazione la loro distinta riparazione.

Certamente incluso nel danno biologico, se derivante da lesione dell'integrità psicofisica, è il pregiudizio da perdita o

compromissione della sessualità, del quale non può, a pena di incorrere in duplicazione risarcitoria, darsi separato indennizzo (diversamente da quanto affermato dalla sentenza n. 2311/2007, che lo eleva a danno esistenziale autonomo).

Ed egualmente si avrebbe duplicazione nel caso in cui il pregiudizio consistente nella alterazione fisica di tipo estetico fosse liquidato separatamente e non come "voce" del danno biologico, che il cd. danno estetico pacificamente incorpora.

Il giudice potrà invece correttamente riconoscere e liquidare il solo danno morale, a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte, che sia rimasta lucida durante l'agonia in consapevole attesa della fine. Viene così evitato il vuoto di tutela determinato dalla giurisprudenza di legittimità che nega, nel caso di morte immediata o intervenuta a breve distanza dall'evento lesivo, il risarcimento del danno biologico per la perdita della vita (sent. n. 1704/1997 e successive conformi), e lo ammette per la perdita della salute solo se il soggetto sia rimasto in vita per un tempo apprezzabile, al quale lo commisura (sent. n. 6404/1998 e successive conformi). Una sofferenza psichica siffatta, di massima intensità anche se di durata contenuta, non essendo suscettibile, in ragione del limitato intervallo di tempo tra lesioni e morte, di degenerare in patologia e dare luogo a danno biologico, va risarcita come danno morale, nella sua nuova più ampia accezione.

4.10. Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza (Cass. n. 8827 e n. 8828/2003; n. 16004/2003), che deve essere allegato e provato.

Va disattesa, infatti, la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso, parlando di "danno evento". La tesi, enunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 184/1986, è stata infatti superata dalla

successiva sentenza n. 372/1994, seguita da questa Corte con le sentenze gemelle del 2003.

E del pari da respingere è la variante costituita dall'affermazione che nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe in re ipsa, perché la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo.

Per quanto concerne i mezzi di prova, per il danno biologico la vigente normativa (artt. 138 e 139 d. lgs. n. 209/2005) richiede l'accertamento medico-legale. Si tratta del mezzo di indagine al quale correntemente si ricorre, ma la norma non lo eleva a strumento esclusivo e necessario. Così come è nei poteri del giudice disattendere, motivatamente, le opinioni del consulente tecnico, del pari il giudice potrà non disporre l'accertamento medico-legale, non solo nel caso in cui l'indagine diretta sulla persona non sia possibile (perché deceduta o per altre cause), ma anche quando lo ritenga, motivatamente, superfluo, e porre a fondamento della sua decisione tutti gli altri elementi utili acquisiti al processo (documenti, testimonianze), avvalersi delle nozioni di comune esperienza e delle presunzioni. Per gli altri pregiudizi non patrimoniali potrà farsi ricorso alla prova testimoniale, documentale e presuntiva. Attenendo il pregiudizio (non biologico) ad un bene immateriale, il ricorso alla prova presuntiva è destinato ad assumere particolare rilievo, e potrà costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice, non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore agli altri (v., tra le tante, sent. n. 9834/2002). Il danneggiato dovrà tuttavia allegare tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, siano idonei a fornire la serie concatenata di fatti noti che consentano di risalire al fatto ignoto.

B) Ricorso n. 734/06

1. Con il primo motivo di ricorso è dedotta violazione e falsa applicazione dell'art. 345, comma 1, c.p.c., nel testo vigente prima del 30.4.1995, e vizio di motivazione su punto decisivo, in riferimento alla affermata inammissibilità della domanda di risarcimento del danno esistenziale.

Il ricorrente si duole anzitutto che la corte d'appello abbia ritenuto che la richiesta di risarcimento del danno esistenziale integrasse una domanda nuova senza considerare che essa costituiva la mera riproposizione di richieste già formulate in primo grado. Afferma che, in quella sede, ci si era specificamente riferiti alle singole voci di danno (estetico, alla vita di relazione, alla vita sessuale) che sarebbero state poi ricomprese nella nozione di danno esistenziale, all'epoca non ancora elaborata, e censura la sentenza per aver dato rilievo alla qualificazione giuridica data alla richiesta, piuttosto che alle circostanze di fatto poste a fondamento della domanda originaria: circostanze identiche, come poteva rilevarsi dalla lettura dell'atto di citazione e di quello di appello (i cui passi sono riportati in ricorso), e concernenti lo stato di disagio in cui versava nel mostrarsi privo di un testicolo, con conseguenti ripercussioni negative nella sfera relativa ai propri rapporti sessuali.

Sostiene poi che erroneamente i giudici di merito avevano ritenuto che la nozione di danno alla salute ricomprenda i concreti pregiudizi alla sfera esistenziale, che concerne invece la lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona (che nella specie potevano ritenersi provati anche mediante ricorso a presunzioni).

2. (Omissis).

2.1. Il primo motivo è fondato nei sensi che seguono.

Le considerazioni svolte in sede di esame della questione di particolare importanza consentono di affermare che il pregiudizio della vita di relazione, anche nell'aspetto concernente i rapporti sessuali, allorché dipenda da una lesione dell'integrità

psicofisica della persona, costituisce uno dei possibili riflessi negativi della lesione dell'integrità fisica del quale il giudice deve tenere conto nella liquidazione del danno biologico, e non può essere fatta valere come distinto titolo di danno, e segnatamente a titolo di danno "esistenziale" (punto 4.9).

Al danno biologico va infatti riconosciuta portata tendenzialmente omnicomprensiva confermata dalla definizione normativa adottata dal d. lgs. n. 209/2005, recante il Codice delle assicurazioni private ("per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente dell'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di valutazione medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito"), suscettibile di essere adottata in via generale, anche in campi diversi da quelli propri delle sedes materiae in cui è stata dettata, avendo il legislatore recepito sul punto i risultati, ormai generalmente acquisiti e condivisi, di una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. In esso sono quindi ricompresi i pregiudizi attinenti agli "aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato".

Ed al danno esistenziale non può essere riconosciuta dignità di autonoma sottocategoria del danno non patrimoniale (punto 3.13.).

Nella specie, in primo grado, l'attore aveva fatto valere, tra i pregiudizi denunciati, quello concernente la limitazione dell'attività sessuale nei suoi rapporti interpersonali, qualificandolo come pregiudizio di tipo esistenziale. Il primo giudice aveva riconosciuto il danno biologico, senza considerare il segnalato aspetto attinente alla vita relazionale. Di ciò si era lamentato, con l'appello, l'attore ed aveva richiesto prove a sostegno del dedotto profilo di danno, qualificandolo come

esistenziale (prove che potevano essere richieste in secondo grado, ai sensi dell'art. 345 c.p.c. nel testo previgente, trattandosi di giudizio introdotto prima del 30.4.2005). Ma la corte territoriale ha ritenuto nuova tale domanda e conseguentemente inammissibili le prove.

La decisione non è corretta.

La domanda risarcitoria relativa ai pregiudizi subiti per la limitazione dell'attività sessuale del lesso non era nuova, come è univocamente evincibile dalla sostanziale identità di contenuto delle deduzioni del primo e del secondo grado, al di là della richiesta di risarcimento del "danno esistenziale" subordinatamente formulata col terzo motivo di appello; appello col quale l'attuale ricorrente s'era doluto della inadeguata considerazione delle conseguenze del tipo di lesione subita in relazione alla sua età all'epoca del fatto (45 anni) ed al suo stato civile di celibe.

La corte territoriale ha, dunque, impropriamente fatto leva sul nomen iuris assegnato dall'appellante alla richiesta di risarcimento del pregiudizio che viene in considerazione e che era stato già puntualmente prospettato in primo grado, dove era stato anche correttamente inquadrato nell'ambito del danno biologico.

3. All'accoglimento del primo motivo per quanto di ragione consegue quello del secondo, avendo la corte d'appello escluso che la prova testimoniale fosse ammissibile per la sola ragione che essa si riferiva ad una domanda erroneamente ritenuta nuova.

4. La sentenza va dunque cassata.

5. Il giudice del rinvio, che si designa nella stessa corte d'appello in diversa composizione, non dovrà necessariamente procedere all'ammissione della prova testimoniale, non essendogli precluso di ritenere vero - anche in base a semplice inferenza presuntiva - che la lesione in questione abbia prodotto le conseguenze che si mira a provare per via testimoniale e di procedere, dunque, all'eventuale personalizzazione del risarcimento (nella

specie, del danno biologico); la quale non è mai preclusa dalla liquidazione sulla base del valore tabellare differenziato di punto, segnatamente alla luce del rilievo che il consulente d'ufficio ha dichiaratamente ritenuto di non attribuire rilevanza, nella determinazione del grado percentuale di invalidità permanente, al disagio che la menomazione in questione provoca nei momenti di intimità (ed ai suoi consequenziali riflessi).

6. Il giudice del rinvio liquiderà anche le spese del giudizio di cassazione.

7. Ricorrono i presupposti di cui all'art. 52, comma 2, del d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in materia di protezione dei dati personali.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa e rinvia, anche per le spese, alla corte d'appello di Venezia in diversa composizione; dispone che, in caso di diffusione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica, su riviste, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi degli interessati.
(*Omissis*)

* * * * *

- NOTA -

La sentenza a sezioni unite dell'11 novembre 2008 n. 26972 è sicuramente innovativa poiché, ponendo finalmente in maniera chiara e precisa degli interessanti punti fermi in materia di risarcimento del danno non patrimoniale, inequivocabilmente si pronuncia stabilendo il principio di diritto secondo cui il danno patrimoniale è categoria generale non suscettibile di suddivisione in differenti ulteriori sottocategorie disconoscendo così automaticamente valore

all'autonomia del danno esistenziale e morale e riconoscendo invece al danno biologico una portata tendenzialmente omnicomprensiva.

La decisione della Corte si muove sull'assunto secondo cui il risarcimento del *danno patrimoniale* da fatto illecito è da ritenersi *atipico* essendo la risarcibilità del danno ex art. 2043 c.c. riconducibile ad una lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante diversamente da quello *del danno non patrimoniale* connotato da *tipicità* potendo essere il risarcimento riconosciuto solo nei casi determinati dalla legge e quelli in cui il danno sia derivato da lesione di diritti inviolabili della persona.

Ed infatti secondo la Corte qualora il danno esistenziale fosse identificabile quale generica sottocategoria del danno non patrimoniale si finirebbe "per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione (principi enunciati dalle sentenze n. 15022/2005, n. 11761/2006, n. 23918/2006)". La Corte ha in effetti cercato con tale decisione di evitare di portare la tipicità propria dell'art. 2059 c.c. nell'atipicità dell'art. 2043 c.c.¹.

¹ L. VIOLA, "Il danno esistenziale esiste? La posizione delle Sezioni Unite Cassazione Civile" in www.altalex.it.

Applicabilità dell'assunto al diritto del lavoro: A)Danno da mancato godimento del riposo settimanale, da demansionamento e da dequalificazione.

L'applicabilità dei principi enunciati nella sentenza n. 26972/08 (e delle "gemelle" di pari data nn. 26973, 26974, 26975) agli aspetti più strettamente connessi al diritto del lavoro è molteplice e per parte di essa viene effettivamente fatta espressa menzione dagli stessi giudici della consulta nella motivazione della sentenza.

Il riferimento al cosiddetto danno esistenziale - inteso, secondo la tradizionale concezione, come danno non attinente alla sfera interiore del sentire, ma alla sfera del fare non reddituale del soggetto e pertanto distinto sia dal danno biologico (artt. 2043 c.c. e 32 cost.) che da quello morale soggettivo ex artt. 2059 c.c. e 185 c.p. - in ambito giuslavoristico poteva e può facilmente richiamarsi tutte le volte in cui nel rapporto di lavoro sorge l'ipotesi del danno da **mancato godimento del riposo settimanale** o da **demansionamento**.

Con la sentenza a Sezioni Unite n. 6572/06 in materia di onere probatorio sul risarcimento del danno da demansionamento o dequalificazione la Corte - così come in diverse altre pronunce in tale direzione² - forniva la definizione del danno esistenziale³ rilevando altresì che il risarcimento del

danno da demansionamento o dequalificazione verificatosi durante il rapporto di lavoro può ricondursi all'inadempimento contrattuale di cui il datore di lavoro è responsabile avendo questi l'onere di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore (art. 2087 c.c.) anche in ossequio ai principi di cui agli artt. 32, 1, 2, 4, 35 Costituzione.

Il demansionamento o la dequalificazione pertanto può comportare pregiudizio di tipo esistenziale da inadempimento contrattuale diversamente dalle ipotesi invece di denunciati *disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale, ai quali ha prestato invece tutela la giustizia di prossimità. Non vale, per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto ad essere felici. Al di fuori dei casi determinati dalla legge ordinaria, solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale*".

I casi di demansionamento o dequalificazione, possono essere considerati quelli nei quali più facilmente sono riscontrabili lesioni di diritti fondamentali del lavoratore. All'uopo va rilevato che perché sia riconosciuta tutela risarcitoria al danno non patrimoniale i Giudici della Cassazione chiaramente stabiliscono che oltre ai casi specificatamente previsti *ex lege* occorre si verifichino particolari circostanze consistenti nella **lesione di diritti inviolabili della persona** ovvero **ingiustizie costituzionalmente qualificate**.

² Cass. civ., Sez. lav., n. 4260/2007; Cass. civ., Sez. lav. n. 5221/2007; Cass. civ., Sez. lav. n. 11278/2007; Cass. civ., Sez. lav. n. 26561/2007.

³ Come ogni pregiudizio di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno.

La Cassazione non manca comunque di precisare che la tutela non può considerarsi limitata e ristretta ai soli diritti della persona costituzionalmente garantiti nel presente momento storico, ma deve intendersi in senso più ampio dovendo la Costituzione sempre essere in grado di adattarsi al mutamento delle esigenze sociali, fornendo all'interprete indici idonei a valutare se gli interessi emersi nella realtà sociale siano non semplicemente rilevabili in senso generico ma possano esserlo perché attenenti a valori inviolabili della persona umana di rango costituzionale.

Alla luce di quanto appena esposto è chiaro che il danno esistenziale non può più essere semplicemente inteso come pregiudizio derivante dall'alterazione della vita di relazione o dalla perdita della qualità di vita o dalla mutata o compromessa esistenza di ciascun individuo, ma occorrerà che si verifichi volta per volta la sussumibilità della lesione del diritto sopportata in una delle tipologie degli interessi costituzionalmente garantiti.

Logica conseguenza di quanto esposto è l'opportunità di revisione di parte degli orientamenti giurisprudenziali degli ultimi anni relativi soprattutto alle tante decisioni pronunciate dai diversi giudici di pace in merito a situazioni fantasiose dove veniva puntualmente riconosciuto il risarcimento del danno per pregiudizi di dubbia serietà prescindendo dall'interesse leso e dal requisito dell'ingiustizia.

Elementi sicuramente da non trascurare e da verificare ai fini del risarcimento sono la **serietà del danno** e la **gravità dell'offesa** dalla quale sia derivato un **pregiudizio serio** tanto da eccedere una certa soglia di offensività.

Elementi questi che devono essere accertati anche alla luce del particolare momento storico in cui avvengono e parametrati "*agli standards, esistenti nella realtà sociale*"⁴.

Solo il superamento del livello di tollerabilità e la sussistenza del pregiudizio purchè non futile comporteranno la liquidabilità del danno sofferto.

E' altresì evidente che ogni soggetto inserito nel complesso contesto sociale è comunque chiamato ad accettare, in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone, pregiudizi connotati da futilità.

B) Infortuni sul lavoro e danno tanatologico.

L'applicabilità dei principi appena esposti alla materia degli infortuni sul lavoro e alle norme in materia di sicurezza⁵ (D.Lgs. 81/08) è indubbia.

Il legislatore del '42 infatti, con la previsione dell'art. 2087 c.c., ha stabilito inequivocabilmente la necessità che l'imprenditore si adoperi per assicurare al lavoratore l'integrità fisica e la personalità morale anche mediante la predisposizione di misure e mezzi capaci di perseguire tale obiettivo con la conseguenza che il datore sarà tenuto al risarcimento del danno qualora nel rapporto di lavoro si verifichi un inadempimento capace di provocare una qualche lesione richiedente il risarcimento del danno non patrimoniale.

Con la statuizione di cui all'art. 2087 c.c. si determina un collegamento con le norme poste a tutela degli interessi relativi all'integrità fisica e

⁴ Cass. civ., Sez. lav., 4 maggio 2005, n. 9266. Vedi anche Cass. civ., Sez. lav., 4 dicembre 2002, n. 17208.

⁵ Per ulteriori approfondimenti sul tema si veda: G. VENETO, *Sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di A. Belsito, Cacucci Editore, Bari 2008.

alla personalità morale con le norme costituzionali tutelanti simili aspetti che fa sì che essi possano essere elevati a rango costituzionale.

Ecco che la loro lesione determina il risarcimento del danno sotto il profilo del danno biologico strettamente connesso all'inosservanza della previsione ex art. 32 Cost. o la lesione della dignità del lavoratore nelle ipotesi di danni derivanti da demansionamento, mobbing, bossing, per mancata osservanza degli artt. 2, 4 e 32 Cost..

Nelle ipotesi di danno biologico a seguito ad esempio di infortunio è chiaro che non dovrà essere valutata solo la perdita di una parte del corpo ma anche la mancata utilità alle attività che essa ha cagionato purché sempre individuate secondo le norme costituzionali.

Va altresì rilevato che in ambito infortunistico, come anche in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro, qualora si verifichi la morte del lavoratore il datore o chi per lui, potrà essere altresì chiamato a rispondere di risarcimento del **danno tanatologico**.

La Cassazione a Sezioni Unite, in verità, si pronuncia anche in merito a tale categoria di danno specificando che il Giudice potrà decidere la liquidazione anche del solo danno morale *“a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte, che sia rimasta lucida durante l'agonia in consapevole attesa della fine”*.

Tanto anche al fine di porre rimedio al vuoto legislativo determinato dalla giurisprudenza di legittimità che non riconosceva il risarcimento del danno biologico per la perdita della vita nel caso di morte immediata verificatasi a breve distanza dall'evento lesivo, ammettendolo per la perdita della

salute cui conseguiva la morte dopo un considerevole lasso di tempo.

Con la sentenza *de quo* la Cassazione si pronuncia stabilendo che la sofferenza psichica, anche se di durata contenuta, pur non potendo degenerare in patologia, dato il breve intervallo tra lesioni e morte, può identificarsi come **danno biologico**, risarcito sotto forma di danno morale purché il soggetto sia rimasto cosciente fino al decesso o comunque per il tempo in cui è stato cosciente.

La *ratio* del risarcimento è da ricondursi all'esigenza di ripagare il soggetto per le sofferenze sopportate anche in virtù della sua consapevolezza e coscienza di dover presto perdere la vita.

La Cassazione ha pertanto deciso di aumentare il danno morale, probabilmente nel tentativo di offrire valida tutela al bene vita evitando che si preferisca uccidere anziché ferire.

Dalla lettura della sentenza appare chiara la diversa prospettiva cui d'ora in avanti occorrerà valutare il danno non patrimoniale.

Ed infatti mentre fino a qualche mese fa si richiamava il danno esistenziale quale autonoma categoria, oggi si dovrà necessariamente far riferimento ad una serie di danni relativi a diritti inviolabili del soggetto parametrati alle mutate esigenze sociali e comunque riconducibili ad un'ingiustizia costituzionalmente qualificata.

Tanto nella considerazione che l'articolo 2059 c.c. che rimanda anche ai principi e regole costituzionali è tipico e pertanto in tale assunto non può proprio farsi rientrare il danno esistenziale per natura invece atipico.

L'intento dei Giudici della Cassazione può essere facilmente ricondotto alla necessità di ridurre il contenzioso relativo alle liti cosiddette

bagattellari contestualmente evitando probabili duplicazioni di richieste risarcitorie ed eliminando anche le diverse categorie concettuali di danno non patrimoniale.

Forse un appunto a tale sentenza può essere mosso nel momento in cui non risulta essere stata fatta menzione né delle modalità di determinazione del danno né tantomeno, neppure a titolo esemplificativo, dei diritti costituzionalmente qualificati lasciando la possibilità che la valutazione venga opportunamente effettuata volta per volta e confermando così la tesi secondo cui il danno non patrimoniale è tipico, essendo necessario individuare la lesione del diritto costituzionalmente garantito, ma è nello stesso tempo aperto a possibili modifiche determinate dal contesto storico culturale e sociologico.

Se poi varranno sempre gli stessi metodi per la quantificazione del danno, se sia possibile seguire le tabelle solitamente utilizzate per il danno biologico anche per lesioni di natura differente o quale tutela possa essere prestata in merito al danno tanatologico qualora la vittima prima di morire non risulti essere cosciente sono dei punti oscuri cui non è stata fornita esaustiva risposta, almeno in questa innovativa sentenza.

Appare doveroso ricordare quanto recentemente stabilito in una sentenza di legittimità⁶ (posteriore alla decisione a Sezioni Unite) che pronunciandosi sul danno biologico per perdita totale della capacità lavorativa con concorrenti danni psichici, ha stabilito che il danno biologico va sì valutato sulla base delle tabelle anche nelle sue componenti, ma va comunque parametrato alle condizioni soggettive del danneggiato e alla gravità del danno.

⁶ Cass. civ. Sez. III, 12 dicembre 2008 n. 29191.

La sentenza n. 29191/08 appare discostarsi altresì dalla pronuncia a Sezioni Unite soprattutto nella parte in cui considera il danno morale non più come sofferenza soggettiva cagionata dal reato e la cui intensità e durata nel tempo non rileva ai fini dell'esistenza del danno ma solo per la quantificazione del risarcimento, ma come una categoria ontologicamente autonoma in relazione alla diversità del bene protetto che riguarda la sfera della dignità morale della persona⁷.

Ed infatti secondo tale nuovo orientamento nella quantificazione del danno morale contestuale alla lesione del diritto alla salute, si devono necessariamente considerare le condizioni soggettive della persona e della gravità del fatto evitando che il danno morale possa essere considerato su un piano inferiore rispetto al danno alla salute⁸.

Concludendo appare doverosa la considerazione che è questa sicuramente una materia in divenire, molto opinabile - così come mostrato dall'ultima pronuncia - e difficilmente semplificabile o riconducibile a regole fisse e generali da applicare ciecamente ad ogni caso.

⁷ M. MARTINI, *Danno biologico e danno morale vanno personalizzati*, in Guida al lavoro Il Sole 24 Ore, 9 gennaio 2009, n. 2, p. 29.

⁸ In effetti i due danni farebbero riferimento a due beni protetti differenti: la salute e l'integrità morale, entrambi costituzionalmente garantiti.

RESPONSABILITA' DEL DATORE DI LAVORO:

rafforzata la tutela del contraente debole

di Maria Mangiatordi

**Cassazione civile, Sezione lavoro
Sentenza 2 luglio 2008 n. 18107
(Pres. Senese - Cons. rel. Cuoco)**

In tema di danno alla salute subito dal prestatore di lavoro, ove il danno stesso derivi da macchinario mal funzionante ed il mal funzionamento dipenda da causa esterna al suo intrinseco meccanismo, poichè il lavoratore, per accedere o manovrare il macchinario, affronta un rischio estraneo alle sue mansioni, la responsabilità del datore non può essere esclusa e ciò indipendentemente dall'eventuale contributo causale del lavoratore stesso.

* * * * *

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

(*Omissis*)

Con ricorso del 31 luglio 2002 (...) propose appello avverso la sentenza con cui il Tribunale di Varese aveva respinto la domanda di risarcimento dei danni per l'infortunio sul lavoro che egli, lavorando alle dipendenze dell'ente (...) S.p.a. aveva subito.

Con sentenza del 24 marzo 2004 la Corte d'Appello di Milano respinse l'impugnazione proposta dal P..

Premette il giudicante che il datore, per tutelare l'integrità psico-fisica del prestatore, ha l'obbligo ex art. 2087 cod. civ. di predisporre le cautele necessarie secondo la

particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica: poichè la responsabilità oggettiva del datore non è configurabile, l'adempimento datorile è da valutare sulla base delle regole di esperienza e la ragionevole prevedibilità degli eventi.

Nel caso in esame, come accertato attraverso le testimonianze, uno degli sportelli di chiusura degli scomparti dell'apparecchiatura elettrica era aperto: e lo stesso (...) configurò come anomalo lo stato dei luoghi.

Questa anomalia avrebbe dovuto indurre il lavoratore ad operare nel più rigoroso rispetto della procedura di sicurezza, che egli come tecnico esperto ed opportunamente istruito, ben conosceva.

In questo quadro, il giudicante osserva che, poichè l'accertare che l'apparecchiatura sia fuori tensione è prescrizione imposta ad ogni operatore che intenda accedere agli scomparti, l'omissione di questo accertamento, da parte di un tecnico esperto, "non era prevedibile".

Per la cassazione di questa sentenza (...) propone ricorso, articolato in due motivi e coltivato con memoria; l'ente (...) S.p.a. resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo, denunciando per l'art. 360 cod. proc. civ., n. 5 difetto di motivazione, il ricorrente sostiene che il giudicante è giunto alla decisione senza accertare che il comportamento del

lavoratore fosse abnorme, inopinabile ed esorbitante rispetto al procedimento lavorativo ed alle direttive ricevute: ciò, in relazione alle ordinarie modalità di svolgimento delle mansioni del (...), alle direttive effettivamente impartitegli, alla precedente formazione fornita al lavoratore ed alla predisposizione di sistemi di sicurezza e protezione, per situazioni del genere.

2. Con il secondo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 2043 e 2087 cod. civ. e del D.P.R. n. 547 del 1955, artt. 328 e 350, il ricorrente sostiene che:

2.a. il giudicante aveva immotivatamente escluso la responsabilità del datore, pur in presenza d'una situazione di fatto caratterizzata da totale carenza di misure necessarie a tutelare l'integrità dei lavoratori;

2.b. ed invero, la Società aveva edificato e messo in funzione una cabina di transito contenente pericolose attrezzature elettriche, in prossimità d'una falda acquifera, con il conseguente rischio che le infiltrazioni d'acqua danneggiassero la cabina o causassero corti circuiti: nè aveva dotato la cabina di strumenti efficienti per evitare tali infiltrazioni;

2.c. nè aveva preventivamente accertato e valutato il rischio al quale esponeva il lavoratore nello svolgimento dell'incarico affidatogli:

2.d. aveva poi inviato il lavoratore a svolgere da solo l'incarico (il D.P.R. n. 547 del 1955, art. 350, prevede che al governo delle cabine elettriche siano adibiti almeno due lavoratori):

2.e. ritenendo immotivatamente sussistente una condotta colposa del lavoratore, ha in modo egualmente immotivato ritenuto che questa condotta escludesse la responsabilità datorile, non considerando che l'eventuale imprudente condotta del lavoratore non esclude, di per sè, questa responsabilità.

3. I motivi, che essendo interconnessi devono essere esaminati congiuntamente, sono infondati.

4. Su un piano generale è da osservare quanto segue:

4.a. Per quanto l'art. 2087 cod. civ. non configuri un'ipotesi di responsabilità oggettiva, il lavoratore che lamenti di aver subito a causa dell'attività lavorativa un danno alla salute, ha l'onere di provare l'esistenza di tale danno, la nocività dell'ambiente di lavoro ed il nesso causale fra questi due elementi (Cass. 20 giugno 2003 n. 9909).

4.b. Quando il lavoratore abbia provato tali circostanze, il datore di lavoro che intende negare la propria responsabilità ha l'onere di dimostrare di aver adottato le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno (Cass. 3 agosto 2007 n. 17066; Cass. 19 luglio 2007 n. 16003; Cass. 20 giugno 2003 n. 9909).

E la prova ha per oggetto l'adozione delle misure dirette ad evitare l'evento verificatosi, che non si esauriscono tuttavia nell'osservanza di specifiche disposizioni di legge, in relazione al tipo specifico di attività imprenditoriale svolta (Cass. 19 luglio 2007 n. 16003); comprendono anche quelle (c.d. innominate) che siano necessarie in base alla particolarità del lavoro all'esperienza ed alla tecnica (art. 2087 cod. civ.).

4.c. L'osservanza delle prescrizioni, poi, comprende non solo l'adottare (quale fatto direttamente ed esclusivamente riferibile al datore) le misure necessarie, bensì, ove il concreto funzionamento delle misure esiga la collaborazione del dipendente, controllare che da parte del lavoratore questa collaborazione vi sia (Cass. 17 febbraio 1998 n. 1687; Cass. 19 agosto 1996 n. 7636).

Ed ove questa collaborazione esiga un comportamento del lavoratore, osservare le indicate prescrizioni e anche informare adeguatamente il dipendente della necessità della collaborazione e delle conseguenze

derivanti dalla relativa omissione, nonché controllare l'effettiva attuazione del comportamento da parte dei dipendenti.

E quando tale comportamento è da attuarsi quotidianamente, è necessario che il datore esegua il relativo controllo con adeguata continuità.

E poichè accettare una prestazione dal lavoratore effettuata senza l'osservanza di tale comportamento costituirebbe per il datore violazione delle predette prescrizioni, osservanza delle prescrizioni è rifiutare tale prestazione.

L'onere probatorio del datore coinvolge l'adempimento del suo obbligo nei predetti aspetti.

4.d. Il principio della correttezza e della buona fede contrattuale ex artt. 1375 cod. civ., esige tuttavia che, quando per la tutela (dell'integrità fisica e della personalità morale) del prestatore è necessario anche un suo comportamento, questi, dando la propria collaborazione (diretta alla propria stessa tutela), effettui tale comportamento.

L'omissione della dovuta collaborazione da parte del prestatore costituisce pertanto violazione dell'obbligo di correttezza e buona fede (ex artt. 1175 e 1375 cod. civ.).

Poichè la collaborazione del lavoratore è diretta ad evitare l'evento, la violazione del predetto obbligo costituisce comportamento colpevole che concorre (potenzialmente) alla determinazione dell'evento stesso.

L'obbligo del dipendente presuppone tuttavia l'adempimento dell'obbligo datorile come precedentemente specificato (sub 4.c.).

E la relativa violazione esclude la responsabilità del datore solo ove sia stata (ex art. 41 cod. pen.) causa di per sè sola sufficiente a determinare l'evento. Ed è onere del datore dare di ciò la prova.

4.e. Dall'angolazione del comportamento del lavoratore, la responsabilità del datore è esclusa ove si provi che la condotta del lavoratore è indipendente dalla sfera di organizzazione e dalle finalità del lavoro: ed in tal modo si provi l'estraneità del rischio

affrontato dal lavoratore nei confronti di quello connesso alle esigenze ed alle modalità del lavoro da svolgere (Cass. 19 agosto 2004 n. 16253: per questo rapporto, ed in materia analoga, anche Cass. 18 gennaio 2008 n. 1068). L'indipendenza e l'estraneità si identificano nell'assenza di causale connessione fra comportamento del datore ed evento lesivo, e conducono (anche in applicazione dell'art. 41 cod. pen.) a considerare in tale ipotesi la condotta del lavoratore come causa di per sè sola sufficiente a determinare l'evento, e quindi a qualificarla (nei confronti dell'attività contrattualmente prevista) come abnorme.

L'esterna soggettiva imprevedibilità della condotta del lavoratore, anche se fa emergere la possibilità d'una sua colpa, non s'identifica con l'oggettiva abnormità della condotta stessa, in sè considerata (la seconda riguarda il fatto oggettivo - condotta del lavoratore - la prima riguarda l'ipotizzazione di questo fatto da parte del datore).

L'imprevedibilità da parte del datore è un minus, nei confronti dei fatti che il datore ha l'onere di provare (l'adozione delle misure necessarie o - alternativamente - l'abnormità del comportamento del lavoratore): pertanto non ha di per sè efficacia esimente, assumendo significato (nella limitata consistenza d'un indizio) solo per la sussistenza di tali fatti, i quali ne costituiscono il presupposto, e dei quali diventa indiretta conseguenza.

La valutazione dell'abnormità (anomalia) del comportamento è apprezzamento di fatto, che, quale funzione del giudice di merito, esente di errori logici o giuridici, in sede di legittimità è insindacabile.

4.f. Dall'oggettiva angolazione dell'evento (infortunio), è poi ipotizzabile che questo, nella datorile osservanza delle prescrizioni (come precedentemente definita) e nell'assenza d'un abnorme comportamento del lavoratore, sia determinato da causa estranea, di per sè sola sufficiente a determinarlo, e qualificabile (la stessa causa) come abnorme (caso fortuito: ove si

collocano anche i fatti ricollegabili allo spazio dell'art. 2051 cod. civ.).

Il fortuito costituisce l'ulteriore spazio a confine dell'adempimento datorile.

4.g. La responsabilità del datore è pertanto esclusa dall'abnormità del comportamento del lavoratore o dell'evento verificatosi.

La piena osservanza delle prescrizioni (previste da specifiche disposizioni di legge, o necessarie ex art. 2087 cod. civ.) comporta che l'evento si è verificato per causa (ex art. 41 cod. pen.) di per sè sola sufficiente a determinare l'evento, ed identificabile nell'abnormità (quale comportamento del lavoratore o caso fortuito).

In tal modo, adempimento dell'obbligo datorile ed abnormità (come indicata) costituiscono spazi contigui e complementari.

E la prova datorile dell'osservanza delle prescrizioni s'identifica con la prova (che in tal modo diventa astrattamente alternativa) dell'abnormità (quale comportamento del lavoratore o caso fortuito).

5. Specificando quanto precedentemente affermato è da aggiungere quanto segue.

5.a. Ove il danno derivi da macchinario mal funzionante cui il lavoratore è stato assegnato ed il danno è stato causato dalla disfunzione, poichè l'obbligo contrattuale lo pone nella necessità di entrare in contatto e di manovrare il macchinario, l'eventualità d'un danno del lavoratore (inconsapevole della disfunzione) è oggettivamente immanente all'uso o manovra del macchinario. E limite della responsabilità datorile non è nè l'imprevedibilità (poichè questa immanenza esclude di per sè l'imprevedibilità), nè l'osservanza delle generali norme di legge, bensì, in applicazione dell'art. 2051 cod. civ. il caso fortuito (per non dissimile situazione Cass. 20 giugno 2003 n. 9909).

5.b. Alquanto diversa è l'ipotesi in cui il lavoratore sia consapevole del mal funzionamento del macchinario cui (per l'incarico assegnatogli, e pertanto per

obbligo contrattuale) debba accedere e in qualche modo manovrare.

Pur escludendosi questa ipotesi un'oggettiva responsabilità datorile, poichè il pericolo è oggettivamente immanente all'uso o manovra del macchinario, il datore deve dare non solo la prova precedentemente indicata (sub 4.c., pur nella concorrente responsabilità del lavoratore, come indicato sub 4.d.) in ordine alla formazione ed informazione del dipendente ed al controllo del comportamento del dipendente (che assume maggiore rigorosa funzione), bensì (come unica alternativa in quanto non sostituibile - come sub 4.g. - con l'alternativa prova dell'adozione delle misure necessarie) la prova dell'abnormità dell'evento (per comportamento del dipendente o caso fortuito).

5.c. Ancora diversa è l'ipotesi in cui il mal funzionamento del macchinario dipenda da causa esterna al macchinario ed al suo intrinseco meccanismo: per accedere od in qualche modo manovrare il macchinario, il lavoratore affronta un rischio estraneo alle sue mansioni, e (indipendentemente dall'eventuale contributo causale del lavoratore stesso) la responsabilità del datore non può essere esclusa.

6. La valutazione dell'abnormità del comportamento del lavoratore (o del caso fortuito) è apprezzamento di fatto, che, quale funzione del giudice di merito, ove adeguatamente motivato, sfugge al controllo del giudice di legittimità.

L'oggetto di questa valutazione si esaurisce tuttavia nel mero fatto materiale.

A tal fine è invero da osservare che la funzione del giudice di merito è costituita e si esaurisce nell'accertamento dell'esistenza e della consistenza del fatto (in questo spazio si risolve anche la "valutazione" effettuata con regole - non giuridiche bensì - tecniche e logiche: la valutazione d'una prova testimoniale o d'un parere tecnico: percorso necessario per giungere al conclusivo accertamento).

Le altre funzioni – l'individuazione della formale disposizione applicabile, le specificazioni di questa disposizione man mano fissate da dottrina e giurisprudenza (come principi), e la sussunzione del fatto concreto nella disposizione come specificata - costituiscono spazio di legittimità, in questa sede sindacabili.

Ciò è a dirsi non solo per la disposizione normativa nel suo espresso contenuto, bensì (Cass. 3 agosto 2001 n. 10750; Cass. 21 novembre 2000 n. 15004; Cass. 18 gennaio 1999 n. 434) per le relative specificazioni, che emergono attraverso il (pur sofferto) processo storico della norma, man mano investendo più ristretti elementi della disposizione (e man mano di ogni preesistente specificazione).

E, in quanto specificazioni del contenuto della norma di questa assumono la natura giuridica.

Da questa natura discende l'obbligo dell'osservanza e la sindacabilità dell'inosservanza in sede di legittimità.

7. Nel caso in esame, il giudicante non ha applicato gli indicati principi.

Non dà alcuna motivazione in ordine al fatto che sussista (o non sussista) la lamentata inosservanza delle norme specificamente prescritte a tutela dei lavoratori, ed in particolare (oltre ad ogni altra prescrizione) se il comportamento datorile sia stato in osservanza della prescrizione del D.P.R. n. 547 del 1955, art. 350; nè dà specifica motivazione in ordine alla formazione ed informazione del lavoratore; nè alle cause dell'ipotizzato malfunzionamento della cabina.

E la ritenuta imprevedibilità del comportamento del lavoratore non è sufficiente ad integrare l'oggettiva abnormità del comportamento stesso (come precedentemente osservato sub 4.e.).

8. Il ricorso deve essere accolto, con la cassazione della sentenza, la causa deve essere rinviata al giudice di merito, che applicherà gli indicati principi (sub 4., 5.,

6.), provvedendo anche alla disciplina delle spese del giudizio di legittimità.

P. Q. M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata; rinvia alla Corte d'Appello di Milano (in diversa composizione), anche per le spese del giudizio di legittimità.

(Omissis)

* * * * *

- NOTA -

La sicurezza sul lavoro, anche alla luce degli ultimi eventi tragici, è argomento sempre più al centro di un intenso dibattito politico e giuridico.

Nella recente pronuncia n. 18107 della Suprema Corte di Cassazione del 2.07.2008, i Giudici di legittimità hanno statuito con vigore che "*in caso di macchinario con disfunzioni il datore deve provare il caso fortuito*".

Nel caso *de quo* il lavoratore ha proposto appello avverso la sentenza con cui il Tribunale aveva respinto la domanda di risarcimento dei danni per l'infortunio subito sul lavoro.

La Corte d'Appello di Milano ha respinto l'impugnazione proposta, sulla scorta della premessa per cui il datore, per tutelare l'integrità psico-fisica del prestatore, ha l'obbligo di predisporre ai sensi dell'art. 2087 c.c. le cautele necessarie secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica.

Precisa ancora la Corte d'Appello che, non essendo configurabile una responsabilità oggettiva del datore, l'adempimento datoriale deve essere valutato sulla base delle regole di esperienza e sulla ragionevole prevedibilità degli eventi.

Nella fattispecie in esame i giudici di *secondo grado* hanno preso le mosse dal fatto che era stato accertato che lo stesso lavoratore aveva verificato

l'anomalia dello stato dei luoghi in relazione ad uno sportello di chiusura degli scomparti dell'apparecchiatura elettrica e ha, pertanto, concluso che dal momento che accertare che *"l'apparecchiatura sia fuori tensione è prescrizione imposta ad ogni operatore che intenda accedere agli scomparti, l'omissione di questo accertamento, da parte d'un tecnico esperto, non era prevedibile"*.

Quindi, il lavoratore ha proposto ricorso per cassazione articolato in due motivi.

Con il primo ha denunciato, ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c., il difetto di motivazione, giacché il giudicante sarebbe giunto alla decisione senza accertare che il comportamento del lavoratore fosse abnorme, inopinabile ed esorbitante rispetto al procedimento lavorativo ed alle direttive ricevute, in relazione alle ordinarie modalità di svolgimento delle mansioni del lavoratore, alle direttive effettivamente impartitegli, alla precedente formazione fornita al lavoratore ed alla predisposizione di sistemi di sicurezza e protezione per situazioni del genere.

Con il secondo, invece, ha denunciato violazione e falsa applicazione degli artt. 2043 e 2087 c.c. e degli artt. 328 e 350 del D.P.R. n. 547/1955, dal momento che il giudicante avrebbe immotivatamente escluso la responsabilità del datore, pur in presenza di una situazione di fatto caratterizzata da totale carenza di misure necessarie a tutelare l'integrità dei lavoratori, senza considerare che l'eventuale imprudente condotta del lavoratore non esclude di per sé siffatta responsabilità.

La Suprema Corte ha accolto il ricorso, soffermandosi sugli *obblighi* che incombono sul datore di lavoro, sul *comportamento* che la legge richiede al

lavoratore e sul *caso fortuito* quale causa di esclusione della responsabilità del datore.

Con riferimento al primo profilo, e cioè agli obblighi incombenti sul datore, la Cassazione prende le mosse dalla norma fondamentale di riferimento: l'art. 2087 c.c. ai sensi del quale *"L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro"*.

Proprio perché l'art. 2087 c.c. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, grava sul lavoratore l'onere di provare l'esistenza del danno subito, la nocività dell'ambiente di lavoro e il nesso causale sussistente fra questi due elementi (*ex multis*, Cass. civ. Sez. lav., sent. n. 9909/2003).

Provate siffatte circostanze, il datore che intende negare la propria responsabilità ha l'onere di dimostrare di aver adottato le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno (*ex multis*, Cass. civ., Sez. lav., sentt. nn. 17066/2007; 16003/2007; 9909/2003).

A tal proposito, la Suprema Corte ha precisato (Cass. civ., Sez. lav., sent. n. 17066/2007) che la prova che incombe sulla parte datoriale ha per oggetto l'adozione delle misure dirette ad evitare l'evento verificatosi, che non si esauriscono nell'osservanza di specifiche disposizioni di legge - in relazione al tipo specifico di attività imprenditoriale svolta - ma comprendono anche quelle cd. *"innominate"*, che siano necessarie in base alla particolarità del lavoro, all'esperienza ed alla tecnica.

Ulteriore compito del datore, rispetto a quello di adottare le misure necessarie, è controllare che da parte del lavoratore vi sia la collaborazione

richiesta per l'attuazione della misura stessa (Cass. civ., Sez. lav., sentt. nn. 1687/1998; 7636/1996).

In merito alle ipotesi in cui è richiesto il comportamento collaborativi del lavoratore, la Suprema Corte ha statuito che *“(...) quando tale comportamento è da attuarsi quotidianamente, è necessario che il datore esegua il relativo controllo con adeguata continuità”*.

Quanto al secondo profilo, e cioè agli obblighi del prestatore di lavoro, il Giudice di legittimità ha precisato alcuni aspetti che qui di seguito si riportano.

Il principio della correttezza e della buona fede contrattuale ex artt. 1175 e 1375 c.c. impongono che nei casi in cui la tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del prestatore sia necessario anche un comportamento del lavoratore, questi adottati siffatto comportamento.

Prosegue la Corte asserendo che *“Poiché la collaborazione del lavoratore è diretta ad evitare l'evento, la violazione del predetto obbligo costituisce comportamento colpevole che concorre (potenzialmente) alla determinazione dell'evento stesso”*.

La responsabilità del datore, pertanto, è esclusa ove si provi che la condotta del lavoratore è indipendente dalla sfera di organizzazione e dalle finalità del lavoro (ex multis, Cass. civ., Sez. lav., sentt. nn. 1068/2008; 16253/2004).

“L'indipendenza e l'estraneità si identificano nell'assenza di causale connessione fra comportamento del datore ed evento lesivo, e conducono (anche in applicazione dell'articolo 41 codice penale) a considerare in tale ipotesi la condotta del lavoratore come causa di per sé sola sufficiente a determinare l'evento, e quindi a

qualificarla (nei confronti dell'attività contrattualmente prevista) come abnorme. L'esterna soggettiva imprevedibilità della condotta del lavoratore, anche se fa emergere la possibilità d'una sua colpa, non si identifica con l'oggettiva abnormità della condotta stessa, in sé considerata (la seconda riguarda il fatto oggettivo - condotta del lavoratore - la prima riguarda l'ipotizzabilità di questo fatto da parte del datore”.

Precisa ancora la Cassazione che, fermo restando che la valutazione dell'abnormità (anomalia) del comportamento è oggetto di valutazione del giudice di merito, se la stessa è esente da errori logici o giuridici, sarà insindacabile dalla Cassazione.

Con riferimento all'ultimo profilo, e cioè al caso fortuito, il Giudice di legittimità ha osservato quanto segue.

“Dall'oggettiva angolazione dell'evento (infortunio), è poi ipotizzabile che questo, nella datoriale osservanza delle prescrizioni (...) e nell'assenza di un abnorme comportamento del lavoratore, sia determinato da causa estrema, di per sé sola sufficiente a determinarlo, e qualificabile (la stessa causa) come abnorme (caso fortuito: ove si collocano anche i fatti ricollegabili allo spazio dell'art. 2051 c.c.)”.

Pertanto, *“adempimento dell'obbligo datoriale ed abnormità costituiscono spazi contigui e complementari”*, e la prova datoriale dell'osservanza delle prescrizioni si identifica con la prova alternativa dell'abnormità, intesa quale comportamento del lavoratore o come caso fortuito.

Alla luce di siffatto iter argomentativo, la Suprema Corte ha concluso per l'accoglimento del ricorso proposto dal lavoratore, giacché il giudicante non ha applicato i

surriportati principi, omettendo di motivare se il comportamento datoriale sia stato rispettoso dei precetti di cui all'art. 350 del D.P.R. n. 347/1955, se vi sia stata informazione e formazione del prestatore di lavoro, le cause dell'ipotizzato malfunzionamento della cabina, nonché se la ritenuta imprevedibilità del comportamento del lavoratore sia stata sufficiente ad integrare l'oggettiva abnormità del comportamento stesso.

Quanto sin qui riportato si trova in perfetta sintonia con gli orientamenti non solo della giurisprudenza di legittimità civile ma anche di quella penale.

Sicuramente le cifre sempre crescenti relative alle cd. "morti bianche" non hanno potuto non destare preoccupazioni notevoli sia nel legislatore sia nella magistratura.

La stessa Corte di Cassazione penale sta ribadendo con sempre maggiore decisione e fermezza la necessità che in materia di sicurezza il datore di lavoro debba essere sempre al passo con i tempi.

Sintomatiche a tal proposito alcune recenti pronunce.

Nella sentenza n. 4063 del 28.01.2008, la III^a Sezione Penale ha fornito utili chiarimenti in merito all'applicazione degli obblighi datoriali di effettuare idonea valutazione dei rischi presenti nei luoghi di lavoro e di fornire sufficiente formazione ai prestatori di lavoro, statuendo con fermezza che una valutazione dei rischi non accurata o comunque non adeguata ed una insufficiente formazione dei lavoratori corrispondono ai fini sanzionatori ad una mancata valutazione e formazione dei lavoratori, con conseguente dichiarazione in sede penale di sussistenza dei reati tipizzati in materia dal legislatore.

Sempre in tema di tutela del contraente debole in materia di sicurezza sul lavoro, il 16.07.2008 la IV^a Sezione Penale, con sentenza n. 29423 ha chiarito che, ai fini della posizione di garanzia in materia di sicurezza sul lavoro, il committente deve essere considerato quale datore di lavoro dei dipendenti della ditta appaltatrice nel caso in cui quest'ultima sia priva di una effettiva organizzazione tecnica. In tale circostanza il Giudice di legittimità ha preso atto del fatto che il datore della ditta appaltatrice "è risultato essere privo di un proprio apparato organizzativo, tale da potersi permettere di gestirlo per conto proprio ed in piena autonomia". Siffatta circostanza è stata confermata dal fatto che l'escavatore del terreno era stato approntato su iniziativa della committente dei lavori e contro il parere del medesimo appaltatore, nonché dal fatto che i lavoratori erano direttamente retribuiti quotidianamente dalla committente medesima.

Ancora, lo scorso 14.10.2008 la Cassazione con sentenza n. 38819 ha precisato che, in caso di infortunio di un dipendente, i vertici dell'impresa rischiano una condanna, anche penale, se non hanno introdotto in azienda le ultimissime "tecnologie" per tutelare i lavoratori. Sulla scorta di siffatta statuizione, la Suprema Corte ha confermato la responsabilità penale dell'amministratore di una S.p.A. di Pordenone per lesioni gravi colpose ai danni di un dipendente feritosi nella pulizia di una macchina industriale.

Le riportate sentenze civili e penali sembrano essere una conferma da una parte della gravità delle condizioni di sicurezza che spesso caratterizzano i luoghi di lavoro, dall'altra della necessità di interventi decisi del

legislatore, supportati da pronunce che assicurino l'applicazione delle sanzioni in caso di violazione delle disposizioni normative.

Nella sicurezza, più che in altri ambiti, emerge in maniera forte come le dichiarazioni di principio, seppure encomiabili, non siano sempre sintomatiche di effettiva e reale tutela della parte debole.

Se è vero, come è vero, che l'Italia è per volere della Carta Costituzionale una "repubblica fondata sul lavoro", non ci si può permettere di assistere passivamente ad uno scenario sempre più complesso e precario sotto molteplici punti di vista che spesso toccano i valori primari della dignità e della incolumità del lavoratore che, non sembri retorico ricordarlo, è prima di tutto una persona.

PRATICA PROFESSIONALE

La subordinazione va adeguatamente provata

di Clarenza Binetti

Tribunale di Foggia - Sezione Lavoro
Sentenza 19 giugno 2008
 (Giudice Dott. Baldi)

Allorquando venga proposta domanda riconvenzionale, i nuovi mezzi di prova che il ricorrente può chiedere devono essere strettamente attinenti al nuovo thema decidendum introdotto dal resistente e non riguardare fatti già dedotti con il ricorso che, pertanto, non merita accoglimento mancando la prova della sussistenza di un lavoro di tipo subordinato in ossequio al dettato di cui all'art. 2697 c.c. che regola l'onere probatorio tra le parti del processo.

* * * * *

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

(*Omissis*)

Con ricorso depositato in data 6.07.1999 (...) deduceva di aver lavorato alle dipendenze di (...), titolare di uno studio di consulenza del lavoro dall'1.09.1980 al 31.10.1998, svolgendo le mansioni di elaborazione di contabilità, predisposizione di fatturazione, contatti con la clientela dello studio, mansioni inquadrabili nel livello 1 del CCNL per dipendenti degli studi professionali, fornendo la propria prestazione lavorativa di consulenza dal lunedì al venerdì dalle 9 alle 13 e dalle 15,30 alle 20 ed il sabato dalle 9 alle 14. Aggiungeva che durante l'intercorso rapporto non aveva percepito la giusta retribuzione, nulla a titolo di straordinario e

per indennità di ferie e festività e non aveva ricevuto il TFR al termine dell'attività lavorativa. Il ricorrente, tenuto conto degli ulteriori emolumenti maturati in considerazione della quantità e qualità del lavoro svolto, concludeva chiedendo la condanna del (...) al pagamento della complessiva somma di £. 188.701.668.

Fissata l'udienza di discussione si costituiva in giudizio (...) contestando l'assunto attoreo e precisando che fra le parti non era mai intervenuto alcun rapporto di lavoro subordinato. Il resistente, in particolare, evidenziava che il (...) aveva frequentato lo studio professionale svolgendo unicamente la prescritta pratica necessaria per l'espletamento dell'esame per l'iscrizione all'albo e curando direttamente gli interessi di alcune ditte attraverso lo sfruttamento delle strutture dello studio.

Il (...) concludeva, pertanto, chiedendo il rigetto della domanda e, in via subordinata, nell'ipotesi di accoglimento della domanda attorea, proponeva domanda riconvenzionale per il risarcimento dei danni conseguenti alla illegittima concorrenza.

Nel corso del processo venivano sentiti numerosi testi ed espletato l'interrogatorio formale del ricorrente.

All'udienza di discussione del 17.06.2008, sulle conclusioni come riportate in atti, la causa veniva decisa con la lettura del dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea è infondata e,

pertanto, va respinta, mentre nulla va statuito sulla domanda riconvenzionale subordinata.

In primo luogo va respinta la reiterata istanza di ammissione della prova articolata nella memoria di replica depositata dal (...) in data 2.01.2001 in seguito alla proposizione della domanda riconvenzionale, istanza sulla quale si è già provveduto all'udienza del 4.10.2002. Il rigetto dell'istanza è conseguente alla considerazione che, allorquando venga proposta domanda riconvenzionale con successivo spostamento dell'udienza di discussione, i nuovi mezzi di prova che il ricorrente può richiedere fino a dieci giorni prima dell'udienza devono essere strettamente attinenti al nuovo *thema decidendum* introdotto dal resistente e, quindi, non possono riguardare fatti già dedotti con il ricorso, pena lo svuotamento della disposizione di cui all'art. 414 c.p.c.. Nel caso concreto, nella memoria di replica, il ricorrente ha richiesto nuovi mezzi di prova o l'ampliamento di quelli indicati in ricorso unicamente per dare ulteriore sostegno alle deduzioni già svolte nel primo atto, ragion per cui si deve concludere circa la loro inammissibilità.

Per quanto attiene al merito, il (...) nel proprio ricorso sostiene di aver svolto attività lavorativa di tipo subordinato alle dipendenze del (...) espletando, in favore di questi e sotto la sua direzione, tutte quelle attività tipiche di uno studio professionale di consulenza del lavoro. A fronte di questa affermazione, come già anticipato, il resistente ha dedotto di non aver mai instaurato alcun rapporto di lavoro di tipo subordinato con il ricorrente e che la frequentazione da parte di questi dello studio professionale ha avuto come unica motivazione la necessaria pratica per l'accesso al relativo albo.

Secondo quanto dispone l'art. 2094 c.c., il lavoratore subordinato è colui che si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro

intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore. Dalla disposizione di legge appena richiamata si ricava che l'elemento essenziale del rapporto di lavoro è il vincolo di subordinazione che consiste nell'assoggettamento gerarchico al potere direttivo del datore di lavoro, che si realizza nell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa in modo continuativo e sistematico, sotto la costante vigilanza del datore stesso (cfr. sul punto Cass., sez. lav., 21.04.2005, n. 8307). Secondo un indirizzo costante della giurisprudenza di legittimità, in mancanza di una significativa presenza del potere direttivo e di controllo l'esistenza del vincolo di subordinazione deve essere accertato attraverso la valutazione dell'insieme degli elementi che caratterizzano un rapporto e non da singoli e isolati aspetti. Possono quindi costituire indici di rilevazione della natura subordinata del rapporto l'osservanza di un certo orario di lavoro, il pagamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita, il coordinamento effettuato dal datore di lavoro e l'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale (cfr. sul punto Cass., sez. lav. 5.05.2004 n. 8569).

Nel caso concreto, stante la ferma contestazione del (...), che ha dedotto circa l'inesistenza di un rapporto di lavoro di tipo subordinato, il ricorrente, per poter ottenere una decisione a sé favorevole, avrebbe dovuto dimostrare, in ossequio al dettato di cui all'art. 2697 c.c. che regola l'onere probatorio fra le parti del processo, gli elementi caratterizzanti un rapporto di lavoro di tipo subordinato, così come sopra indicati; ma ciò non è avvenuto. Le testimonianze rese in giudizio da coloro che, secondo quanto sostenuto dal ricorrente, avrebbero avuto conoscenza del rapporto intercorso fra le parti non sono state idonee a suffragare l'assunto attoreo. I vari testi che si sono succeduti nel corso del processo, con

le loro deposizioni, se per un verso hanno confermato la frequentazione dello studio da parte del ricorrente, per altro verso non hanno fornito elementi sufficienti per poter affermare che detta frequentazione non fosse ricollegabile all'esercizio del praticantato ma all'esistenza di un rapporto di lavoro di tipo subordinato.

Del resto le varie attività che lo stesso ricorrente ha sostenuto di aver eseguito sono compatibili con la pratica professionale. Sarebbe stato, quindi, necessario fornire elementi decisivi capaci di provare che ogni attività svolta dal ricorrente venisse fatta sotto il costante e pregnante controllo del datore di lavoro oppure in presenza di quegli elementi sopra ricordati. Al contrario è risultato - ma è stato anche dedotto - che il (...) aveva ampia autonomia nell'esecuzione dei vari compiti, aveva una sua personale clientela, si preparava costantemente per svolgere l'esame e conseguire l'iscrizione nell'albo dei consulenti del lavoro.

In conclusione, allora, mancando la prova della sussistenza fra le parti di un rapporto di lavoro di tipo subordinato, la domanda non merita accoglimento.

Il rigetto della domanda attorea esonera dall'analisi della domanda riconvenzionale subordinata.

Le spese del processo, stante la particolarità della questione controversa, vanno integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale di Foggia, in persona del dott. Vincenzo Pio Baldi, quale giudice del lavoro, definitivamente decidendo sulla domanda proposta da (...) nei confronti di (...), con ricorso depositato in data 6.07.1999, respinta ogni diversa istanza, deduzione ed eccezione, così provvede:

1. rigetta la domanda;
2. compensa integralmente fra le parti le spese del giudizio.

(Omissis)

* * * * *

- NOTA -

La sentenza in epigrafe oltre che affrontare una tematica piuttosto spinosa qual è il riconoscimento di un eventuale rapporto di lavoro subordinato *rectius* la sussumibilità nella fattispecie di lavoro subordinato della prestazione lavorativa svolta dal praticante di uno studio professionale, analizza aspetti di ordine procedurale e processuale oltremodo interessanti.

La decisione *de quo* si inserisce in un panorama giurisprudenziale degli ultimi anni dibattuto e alquanto complesso che vede la giurisprudenza di legittimità battersi su due fronti contrapposti.

Con la sentenza n. 2904 del 10 febbraio 2006, la Corte di Cassazione distanziandosi dalla decisione del Tribunale di Latina che aveva riconosciuto la **natura subordinata** dell'attività svolta dal praticante di uno studio professionale a partire dalla data di superamento dell'esame di abilitazione - nella considerazione che solo "*dalla data in cui la titolare dello studio era venuta a conoscenza del superamento dell'esame di stato, l'attività della praticante aveva cessato di essere finalizzata all'addestramento professionale, e, da quel momento in poi, era divenuta lavoro subordinato con tutte le caratteristiche tipiche: svolgimento di compiti precisi sotto la direzione ed il controllo della titolare, osservanza di un orario di lavoro, corresponsione di una retribuzione mensile fissa e stabile inserimento nell'organizzazione dello studio professionale*" - ha stabilito che il vincolo della subordinazione può farsi retroagire al momento del rilascio da parte del Consiglio Provinciale competente del certificato attestante la compiuta pratica, essendo già da quel preciso momento venuta

definitivamente meno la causa dell'*apprendimento professionale* a nulla rilevando l'aver continuato a svolgere la attività precedentemente svolta "*con identiche modalità*".

Di indirizzo decisamente opposto la più recente sentenza n. 730 del 15/01/2007 - sulla quale si fonda la decisione oggetto di analisi - che invece subordina il riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato del praticante alla indispensabile prova della sussistenza di indici che lo presuppongano.

Il giudice di merito del Tribunale di Foggia - chiamato a decidere su una questione riguardante l'attività svolta per diversi anni da un praticante di uno studio di consulenza del lavoro - nel rigettare il ricorso di parte attrice, non solo spiega le motivazioni che hanno condotto al mancato accoglimento delle richieste probatorie formulate nella memoria di replica proposta dal ricorrente a seguito di domanda riconvenzionale, quanto illustra in maniera magistrale le ragioni che hanno determinato il convincimento in tale direzione, dovute ad una sostanziale carenza ed insufficienza di elementi probatori a sostegno dell'assunto del ricorrente nonostante una lunga ed articolata indagine espletata a mezzo di prova testimoniale.

Orbene il ricorrente il 26/04/1999 proponeva formale ricorso adendo il Giudice del lavoro del Tribunale di Foggia con il quale richiedeva il pagamento della somma di £. 188.701.668 a titolo di differenze retributive, lavoro straordinario, indennità di ferie, mensilità aggiuntive e £. 41.437.010 a titolo di TFR per l'attività prestata presso lo studio del commercialista (...) dal 1/09/1980 al 31/10/1998.

Con atto depositato il 5/10/2000 si costituiva ritualmente in giudizio il resistente che, oltre a contestare l'azione promossa poiché temeraria, i conteggi adottati e la prescrizione estintiva dei crediti rivendicati, spiegava domanda riconvenzionale domandando la condanna in favore del resistente al pagamento della somma di £. 100.000.000 o di quell'altra maggiore o minore somma così come riveniente da C.T.U. per aver disatteso il dettato deontologico dell'ordine professionale di appartenenza, per violazione dell'obbligo di non concorrenza e dell'obbligo di fedeltà ex art. 2105 cod. civ. avendo invero il ricorrente sottratto al proprio *dominus* parte della clientela nonché utilizzato le strutture dello stesso per svolgere in via autonoma i propri affari.

In data 2/01/2001 il ricorrente presentava memoria di replica alle contestazioni promosse con la domanda riconvenzionale, allegando documenti e richiedendo di essere ammesso all'audizione di ulteriori nuovi testi.

Espletate le prove per testi (ben dieci testimoni), così come richieste nel ricorso e comparsa di costituzione, il giudice ritenendo la causa matura per la decisione decideva con sentenza.

Il magistrato di *prime cure* nella sentenza *de quo* preliminarmente motiva il rigetto delle prove così come articolate nella memoria di replica fondando il proprio assunto sul semplice principio secondo cui nella memoria che segue la domanda riconvenzionale è sicuramente possibile richiedere ulteriori mezzi di prova - nel termine previsto dalla legge (ovvero 10 giorni prima dell'udienza di discussione) - purchè però tale ulteriore articolazione probatoria sia strettamente connessa ai fatti oggetto della domanda riconvenzionale proposta e non invece al contrario un

espedito utile ad integrare le richieste formulate nel ricorso da parte ricorrente seppure rivelatesi insufficienti solo dopo la proposizione della comparsa di costituzione di parte resistente.

A proposito, la dottrina e la giurisprudenza risultano essere concordi nello stabilire che nel rito del lavoro le richieste probatorie a pena di decadenza devono essere esaurite nell'atto introduttivo¹ (ricorso o nel caso di proposizione di domanda riconvenzionale nella memoria ad essa successiva se riferite ai nuovi fatti ed elementi di causa che non potevano essere conosciuti al momento della presentazione del ricorso) potendo altrimenti, qualora se ne ravvisasse l'opportunità, essere integrate d'ufficio dal magistrato ex art. 421 co. 2 c.p.c..

Il caso in analisi risulta essere particolare poiché, essendo stata presentata domanda riconvenzionale vi è stato spostamento della data dell'udienza di discussione comunicata alle parti dalla stessa cancelleria del Tribunale così come prescritto *ex lege* e pertanto per il ricorrente sarebbe stato comunque possibile una ulteriore richiesta di mezzi istruttori purchè presentata nel termine di 10 giorni prima della predetta udienza e, cosa più importante, purchè finalizzata a respingere gli assunti di parte resistente ovvero strettamente connessa al rigetto della sola domanda riconvenzionale proposta.

Tanto invero non è avvenuto poiché il ricorrente ha usato la memoria a seguito della riconvenzionale per far entrare nel processo testi che erano chiamati a provare gli assunti del ricorso e non quelli rivenienti dalla domanda riconvenzionale, motivo per

cui la l'ordinanza, dichiarativa di inammissibilità delle prove, del giudice di *prime cure* non può che risultare acuta e processualmente corretta.

Non si può che condividere l'assunto posto a sostegno di tale decisione: "*i nuovi mezzi di prova che il ricorrente può richiedere fino a dieci giorni prima dell'udienza devono essere strettamente attinenti al nuovo thema decidendum introdotto dal resistente e quindi non possono riguardare fatti già dedotti con ricorso, pena lo svuotamento della disposizione di cui all'art. 414 c.p.c.. Nel caso concreto, nella memoria di replica, il ricorrente ha richiesto nuovi mezzi di prova o l'ampliamento di quelli indicati in ricorso unicamente per dare ulteriore sostegno alle deduzioni già svolte nel primo atto, ragion per cui si deve concludere circa la loro inammissibilità*".

Così come pure coerente può ritenersi la decisione del giudicante che suo malgrado ha dovuto respingere le ulteriori richieste di parte ricorrente - formulate nelle note autorizzate conclusive - basate sui suggerimenti e sui nominativi rilasciati dai testi regolarmente citati in sede di prova, poiché tese nuovamente a far entrare nel processo i testi non opportunamente e tempestivamente indicati nella formulazione dei mezzi istruttori del ricorso di lavoro.

A quanti potrebbero obiettare richiamando l'opportunità, non adeguatamente sfruttata dal giudicante, di fare ricorso all'art. 421 c.p.c. va invero ricordato che il comportamento osservato dal giudice *de quo* può trovare facile giustificazione nella considerazione che il principio della necessità dell'accertamento della verità va adeguatamente temperato con quelli chiovendiani di concentrazione,

¹ A. BELSITO, *Controversie di lavoro*, III^a edizione Cacucci, Bari, 2008.

immediatezza ed economia processuale, punti cardine dell'intero processo del lavoro *ab origine* ideato come procedimento a sé, efficace ma nello stesso tempo veloce e soprattutto esauribile in un'unica udienza.

Alla luce di siffatte argomentazioni, diventa lapalissiana la difficoltà del giudice che a distanza di ben nove anni dall'inizio del procedimento verosimilmente non avrebbe potuto, in ossequio agli appena sopra menzionati principi, dopo aver già ascoltato ben dieci testimoni, addirittura disporre l'audizione di altri testi solo per porre rimedio alla svista di parte ricorrente.

“L'attività istruttoria del Magistrato dovrebbe essere di mero completamento a quella richiesta dalle parti non essendogli consentito sostituirsi per le incombenze poste, a pena di decadenza, a carico delle stesse. La giurisprudenza soprattutto di legittimità è intervenuta a più riprese per delimitare l'esercizio dei poteri di cui all'art. 421 c.p.c. (...). I poteri istruttori del giudice non devono estendersi al punto tale da costituire un vero e proprio rimedio alle irrituali richieste delle parti”².

L'indagine probatoria già espletata era sicuramente oltremodo corposa e probabilmente il ricorrente avrebbe potuto essere più accorto nella richieste istruttorie senza frammentare troppo le prove chiamando direttamente a rendere testimonianza la segretaria o qualche collega del medesimo studio professionale anzichè dilungarsi con clienti e benzinai che poco avrebbero potuto sapere sugli elementi più essenziali per i fatti di causa ovvero sulle reali ed

effettive mansioni svolte da parte attrice o riferire sulle eventuali direttive impartite o sulla sussistenza della sottoposizione al potere direttivo e disciplinare del praticante al proprio datore di lavoro.

Il Giudice, invero, non ritenendo opportuno sopperire con i propri poteri alle mancanze difensive e verosimilmente ritenendo sufficiente l'esame dei dieci testimoni ascoltati nonchè superflua l'audizione di ulteriori testi non indicati nel ricorso introduttivo, ha infatti ritenuto opportuno decidere la causa.

Passando ad analizzare la questione nel merito la sentenza fa chiarezza su quelli che sono gli elementi che vanno assolutamente provati perché possa riconoscersi la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato e non autonomo.

All'uopo va considerata la recente decisione della Cassazione (*Cass. Sez. Lav., 15 gennaio 2007 n. 730*) attinente un ricorso presentato dinanzi al Tribunale di Bari proprio da un praticante consulente del lavoro con la quale la Suprema Corte ha stabilito che l'attività esercitata durante il periodo di tirocinio, presso uno studio professionale, *non può qualificarsi rapporto di lavoro subordinato*, salvo che il ricorrente non sia in grado di provare il vincolo di *subordinazione, gerarchico, direttivo ed organizzativo del datore di lavoro*.

Nella stessa sentenza la Corte spiega come non vi sia alcuna inversione dell'onere della prova, rimanendo compito del ricorrente, soprattutto in assenza di confessione del convenuto, fornire la prova della subordinazione della propria attività ex art. 2697 cod. civ., mancando la quale la prestazione lavorativa non potrà che essere considerata come lavoro autonomo.

² A. BELSITO, *L'esercizio dei poteri istruttori del Giudice del Lavoro*, in *Diritto delle Relazioni Industriali* n. 2/XVII 2007, Giuffrè editore, Milano, p. 408.

Giurisprudenza di legittimità³ ha infatti non solo precisato che l'elemento che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato rispetto al rapporto di lavoro autonomo è l'assoggettamento al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro con conseguente limitazione della sua autonomia e inserimento nell'organizzazione aziendale (...) sicchè qualora vi sia una situazione oggettiva di incertezza probatoria, il giudice deve ritenere che l'onere della prova a carico dell'attore non sia stato assolto e non già propendere per la natura subordinata del rapporto quanto ancora sempre sul medesimo tema si è espressa statuendo che: *“L'elemento che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato rispetto al rapporto di lavoro autonomo, assumendo la funzione di parametro normativo di individuazione della natura subordinata del rapporto stesso, è il vincolo di soggezione personale del lavoratore - che necessita della prova di idonei indici rivelatori, incombente allo stesso lavoratore - al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua autonomia ed inserimento nell'organizzazione aziendale. Pertanto, gli altri elementi, quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e la forma della retribuzione, ed eventuali altri, pur avendo natura meramente sussidiaria e non decisiva, possono costituire gli indici rivelatori, complessivamente considerati e tali da prevalere sull'eventuale volontà contraria manifestata dalle parti, attraverso i quali diviene evidente nel caso concreto l'essenza del rapporto, e cioè la subordinazione, mediante la*

³ Cass. civ., Sez. lav. 28/09/2006 n. 21028.

*valutazione non atomistica ma complessiva delle risultanze processuali. La relativa valutazione di fatto di tali elementi è rimessa al giudice del merito, con la conseguenza che essa, se risulta immune da vizi giuridici ed adeguatamente motivata, è insindacabile in sede di legittimità, ove, invece, è censurabile soltanto la determinazione dei criteri generali ed astratti da applicare al caso concreto”*⁴.

Nel nostro caso sarebbe stato necessario, come già precedentemente anticipato, fornire adeguata prova sul rapporto di subordinazione esistente e così come argomenta la Cassazione provare i principali elementi caratterizzanti il rapporto di subordinazione magari con indicazione precisa di fatti e circostanze relative ad orari di lavoro specifici, ad un rapporto che si sarebbe svolto quotidianamente, con percepimento costante della retribuzione ma soprattutto provanti la sottoposizione al potere disciplinare e direttivo al professionista datore di lavoro a nulla rilevando invece l'unica prova certa fornita dal ricorrente riguardante il solo elemento non oggetto di contestazione: la frequentazione da parte del ricorrente dello studio professionale.

Lo stesso Giudice - che sembra essere costretto a decidere per il rigetto del ricorso di parte ricorrente - asserisce che le prove fornite non hanno rivelato nulla di veramente interessante avendo fatto emergere solo elementi non troppo influenti ai fini della determinazione della natura subordinata del rapporto di lavoro riguardanti l'attività di pratica durata per diversi anni, causa la bocciatura per ben 3 volte all'esame di

⁴ Cass. civ., Sez. lav., 24/02/2006, n. 4171.

abilitazione, nonché la prolungata frequentazione dello studio anche dopo l'esame con utilizzazione della struttura ma al solo fine di poter seguire i propri clienti in completa autonomia. E' chiaro che la carenza di prove certe non può che comportare il rigetto del ricorso così come è stato in effetti fatto superando tale circostanza ogni altra possibile eccezione.

Autori

- in ordine alfabetico -

ACAMPORA Maria Grazia

Avvocato, Tutor alla prima Cattedra di Diritto del Lavoro, Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

BELSITO Antonio

Avvocato giuslavorista, cassazionista e docente presso la Scuola di Specializzazione per le professioni legali, Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

BINETTI Clarenza

Praticante avvocato, collabora nelle pubblicazioni della rivista scientifica www.dirittodeilavori.it.

BRUNO Roberta

Avvocato, Tutor alla prima Cattedra di Diritto del Lavoro, Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

CARDANOBILE Fabio

Avvocato, Cultore di Diritto del Lavoro (prima Cattedra Prof. Veneto) Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

CERVELLERA Daniela

Avvocato penalista, responsabile di redazione delle rivista scientifica www.dirittodeilavori.it.

CORTESE Marilena

Avvocato penalista.

D’ALESIO Silvia Ardua

Coordinatore Amministrativo del Ministero del Lavoro D.P.L. di Bari, Responsabile dell’U.O. “Relazioni Sindacali e Conflitti di Lavoro” della D.P.L. di Bari e componente della Commissione di Certificazione dei Contratti di Lavoro.

DI PIERRO Domenico

Praticante avvocato.

GERMANO Tommaso

Professore Associato di Previdenza Sociale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Bari.

GISMONDI Francesco

Avvocato giuslavorista, Cultore di Diritto del Lavoro (prima Cattedra Prof. Veneto) Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

LA NOTTE CHIRONE Maria Antonietta

Giudice del Lavoro presso il Tribunale di Trani.

MARALFA Giuseppe

Sostituto Procuratore presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Trani.

PAPAGNI Felicia

Praticante avvocato.

MANGIATORDI Maria

Avvocato.

PAPAGNI Felicia

Praticante avvocato.

ROMANO Raffaella

Avvocato.

TIRABOSCHI Michele

Professore straordinario a tempo pieno di Diritto del Lavoro presso la Facoltà di Economia dell’Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, direttore del Centro studi “:Marco Biagi”.

VENETO Gaetano

Titolare della prima Cattedra di Diritto del Lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Bari.

